

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

12
Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

PROF. DR. JULIO GONZÁLEZ GARCÍA



Direito Tributário

Direito Administrativo

Direito Ambiental

Sustentabilidade



CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID



Laborum
EDICIONES

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

12
Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

PROF. DR. JULIO GONZÁLEZ GARCÍA

Direito Tributário
Direito Administrativo
Direito Ambiental
Sustentabilidade

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid
[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: José Fernando Vidal de Souza, Julio González García. – Madrid : Ediciones Laborum, 2015.

V. 12

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito tributário. 3. Direito Administrativo. 4. Direito Ambiental. 5. Sustentabilidade I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

*Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Pú-
blico y Derecho Internacional Privado.*

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andrade Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuela

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridad social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Profa. Dra. Carmen Otero García- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM

Coordinador Espanhol do Encontro.

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

Novas Tecnologias, Sustentabilidade e Meio Ambiente Sadio e Equilibrado: Um Desafio para os Dias Atuais

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Kamilla Pavan 8

O Agronegócio da Soja e as Violações do Direito à Cidadania e ao Desenvolvimento Rural: Um Estudo de Caso das Comunidades Locais de Santarém-PA, Brasil

Jonismar Alves Barbosa e Gabriel Real Ferrer 34

O Caminho para o Conceito de Sustentabilidade

Marcos Leite Garcia e Dirajaia Esse Pruner 54

O Compromisso com a Paisagem nas Cidades: Desafios e Estratégias da Resiliência e da Sustentabilidade numa Perspectiva de Garantia de Direitos

Gabriela Fauth e Lucia Maria Sá Antunes Costa 79

O Direito de Superfície na Promoção da Reforma Agrária Brasileira (Possibilidades e Vantagens)

Roberto Wagner Marquesi e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral 93

O Direito Fundamental ao Meio Ambiente no Contexto Ibero-American: Brasil e Espanha

Émilien Vilas Boas Reis e Mariza Rios 113

O Direito Fundamental da Liberdade de Imprensa como Mecanismo de Construção do Desenvolvimento Sustentável

Gabriela Soldano Garcez e Constança Gonzaga Junqueira de Mesquita 135

O Percurso Teórico do Princípio da Boa-Fé e sua Recepção Jurisprudencial no Direito Civil Brasileiro

Rosalice Fidalgo Pinheiro 153

O Tráfico de Órgãos no Brasil: Direito Civil-Constitucional <i>Versus</i> Mercantilização da Pessoa <i>Mara Conceição Vieira de Oliveira e Polyana Vidal Duarte</i>	182
Os Povos Tradicionais e o Mito do Crescimento Econômico em Harmonia com Desenvolvimento Sustentável: Uma Crítica à Luz da Doutrina Protecionista do Meio Ambiente <i>Carla Vladiane Alves Leite e José Querino Tavares Neto</i>	203
Qual o Alcance da Humanização do Direito Civil no Âmbito das Relações Familiares? Breve Análise de Relacionamentos Afetivos Não Tradicionais, sob as Perspectivas da Liberdade e da Cidadania <i>Robson Antão de Medeiros e Duina Porto</i>	218
Reflexões Jurídicas sobre Custos Ambientais no Incremento da Exploração dos Hidrocarbonetos Não Convencionais <i>Danielle Mendes Thame Denny e Maria Luiza Machado Granziera</i>	241
Rotulagem de Alimentos Transgênicos: Um Mecanismo Eficaz para a Cidadania Participativa <i>Bruno Valverde Chahaira e Valmir César Pozzetti</i>	263
Socioambientalismo e Direitos da Natureza na Integração Latino-Americana para o Bem Viver <i>William Paiva Marques Júnior</i>	291
Testamento Vital: Uma Análise a partir do Direito Estrangeiro e de um <i>Leading Case</i> Brasileiro <i>Carlos Eduardo Silva e Souza e Vladia Maria de Moura Soares Sanches</i>	313
Tratamento Jurídico Dado ao Vazamento do Petróleo no Campo de Frade. Estudo de Caso: (I) Responsabilidade Civil e a Assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta <i>Alexandre Ricardo Machado e Edson Ricardo Saleme</i>	335
Una Contribución al Desarrollo Sostenible: La Fiscalidad como Instrumento Económico de Protección Ambiental <i>Ana Paula Basso e Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão</i>	358

NOVAS TECNOLOGIAS, SUSTENTABILIDADE E MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO: UM DESAFIO PARA OS DIAS ATUAIS

MARIA CLÁUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Co-ordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha”. E-mail: mclaudia@univali.br

KAMILLA PAVAN

Doutoranda em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. . Mestra do Programa de Pós Graduação *Stricto Senso* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Mestra do Programa de Pós Graduação *Stricto Senso* em *Derecho Ambiental y Sostenibilidad* da Universidad de Alacant/Alicante/Espanha. Formação do Curso Preparatório da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS (2005). Especialista em Direito Previdenciário, pela Faculdade IMED (2009). Especialista em Direito Público, pelo Instituto Luiz Flávio Gomes (2011). Especialista Em Processo Civil, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS (2004). Advogada regularmente inscrita da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção do Estado do Rio Grande do Sul. kamillapavan@hotmail.com

Resumo

O presente artigo científico tem por **objeto** a análise das novas tecnologias e da sustentabilidade no contexto social, econômico e ambiental como uma contribuição para preservação ao meio ambiente. A sustentabilidade deve ser pensada numa perspectiva global, envolvendo todo o planeta, com equidade, fazendo que o bem de uma parte não se faça à custa do prejuízo da outra. A Sustentabilidade, assim, passa a ser o conjunto de

mecanismos necessários à manutenção de algo sem que gere danos (ou, pelo menos, os reduza) no ambiente referenciado, também levando em consideração os demais ambientes para que haja uma intenção de perfeito equilíbrio entre eles, não se privilegiando um em detrimento dos demais. Neste contexto objetivam-se entender suas dimensões quanto às áreas que abrangem essa maneira de firmar um progresso com vista para o bem-estar da presente e futuras gerações. Como meio indutor do desenvolvimento sustentável, tem-se o estudo das novas tecnologias, como forma de adentrar concretamente no sistema do progresso sustentável. O seu **objetivo científico** é discutir a contribuição da sustentabilidade para amenizar as consequências do crescimento global frente a extensa degradação ambiental. Para desenvolver este estudo será por meio do esboço do princípio da sustentabilidade, como direção finalística de consideráveis meios de solução aos problemas desencadeados pela globalização, com tendência às inovações, seja de natureza científica ou de natureza jurídica, sempre em direção da primazia do progresso humano sustentável. Quanto à **Metodología**, foi utilizada a base lógica Indutiva por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave

Sustentabilidade; Novas tecnologias; Meio Ambiente.

Resumen

Este trabajo de investigación tiene como **meta** al análisis de las nuevas tecnologías y la Sostenibilidad en el contexto social, económico y ambiental, como contribución a la preservación del medio ambiente. La sostenibilidad debe ser considerada desde una perspectiva global, involucrando a todo el planeta, con equidad, haciendo que el bien de una parte no hace que el costo de la pérdida de la otra. Por tanto, se convierte en la Sostenibilidad conjunto de mecanismos necesarios para el mantenimiento de algo sin que gestiona daños (o al menos reducirlos) en el entorno de referencia, teniendo también en cuenta las otras habitaciones por lo que hay una intención de equilibrio perfecto que, no favorecer una sobre la otra. En este contexto, el objetivo es entender sus dimensiones como a las áreas que cubren esta forma de progreso constante con miras al bienestar de las generaciones presentes y futuras. Inductor como un medio de desarrollo sostenible, ha sido el estudio de las nuevas tecnologías como una forma de introducir concretamente en el progreso sostenible del sistema. Su **objetivo científico** es discutir la contribución de la sostenibilidad para mitigar las consecuencias del crecimiento global en comparación y la extensa degradación del medio ambiente. Para desarrollar este estudio será a través del principio de contorno sostenibilidad, como la dirección intencional de considerable solución de los medios de comunicación a los problemas causados por la globalización, con tendencia a las innovaciones, ya sea la naturaleza científica o jurídica, siempre hacia la

primacía del progreso humano sostenible. En cuanto a **la metodología**, se utilizó la lógica inductiva través de la búsqueda bibliográfica.

Palabras clave

Sostenibilidad; Nuevas Tecnologías; Medio Ambiente.

1. Introdução

Neste presente artigo procura-se contextualizar o paradigma da sustentabilidade como uma forma de contribuição para amenizar os impactos ambientais, econômicos e sociais decorrentes das degradações ocorridas no planeta. Contudo, destaca-se que a sustentabilidade compreende não somente na relação econômica e ambiental, mas na busca do equilíbrio humano frente aos demais desafios do mundo moderno.

Por esta análise, o objetivo é discutir contribuição da sustentabilidade para amenizar as consequências do crescimento global frente e a gradativa degradação ambiental. Isso é feito por meio do estudo do princípio sustentabilidade, como direção finalística de consideráveis meios de soluções aos problemas desencadeados por essa globalização, com tendência às inovações, seja de natureza científica ou de natureza jurídica, sempre em direção da primazia do progresso humano sustentável. Denota-se uma investigação de cunho linear, por meio da sustentabilidade que se lança no contexto mundial, com a primazia da preservação de recursos considerados essenciais para a continuidade existencial terrena. Por quais meios tende a ocorrer o ato da preservação dos recursos naturais? Qual é a forma viável, diante da sociedade contemporânea, para que se possam obter respostas ao princípio da sustentabilidade?

Com a ciência e a tecnologia buscam-se alternativas para preservar os recursos naturais ainda disponíveis e para reaver o restabelecimento de novos recursos ou substituir aqueles que estão extinção ou prestes a agregarem a decadência existencial; buscando meios que limitem as incertezas, as inseguranças quanto aos novos conceitos e as novas tecnologias. Um alerta prévio sobre os riscos ambientais, buscando melhores soluções científicas para os problemas contemporâneos na seara ambiental.

O meio social tende haver mudanças de paradigmas, de valores, dos quais terão uma consciência racional ambiental em não degradar e, sim, evoluir preservando os recursos ainda existentes na finalidade de dignificar a vida da presente e futuras gerações.

O presente estudo está dividido em três momentos: no **primeiro** trata da sustentabilidade com uma quebra de paradigma em busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio. O **segundo** traz a discussão da sustentabilidade e sua concepção pluridimensional. O **terceiro** compreende as novas tecnologias no contexto da sociedade

contemporânea sustentável, como uma contribuição a manutenção e existência da vida com qualidade.

Quanto à **Metodologia**, foi utilizada a base lógica Indutiva por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, comprehende o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fi-chamento.

Por fim, espera-se com este estudo contribuir para a reflexão sobre a sustentabilidade, sua efetivação por meio das inovações tecnológicas para a preservação do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, prevenindo-se, assim, a não degradação ecológica que garantirá a subsistência da vida humana terrena.

2. Sustentabilidade: Uma Quebra de Paradigma em Busca de um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e Sadio

O tema “sustentabilidade¹²”, atualmente, não é mais um assunto restrito ao círculo de ambientalistas ou de profissionais especialistas em estudos sobre o meio ambiente. É discutido nas instituições de ensino, segmentos financeiros, setores industriais, entidades representativas, em organizações governamentais e não governamentais, o assunto integra todas as atividades.

Sustentabilidade é uma concepção que deriva de preservação, de restabelecimento social, econômico e ambiental do ecossistema ameaçado pelas atitudes insanas do ser humano. Uma forma de expressar uma preocupação em preservar, em conservar recursos naturais para uma geração presente e futura. O termo sustentabilidade significa a preservação de determinado bem, a conservação de determinado material ou matéria-prima para a fabricação do mesmo bem. É, ainda, conservação de determinados produtos, bens, materiais ou imateriais, com o intuito de não perdê-lo com o passar dos tempos, evitando-se, assim, a escassez ou a extinção de bens necessários³.

-
- 1 Sobre o tema recomenda-se ver: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; MAFRA, Juliete Rua-na. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; GARCIA, Heloise Siqueira Org(s). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 11-37. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 20 de março de 2015.
 - 2 Sobre o tema a leitura: SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes de; MAFRA, Juliete R. .A **Sustentabilidade e o ciclo do bem estar: o equilíbrio dimensional e a ferramenta da avaliação ambiental estratégica**. Nomos (Fortaleza), v. 34, 2014. p. 345-366.
 - 3 DIAS, Bruno Smolarek; MARDEGAN, Herick. **Sustentabilidade como fundamento da cidadania transnacional**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, V.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: WWW.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791, p. 604/605.

Bruno Smolarek Dias refere o que compõe o termo sustentabilidade, expressando que, “ao consumir sustentavelmente, dá-se a possibilidade da garantia de renovação do produto, ou seja: oportuniza-se a existência do mesmo produto por um maior período de tempo, visando à aplicabilidade do meio ambiente sustentável as tão aclamadas futuras gerações”⁴.

A sustentabilidade deve ser pensada numa perspectiva global, envolvendo todo o planeta, com equidade, fazendo que o bem de uma parte não se faça à custa do prejuízo da outra. A Sustentabilidade, assim, passa a ser o conjunto de mecanismos necessários à manutenção de algo sem que gere danos (ou, pelo menos, os reduza) no ambiente referenciado, também levando em consideração os demais ambientes para que haja uma intenção de perfeito equilíbrio entre eles, não se privilegiando um em detrimento dos demais.

No século XXI, várias atuações humanas – Protocolo Estocolmo⁵, Rio 92, Rio +20 – perfazem a importância da conservação dos meios naturais como fonte de sobrevivência. O progresso, seja ele econômico social ou cultural, ressalta a essencialidade da sustentabilidade ambiental, a qual transcende formas de uso racional quanto ao meio natural, objetivando resguardar o direito a uma vida digna e saudável para as gerações futuras.

As tendências atuais são insustentáveis e, se faz necessário, revertê-las para garantir um futuro mais saudável para as próximas gerações. Com este pensamento, a Comissão

4 DIAS, Bruno Smolarek; MARDEGAN, Herick. **Sustentabilidade como fundamento da cidadania transnacional.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, V.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: WWW.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791, p. 605.

5 Em 1972, por consequência, convocou-se a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, que produziu a Declaração sobre Ambiente Humano, estabelecendo princípios para questões ambientais internacionais, incluindo direitos humanos, gestão de recursos naturais, prevenção da poluição, dando surgimento ao direito ambiental internacional, elevando a cultura política mundial de respeito à ecologia, e servindo como o primeiro convite para a elaboração de novo paradigma econômico e civilizatório para os países. Na reunião de Estocolmo, originou-se o momento de constatação e alerta global sobre a degradação ambiental. A Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente descreveu assim: “defender e melhorar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações se tornou uma meta fundamental para a humanidade”. Deste modo, a conferência de Estocolmo criou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, inaugurando a agenda ambiental, permitindo iniciar a relação entre ambiente e desenvolvimento, dando as primeiras referências de Desenvolvimento Sustentável, que na época tinha por termo “ecodesenvolvimento”. Tratou-se dos primeiros passos para o pensamento verde. Em 1983, o Relatório de Brundtland, feito pela chefe da Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, conceituou Desenvolvimento Sustentável como: “a satisfação das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades”. O Relatório complementa que: “um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outras”, “o Desenvolvimento Sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos”. Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas publicou o conhecido “Relatório de Brundtland⁶”, em 1987, denominado como “Nosso Futuro Comum” buscando atender às necessidades humanas, ao garantir a equidade global para as gerações presentes e futuras, através da redistribuição dos recursos para as nações mais pobres e pela conservação ambiental; reforçando a necessidade de repensar a postura do homem diante do meio ambiente, provocando reflexões sobre o desenvolvimento sustentável.

Em que pese ter passado mais de duas décadas é necessário ainda, avançar muito para alcançar o equilíbrio multidimensional preconizado pelo princípio da sustentabilidade.

José Henrique de Faria relaciona sustentabilidade com base em quatro princípios, conforme os relatórios da Organização das Nações Unidas (ONU), que assim dispõe:

A sustentabilidade estaria baseada em quatro princípios: (i) princípio precatório: determinaria que onde houvesse possibilidade de prejuízos sérios á saúde dos seres vivos, a ausência de certeza científica não deveria adiar medidas preventivas; (ii) princípio preventivo: os riscos e danos ambientais deveriam ser evitados o máximo possível e ser avaliados previamente, como objetivo de escolher a solução adotada; (iii) princípio compensatório: compensações para vítimas da poluição e outros danos ambientais deveriam estar previstas na legislação; (iv) princípio do poluidor pagador: os custos da reparação ambiental e das medidas compensatórias deveriam ser suportadas pelas partes responsáveis⁷.

O autor aporta à sustentabilidade sob vários fatores, cada qual com seus conceitos e características, ensejando ainda mais sua importância no atual contexto socioambiental. Assim dispõe:

O conceito de sustentabilidade comportaria sete aspectos principais: (i) sustentabilidade social: melhoria da qualidade de vida da população, equidade na distribuição de renda e de diminuição das diferenças sociais, com participação e organização popular; (ii) sustentabilidade econômica: públicos e privados, regularização do fluxo desses investimento, compatibilidade entre padrões de produção e consumo, equilíbrio de balanço de pagamento, acesso á ciência e tecnologia; (iii) sustentabilidade ecológica: o uso dos recursos naturais deve minimizar danos aos sistemas de sustentação da vida: redução dos resíduos tóxicos e da poluição, reciclagem de materiais e energia, conservação, tecnologias limpas e de maior eficiência e regras para uma adequada proteção ambiental; (iv) sustentabilidade

6 Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

7 NEVES, Lafaiete Santos (org). **Sustentabilidade. Anais de textos selecionados do V seminário sobre Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 16.

cultural: respeito aos diferentes valores entre os povos e incentivo a processos de mudança que acolham as especificidades locais; (v) sustentabilidade espacial: equilíbrio entre o rural e o urbano, equilíbrio de migrações, desconcentração das metrópoles, adoção de práticas agrícolas mais inteligentes e não agressivas à saúde e ao ambiente, manejo sustentável das florestas e industrialização descentralizada; (vi) sustentabilidade política; no caso do Brasil, a evolução da democracia representativa para sistemas descentralizados e participativos, construção de espaços públicos comunitários, maior autonomia dos governos locais e descentralização da gestão de recursos; (vii) sustentabilidade ambiental: conservação geográfica, equilíbrio de ecossistemas, erradicação da pobreza e da exclusão, respeito aos direitos humanos e integração social⁸.

A ideia de um mundo sustentável está nas mudanças, na quebra de paradigma do estado de sobrevivência com a preservação do entorno natural para que haja uma solidificação do direito à vida com sobreposição da dignidade humana. Nas palavras de Fritjof Capra perfaz que “as novas concepções da física têm gerado uma profunda mudança em nossas visões de mundo; da visão de mundo mecanicista de Descartes e de Newton para uma visão holística, ecológica”⁹.

O princípio da sustentabilidade é uma inversão de valores sociais que, a partir de sua importância para com o desenvolvimento da espécie humana, tende a fortificar-se para garantir-lhe o bem estar social frente aos anseios naturais. Na mesma linha Fritjof Capra aduz que:

(...) o que estamos vendo é uma mudança de paradigmas que está ocorrendo não apenas no âmbito da ciência, mas também na arena social, em proporções ainda mais amplas. Para analisar essa transformação cultural, generalizei a definição de Kuhn de um paradigma científico até obter um paradigma social, que defino como “uma constelação de concepções, de valores, de percepções e de práticas compartilhados por uma comunidade, que dá forma a uma visão particular da realidade, a qual constitui a base da maneira como a comunidade se organiza¹⁰”.

A sua origem é de suma importância, a qual ressalta a essencialidade de um direito fundamental, pois está estreitamente ligada à conservação de um bem substancial. Nesse sentido, é dito por Gabriel Real Ferrer como um “direito difuso” diante de sua abrangência quanto aos titulares desse direito que é o meio ambiente. No texto Constitucional, há

⁸ NEVES, Lafaiete Santos (org). **Sustentabilidade. Anais de textos selecionados do V seminário sobre Sustentabilidade.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 17.

⁹ CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** Tradução Newton Roberval Eichemberg. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1999, p.24

¹⁰ CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** Tradução Newton Roberval Eichemberg. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1999, p.24,25.

expressa menção do direito ao meio ambiente como uma norma fundamental, normatizado no artigo 225 da Carta Constitucional¹¹, que anuncia ser um “direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”¹².

Dessa natureza, tem-se a designação de um dos objetivos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, como norma instituidora dos fundamentos decorrentes do direito a um meio ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo. Há, dessa forma, a necessidade de haver uma quebra de paradigma, de conceito inalterado, estando os reflexos do desenvolvimento racional batendo às portas do modo de vida dos seres humanos.

Na era da vez, a sustentabilidade, seus conceitos, as reflexões há embates e debates em torno da palavra mais expressada pelos operadores do Direito, dos Estados, das organizações. Enfim, fala-se e discute-se muito sobre o desenvolvimento sustentável, a sustentabilidade econômica e/ou ambiental, crescimento sustentável e, diante de várias outras denominações, busca-se a realidade conceitual dessa expressão, hoje, universal.

Como forma unilateral, simplificada, tem-se a intenção de afirmar que o seu real significado tem fundamento na preservação dos meios naturais para uma subsistência digna no futuro. Há preocupação com o equilíbrio social, com a baixa poluição, com a escassez de alimentos, com os meios de transportes mais adequados ao meio ambiente, com a falta de água potável, enfim, com o agir, o pensar e o concretizar ações humanas que garantam uma vida com qualidade digna, sem comprometer o presente e, consequentemente, o futuro. Chegou-se na era de agir com racionalidade.

Na visão de José Roque Junges, o assunto à preservação do entorno natural reside nas visões antropocentrismo e biocentrismo.

O antropocentrismo débil ou mitigado admite que existam deveres do homem para com a natureza, elenca assim uma responsabilidade da raça humana para com a natureza, emergindo o cuidado com as futuras gerações. Por isso são estabelecidos como marcos desta tendência os interesses humanos, suas necessidades e preferências, relegando a um segundo plano a natureza em si ou seu equilíbrio ou harmonia. (...) O biocentrismo apresenta-se como outra grande tendência, pela qual existe a visão da natureza como titular de direitos. Na posição biocêntrica existem deveres do homem para com o meio ambiente, existe a consideração de um valor

11 BRASIL. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acessado em 19 de março de 2015.

12 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acessado em 19 de março de 2015.

intrínseco para a natureza, rejeitando-se a diferenciação entre humanos e não-humanos¹³.

O termo sustentabilidade não paira seus fundamentos em questões de cunho ambiental tão somente, mas, sim, seus reflexos de desenvolvimento racional, o qual garanta o mesmo para gerações futuras, tem, no direito ambiental, apenas um de seus alicerces, sendo um conceito amplo, denso, ao que se enquadra no contexto social. Quanto à ideia mencionada, Saulo de Oliveira Pinto Coelho declara:

O aspecto ambiental da sustentabilidade está altamente em voga na atualidade pelo crescente número de catástrofes naturais que, acredita-se, sejam causadas (em parte, pelo menos) por culpa do homem. Essa é a razão pela qual se busca estabelecer o uso racional dos meios naturais pelo homem, sem que isso represente uma destruição da natureza. (...) Em suma: a sustentabilidade não implica apenas em minimizar os dados que os empreendimentos humanos geram no meio ambiente; implica, certas vezes, em se tomar a decisão política de se impedir ou limitar um empreendimento, em nome da proteção solidária do bem-estar presente e futuro. Como já foi dito a sustentabilidade não visa apenas o benéfico do meio ambiente. Na verdade, o maior benefício de ações sustentáveis para a Constituição Federal é o próprio ser humano¹⁴.

O fenômeno da sustentabilidade é a busca do equilíbrio em qualquer esfera do desenvolvimento, seja ele econômico, político ou social. Aparente degradação ambiental faz com que haja a racionalização dos atos humanos para com os meios naturais. Nessa perspectiva de reserva dos recursos, de proteção ao meio natural, de preservação das fontes consideradas vitais à sobrevivência humana – ar, água, meios naturais (terra) – revela-se a proteção ao direito fundamental à vida. Nesse sentido, a vida deve ser vivenciada de forma digna, com equilíbrio dos meios naturais, resultando como resposta aos ditames que clamam a sociedade.

Ainda, quanto à sustentabilidade, tem-se que reflete um desenvolvimento voltado para a preocupação com o futuro. A era capitalista, na qual o consumo é a matriz social, percorre de maneira incontrolável a reação/ação do homem com o meio social, causando temores quanto à sua continuidade, caso algo não se modifique. Deve haver uma revalorização de maneiras, uma nova forma de atuar na civilização, para que haja perspectivas de um futuro sustentável, com recursos naturais mínimos ao desenvolvimento do próprio ser humano.

13 JUNGES, José Roque. **Ética ambiental**. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 13-23.

14 COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 39:261-291, de 2011.

Segundo Leila Ribeiro Mariano, a sustentabilidade deve ser compreendida por meio de um conceito ecológico, o qual tem a capacidade de atender às necessidades de um grupo social no território em que se vive. Da mesma forma, como um conceito político, em razão do qual a sociedade tem competência de organizar-se por si própria, delimitando o crescimento conquanto suas condições aos recursos naturais, dos meios tecnológicos e do nível efetivo ao bem-estar social¹⁵.

O princípio da sustentabilidade, conforme sua acuidade no contexto social contemporâneo tem a perspectiva principiológica não somente no domínio ambiental, mas, também, interdisciplinar. Neste contexto, adota-se o entendimento da sustentabilidade como princípio norteador dos demais princípios que regem o ordenamento jurídico, no que diz respeito meio ambiente saudável e equilibrado.

3. A Sustentabilidade e as sua Concepção Pluridimensional

A Sustentabilidade consiste no pensamento de capacitação global para a preservação da vida humana equilibrada, consequentemente, da proteção ambiental, mas não só isso, também da extinção ou diminuição de outras mazelas sociais que agem contrárias à esperança do retardamento da sobrevivência do homem na Terra¹⁶.

As diferenças entre Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável¹⁷ afloram com um processo em que a primeira se relaciona com o fim, enquanto o segundo com o meio. O Desenvolvimento Sustentável como meio para que seja possível obter equilíbrio entre o progresso, a industrialização, o consumo e a estabilidade ambiental, como objetivo a Sustentabilidade e o bem estar da sociedade.

Nesse alcance doutrinário que se quer construir fundamentos para que a sociedade insira nos seus valores éticos, sociais que o progresso tenda a desenvolver-se com os olhos voltados para o futuro sustentável.

“O desenvolvimento que importa é aquele que se constitui mutuamente com a sustentabilidade, condicionado por ela¹⁸”. O ato de crescer, seja na área social, econômica

15 MARIANO, Leila. O poder judiciário e a sustentabilidade. In: FLORES, Nilton César (Org.). **A sustentabilidade ambiental e suas múltiplas faces**. Campinas: Millennium, 2012. p. 36.

16 SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza. 20 anos de Sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. **Revista da Unifebe**. 2012; 11 (dez): 239-252. Disponível: <http://www.unifebe.edu.br/revista-eletronica/>. Acesso em 15 fevereiro de 2014.

17 Sobre o tema recomenda-se a leitura: SOUZA, Maria Cláudia Silva Antunes de; SOUZA, Greyce Kelly Antunes. Sustentabilidade e Sociedade de Consumo: avanços e retrocessos. In: SOUZA, Maria Cláudia Silva Antunes de. ARMADA, Charles Alexandre Souza. **Teoria Jurídica e Transnacionalidade**. Vol. I. Itajaí: UNIVALI.

18 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 49.

ou humana, tem que estar adjetivado à sustentabilidade que se constitui de garantizar a qualidade de vida, o bem-estar para gerações presentes e futuras.

O desenvolvimento sustentável definido pela primeira vez e, depois, incorporado nos mais diversos textos é aquele que tende a preservar meios naturais às gerações, sejam presentes, sejam futuras. Trata-se de uma forma de garantir, através de seus progressos, um modo com vida, por meio dos recursos naturais, com qualidade para a existência humana.

Juarez Freitas conceitua a sustentabilidade:

Eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar¹⁹.

Ainda, Juarez Freitas, anuncia elementos indispensáveis para um conceito operacional de sustentabilidade eficaz:

(1) a natureza de princípio constitucional diretamente aplicável, (2) a eficácia (encontro de resultados justos, não mera aptidão para produzir efeitos (jurídicos), (3) a eficiência (o uso de meios idôneos), (4) o ambiente limpo (descontaminado e saudável), (5) a probidade (inclusão explícita da dimensão ética), (6) a prevenção (dever de evitar danos certos), (7) a precaução (dever de evitar danos altamente prováveis), (8) a solidariedade intergeracional, com o reconhecimento dos direitos das gerações presentes e futuras, (9) o bem-estar (acima das necessidades materiais). Nenhum desses elementos pode faltar ao conceito, sob pena de reducionismo indesejável²⁰.

Quanto à sustentabilidade, Juarez Freitas, ao afirmar que a sustentabilidade molda o desenvolvimento, declara que ela “é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional”, sendo ambiental, social, econômica, ética e jurídico-política.

No que diz respeito à dimensão social, pensa-se na formalização dos direitos fundamentais sociais, na igualdade de condições sociais. Na realidade socioeconômica, a inquietação em desfavor das desigualdades é crescente. Aqueles que nada percebem com as devastações ambientais encontram-se em cenários vitais diversos. A busca pela justiça social é uma premissa fundamental do princípio da sustentabilidade²¹, pois é nas camadas

19 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

20 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

21 AUMOND, Juarêz. As perspectives do desenvolvimento sustentável. *IV BENEVIDES*, Mario e VALDEZ, Silvia (org.). **Nós e a sustentabilidade**. Florianópolis: Relata, 2012, p. 175.

sociais pobres que se sentem os efeitos da crise ambiental. O problema dos direitos sociais é uma realidade concreta verificada nas escolas, nas empresas pelos trabalhadores, nas áreas de saúde, tornando-se uma situação insustentável. O que se pretende é a busca pela melhoria na qualidade de vida por meio da inclusão social.

Com relação à dimensão econômica, tem-se que ela está relacionada ao consumo e à produção, os quais necessitam ser reestruturados. A forma de acumular riquezas não deve estar condicionada à agressão de recursos naturais. “A natureza não pode ser vista como simples capital²²”. A responsabilidade comum dos Estados e cidadãos para a defesa ambiental tem que reaver meios eficazes e eficientes para o crescimento econômico não calcado no meio natural.

A dimensão jurídico-político condiciona a sustentabilidade à tutela jurídica ao direito ao futuro, que visa a garantir o bem-estar de titulares existentes e os ainda não existentes, de proteger a qualidade de vida para as presentes e para as futuras gerações. Nos anseios normativos, depara-se a sustentabilidade que emerge de normas que se projetam para a defesa ambiental. No que tange aos aspectos políticos da sustentabilidade, esta se relaciona com as políticas públicas, sendo a forma pela qual o Poder Público comunica-se com o meio social. Essas políticas públicas devem atender ao aspecto da solidariedade ao serem externadas ao mundo social, não havendo desigualdades em suas efetivações. Saulo de Oliveira Pinto Coelho e André Fabiano Guimarães de Araújo explicam que há outros aspectos do princípio da sustentabilidade no plano político, afirmando que as políticas públicas devem ser tratadas de forma sinergética umas com as outras; que as políticas públicas sejam autônomas em sua prática, não precisando de custeio assistencialista; que as políticas públicas promovam solidariedade social, com direção à implementação da dignidade da pessoa humana²³.

A dimensão ética está no interior de cada ser humano, de cada atitude humana. A solidariedade, a coletividade no pensar, no agir deve transcender o direito ao mínimo existencial, formalizando a base jurídica fundamental a dignidade da pessoa humana. A frase “pensar localmente e agir globalmente”, não está só para aplicação de regras e princípios transnacionais, mas, sim, nas atitudes de cada ser humano para com o meio ambiente, sendo esta um direito humano fundamental e difuso.

Na forma de agir eticamente e de forma sustentável é aquela “que consiste em agir de modo tal que possa ser universalizada a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza²⁴”.

22 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 54.

23 COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo.** Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 39:261-291, de 2011. Disponível em: <http://www.revista.fadir.ufu.br/viewissue.php?id=7>. Acessado em agosto de 2012, p. 272.

24 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61.

Por fim, a dimensão ambiental é aquela constitucionalizada no artigo 225 da Constituição da república Federativa do Brasil, o qual declara o direito fundamental a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado para as sociedades atuais e futuras. O direito a um meio ambiente limpo, saudável, produtor de recursos naturais indispensáveis para a vida humana²⁵. Os desastres, as poluições de rios, mares, solo e atmosfera já resultaram em grandes desconfortos sociais, não havendo outra saída a não ser a inserção do princípio da sustentabilidade como condutor de resultados positivos quanto a esse aspecto socioambiental.

A dimensão ambiental é aquela que garante a proteção do sistema planetário, para manter as condições que possibilitam a vida na Terra. De acordo com Ferrer²⁶, é necessário desenvolver normas globais, de caráter imperativo, para que essa dimensão seja eficaz.

Os estudos de Juarez Freitas traduzem, de forma ímpar, a dimensão ambiental da sustentabilidade:

Não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado e, que é mais importante, no limite, (b) não pode sequer haver vida humana sem o zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental, em tempo útil, donde segue que (c) ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para nossa espécie²⁷.

São dimensões que, ao se ligarem, modulam a sustentabilidade, não podendo ser rompidas. Esse fenômeno da sustentabilidade é uma forma diferenciada de viver. A existência humana está atrelada à formalização dessas dimensões que corporificam o ato de ser sustentável. O princípio da sustentabilidade correspondente às mudanças humanas tende a universalizar os direitos essenciais, para que a vida terrena tenha continuidade com qualidade e bem-estar.

Corrobora Gabriel Real Ferrer²⁸ que a sustentabilidade além do tripé das dimensões tradicionais: a social, a econômica e a ambiental, destaca uma quarta dimensão a “técnologica”, a qual determina a forma de sociedade com suas evoluções, conhecimentos e técnicas. Não há possibilidade de haver uma sustentabilidade parcial de determinada região, Estado ou País, mas sim, na expectativa de haver uma diminuição da agressão aos

25 AUMOND, Juarez. As perspectivas do desenvolvimento sustentável. *IN BENEVIDES, Mario e VALDEZ, Silvia (org.). Nós e a sustentabilidade.* Florianópolis: Relata, 2012, p. 173.

26 FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? *Revista NEJ* - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 319 / set-dez 2012 321. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 19 de março de 2015.

27 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.

28 FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? *Revista NEJ* - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 319 / set-dez 2012 321. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 19 de março de 2015.

meios naturais, com a consequente diminuição de consumo e produção global será, cada vez mais, possível chegar-se em torno do que é ser um estado sustentável²⁹.

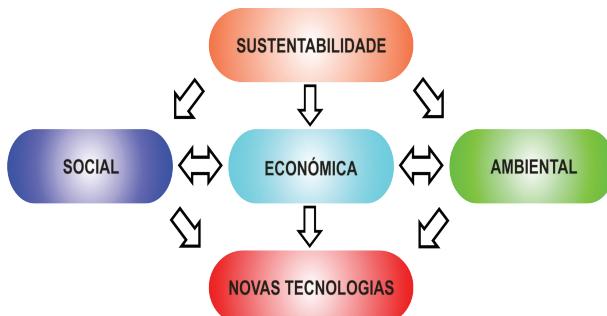
Com o controle da distribuição de riquezas e com a diminuição da produção e do consumo, haverá meios de resguardar, ao ser humano, em um meio ambiente natural ou artificial, uma qualidade de vida digna, condizente com os direitos humanos fundamentais do ser humano.

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer declaram que:

[...] tanto sob a perspectiva individual quanto coletiva, a própria noção de sustentabilidade deve ser tomada a partir dos eixos econômicos, social e ambiental. tais eixos, contudo, devem ser concebidos e aplicados de forma isonômica e equilibrada, refutando-se, consoante já frisado, toda e qualquer hierarquização prévia, notadamente pelo fato de que é no conjunto que tais dimensões se prestam à promoção de uma existência digna³⁰.

A sociedade atual, com sua primazia capitalista – consumo exacerbado –, organiza-se em relação às inovações tecnológicas, moldando-se conforme se insere nas inovações. Não se tem a intenção de promover a tecnologia para aumentar os meios de renda, de acúmulo de capitais e de poder dos estados, mas, sim, como meio de adentrar ao mundo, ao fenômeno da sustentabilidade.

Neste estudo, almeja-se fomentar uma reflexão sobre os aspectos inovadores da ciência e das novas tecnologias, no sentido de propiciarem um mundo ecológico com condições de vida, com justiças sociais, com manutenção da saúde humana, como meios de saneamento eficazes para a vida humana. Dessa forma, a ilustração gráfica quanto às dimensões da sustentabilidade quanto às inovações tecnológicas, assim se configura:



29 FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 319 / set-dez 2012 321. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 19 de março de 2015.

30 SARLET, Indo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico): algumas aproximações. SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.

Na ânsia pelo desenvolvimento econômico, as nações organizam-se em razão de uma cooperação comum. Uma forma de crescimento que vem buscando novas alternativas, como o desenvolvimento sustentável, com o intuito de conciliar o progresso integral, a preservação do meio ambiente e a melhoria na qualidade de vida.

Gabriel Real Ferrer aduz sobre as novas tecnologias:

Ponhamos a ciência e a técnica ao serviço do objetivo comum. Não só os novos conhecimentos devem nos ajudar a corrigir erros passados, como por exemplo, mediante a captação de CO₂, ou a contribuir soluções eficazes a problemas como os que propõem uma civilização energético-dependente, senão que indefectivamente a tecnologia disponível determina os modelos sociais em os que nos desenvolvemos, tal como insistente-mente demonstra a história³¹.

Não há dúvida de que a tecnologia quem transmuda a sociedade, pois esta se depara com os avanços e, por meio deles, conduz suas expectativas de vida. Uma vida digna, de bem-estar, não está configurada no poder de maior aquisição de bens e consumo, mas na qualidade de vida quanto à saúde, à alimentação, ao saneamento básico, às condições de pureza do ar, da terra e da água, nas condições e dos meios para a produção de bens que garantam a dignidade do ser humano. Não basta ter-se riqueza, acúmulo de capitais, se não houver condições de existências de vida.

Pergunta-se: Qual das tecnologias que poderá mudar a sociedade, ou a forma de pensar social? Uma ciência, uma inovação que venha a politizar os efeitos tecnológicos, tornar disponíveis para todos os seres humanos os efeitos dessas inovações científicas. A ciência e a técnica estão a serviço do homem e da sustentabilidade. Assim, elas deveriam prover os modelos sociais que propiciam um novo saber tecnológico e possibilitam a criação de novos sistemas de governança.

Por meio dos estudos, aponta-se, nesta pesquisa, que as inovações tecnológicas estão a serviço do paradigma da sustentabilidade como resposta à recomposição ecológica, à preservação da base ecológica. Da mesma forma, são um meio de possibilitar um avanço humano global quanto à qualidade existencial de vida frente às catástrofes ambientais que, cada vez mais, comprometem a vida terrena.

31 FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? *Revista NEJ* - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 319 / set-dez 2012 321. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 15 fevereiro de 2014. [Tradução livre pelas autoras] - Pongamos la ciencia y la técnica al servicio del objetivo común. No sólo los nuevos conocimientos deben ayudarnos a corregir errores pasados, como por ejemplo mediante la captación de CO₂, o a aportar soluciones eficaces a problemas como los que plantea una civilización energético-dependiente, sino que indefectivamente la tecnología disponible determina los modelos sociales en los que nos desarrollamos, tal como insistente-mente demuestra la historia.

Na ciência e na tecnologia encontram-se as respostas para reorganizar a situação global quanto à crise ambiental, saindo da ideia de uma dimensão da sustentabilidade e, sim, como uma resposta aos problemas ambientais atuais, de forma global, para a inserção concreta do paradigma da sustentabilidade.

José Eli da Veiga declara que “a sustentabilidade ambiental de qualquer estilo de crescimento econômico que possa ser imaginado depende de descobertas científicas, novas tecnologias e consequentes inovações; e provavelmente venha delas depender cada vez mais³²”.

A sustentabilidade é um adjetivo ao ato de desenvolvimento, referindo-se ao fato de que o progresso econômico possa ser compatível com a conservação dos ecossistemas, equilibrando e harmonizando a forma de progresso com a base ecológica sadia. Não há como haver uma separação do meio ambiente para com a vida humana, sendo que um transcende a fundamentalidade de existência do outro. O autor Fritjof Capra ao conceituar o que vem a ser ecologia profunda, faz esta relação entre o ser humano e o entorno natural.

A ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de “uso”, à natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos — ou qualquer outra coisa — do meio ambiente natural. Mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida³³.

Nessa concepção que a sustentabilidade, como meio indutor ao desenvolvimento sustentável que garantirá a preservação dos recursos naturais indispensáveis para a existência humana, denota-se um fusão de paradigma quanto às atitudes humanas para com o meio ambiente.

Toda a questão dos valores é fundamental para a ecologia profunda; é, de fato, sua característica definidora central. Enquanto que o velho paradigma está baseado em valores antropocêntricos (centralizados no ser humano), a ecologia profunda está alicerçada em valores ecocêntricos (centralizados na Terra). É uma visão de mundo que reconhece o valor inerente da vida não-humana. Todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas ligadas umas às outras numa rede de interdependências. Quando essa percepção ecológica profunda torna-se parte de

32 VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor**. São Paulo: Editora SENAC, 2012, p. 67/68.

33 CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução Newton Roberval Eichemberg. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1999, p.25-26.

nossa consciência cotidiana, emerge um sistema de ética radicalmente novo³⁴.

O desenvolvimento sustentável justifica-se na ideia reflexiva da sustentabilidade na seara ambiental. Isso tendo em vista que o resguardo, a preservação de um meio ambiente saudável e equilibrado, com o seu consequente não esgotamento para a sobrevida das gerações futuras, ressaltam quão importantes são os seus fundamentos para a preservação da vida em um planeta ecologicamente equilibrado.

4. As Novas Tecnologias no Contexto da Sociedade Contemporânea – Sustentável. O Avanço Tecnológico e seus Reflexos na Era do Século XXI

Na esfera doutrinária do desenvolvimento sustentável, exigem-se mudanças nos valores que orientam os comportamentos sociais, agregando o conhecimento e a inovação de tecnologia para que haja a solução da crise ambiental³⁵. A natureza morta não serve ao ser humano; a ideia de utilização dos recursos naturais deve estar subordinada aos princípios ecológicos e ao primado de uma vida digna aos seres humanos, procurando evitar que o egoísmo de certas minorias sobreponha-se ao interesse comum de sobrevivência da coletividade global e do Planeta Terra³⁶.

É diante dessa percepção que se pretende criar estudos e ensaios com a finalidade de esclarecer a forma racional de desenvolvimento da pessoa e o progresso humano universal. O meio ambiente passou a ser definido como um direito humano fundamental, pois não há qualidade de vida se não houver a existência ou a possibilidade de existir um meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, que se traduz no modo fundamental da dignidade humana³⁷. Um meio ambiente com qualidade integra o conteúdo normativo da dignidade humana, fato este essencial, pois integra o conceito de manutenção e de existência da vida com qualidade³⁸.

Tendo em vista os problemas ecológicos e o enquadramento do desenvolvimento sustentável, há inquietudes a serem pacificadas. Essa degradação ambiental é decorrência, em grande parte, de desigualdades sociais, as quais devem ser solucionadas de forma a buscar, socialmente, as condições mínimas de existência digna.

34 CAPRA, Fritjof. *A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução Newton Roberval Eichemberg. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 28.

35 LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 222.

36 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 57

37 SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.12.

38 SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.13.

Nesse quadro, há uma estrada para as novas tecnologias, para as inovações regularem a pacificação desse problema ambiental. O crescimento econômico e social acelera a degradação ambiental, pelo fato de que crescimento não está para o desenvolvimento, sendo que aquele se utiliza dos meios naturais para sua concretude. Nessa perspectiva do uso intolerável dos recursos, diante do crescimento acelerado, nasce à preocupação em protegê-los e preservá-los para que a vida terrena tenha continuidade própria.

O contexto social enquadraria-se em um argumento individualista, de consumo exagerado, o meio social clama pelas iniciativas decorrentes das novas tecnologias. Nessa linha de pensamento, a intenção de recorrer a recursos tecnológicos para socorrer os dados alarmantes quanto à preservação dos meios naturais deve fazer parte da conscientização das pessoas que detém o poder, seja ele econômico ou científico. Isso pode se revelar positivo na direção de preservar os meios naturais essenciais para a vida no planeta e para restaurar, reconstruir-se aqueles que se encontram escassos.

Contudo, enquanto os grupos econômicos, ou seja, a sociedade com poder, não aderirem à forma de pensar de que o crescimento não deve estar correlacionado com a degradação do meio natural, nem mesmo as formas primárias de tecnologia amenizarão a situação crítica em que se encontra o meio natural.

A ciência e a tecnologia são duas ferramentas que, conjuntamente, formam um elo infalível, um meio eficaz para as expectativas de superação da crise ambiental. As ações humanas estão, cada vez mais, relacionadas ao meio natural devendo a ciência jurídica, por meio de suas bases principiológicas, precaverem danos que possam comprometer a continuidade da vida humana.

Compartilha-se da ideia de Jacques Marcovitch, o qual afirma que, contemporaneamente, a tecnologia é um instrumento necessário para salvar o Planeta dos riscos que ela mesma teria criado, pois, as inovações ocorridas nos últimos anos demonstraram que a ciência e a tecnologia podem ser utilizadas de forma errada. Os estragos causados ao meio ambiente podem ser sanados pelo uso das novas tecnologias, mesmo sabendo-se que a maioria desses danos foram causados por ela mesma. Contudo, hoje, se aplicados para o fim de recuperar a esfera natural, poderão surtir resultados benéficos³⁹.

Sobre o contraponto entre a forma de crescimento e desenvolvimento, aduz Henrique Rattner que “o crescimento econômico não é condição suficiente para o desenvolvimento sustentável, que deve ser concebido como um processo de melhoria da condição humana, ao longo do tempo, por um crescimento da autoestima e da dignidade da existência⁴⁰”. A forma do sistema capitalista, o qual visa ao acúmulo de riqueza a “qualquer preço”, em poder de uma sociedade mínima, torna a convivência humana insustentável.

39 MARCOVITCH, Jacques. **Para mudar o futuro. Mudanças climáticas, políticas públicas e estratégias empresariais.** São Paulo: Saraiva 2006, p. 102

40 RATTNER, Henrique. **Uma ponte para a sociedade sustentável.** São Paulo: SENAC, 2012, p. 310.

Com o espaço da modernização, fruto do progresso industrial, vivencia-se um novo quadro social, uma sociedade de risco. Nessa era capitalista, a forma de desenvolver-se está voltada para o alto consumo e para produção, aumentando os riscos sociais, multiplicados pelos processos da modernização. Essa conjunta dos riscos em que a sociedade cria, vive e teme, decorre de ações e de efeitos que podem perdurar por muito tempo. E, durante este tempo, o grupo social padece, cada vez mais, de medo de que os efeitos de natureza prejudiciais sejam por ele sofridos, vivendo, diariamente, uma angústia e incerteza⁴¹.

A sociedade civil moderna, diante do comportamento irracional, o qual desfruta da degradação ambiental como meio ou caminho das relações sociais, coloca em risco o bem-estar social de forma individual e coletiva. Como forma de exemplificar a forma na qual há preocupações em minimizar a produção e o consumo exacerbado, Jeremy Rifkin⁴² o exemplo da empresa Nike:

Quizás uno de los mejores ejemplos de cómo funcionan las nuevas fuerzas y tendencias comerciales sea el de la empresa Nike. Nike es, en todos los aspectos y en todos sus objetivos, una empresa virtual. Mientras que los consumidores es probable que piensen en esta empresa como en un fabricante industrial de calzado deportivo, de hecho la empresa es un estudio de investigación y diseño con una fórmula de marketing y de distribución sumamente elaborada. A pesar de ser la primera empresa mundial fabricante de calzado deportivo, Nike no posee ninguna fábrica, ni máquinas, ni equipamientos, ni bienes inmobiliarios por así decirlo. Por el contrario, ha establecido una amplia red de proveedores — a los que llama «socios de producción» en el sudeste asiático, que son quienes le producen sus centenares de diseños de zapatos, ropa y complementos. Nike también externaliza buena parte de sus campañas de publicidad y las diversas operaciones de comercialización. De hecho, el éxito de la empresa durante los años noventa se puede atribuir en buena medida a las innovadoras campañas publicitarias realizadas por Weiden and Kennedy, que fue la empresa de publicidad que ayudó a convertir a Nike en el calzado deportivo más codiciado del mundo”.

No contexto social, para a busca do desenvolvimento sustentável, a ciência tecnológica acaba por respaldar uma importante e valiosa função, a de desenvolver equipamentos propulsores da atividade econômica que causem uma menor degradação do meio

41 SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. Flexibilização da soberania dos estados em matéria penal na sociedade global de riscos – A possibilidade de um direito penal transnacional. MONTE, Mario Ferreira. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 103

42 RIFKIN, Jeremy. **La Era del Acceso. La revolución de la nueva economía**. Traducción: J. Francisco Álvarez y David Teira. Barcelona: Paidós, 2013, p. 74.

ambiente e que seja menos maléfica à saúde humana. Como se sabe, a atividade humana está diretamente relacionada ao meio natural; são fatos inseparáveis⁴³

Contudo, enquanto os grupos econômicos, ou seja, a sociedade com poder, não aderirem à forma de pensar de que o crescimento não deve estar correlacionado com a degradação do meio natural, nem mesmo as formas primárias de tecnologia amenizarão a situação crítica em que se encontra o meio natural.

Essa percepção encontra nas novas tecnologias um caminho aberto para efetivar os preceitos da sustentabilidade. A descoberta por novas ciências tecnocientíficas instaura-se na agenda de discussão mundial, voltada para a preservação da vida. “Não há como negar que a ciência nos levou a um novo cenário nos quais sonhos e, também pesadelos podem ser realidade⁴⁴”.

A ciência tem um poder de modificar o percurso normal e limitado da vida humana, condicionando o homem à estabilização de seus desejos, requerendo a predeterminação da vida, auto-instrumentalizado a espécie humana, como razão para distanciar acontecimentos naturais trágicos⁴⁵.

As ciências biotecnológicas precedem o poder do conhecimento científico que, naturalmente, influencia a humanidade. As novas ciências demandam gastos econômicos, realidade presenciada por países desenvolvidos, os quais concentram o poder econômico no poder do conhecimento, não expandindo o progresso científico às demais comunidades estatais. Uma racionalidade de desenvolvimento insustentável, de progresso em decrescimento, pois a preocupação é a proteção da vida humana não sendo uma barreira pretensa que imporia os benefícios humanitários das novas tecnologias.

Henrique Rattner aponta que “a inovações tecnológicas devem assegurar a equidade e a justiça social e econômica nas sociedades contemporâneas e entre essas sociedades, pode-se considerar as inovações uma condição necessária para a continuidade ou a sustentabilidade do processo de desenvolvimento⁴⁶”. Considera-se isso como condição necessária ao processo de desenvolvimento, diante da realidade social, a qual desprende uma concepção de que todo ato de crescimento dependa da agressão ao meio natural. Essa forma de atuar e pensar devem ser banidos, pois há outros meios, outras formas de prosperar sem degradar os meios naturais.

43 EFING, Antonio Carlos. **Direito e questões tecnológicas: aplicados no desenvolvimento social.** Antônio Carlos Efing e Cinthia Obladen de Almendra Freitas (Orgs.). Curitiba: Juruá, 2012, p. 192.

44 BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia.** São Paulo: método, 2008, p. 177.

45 HABERMAS, J. **O futuro da natureza humana.** São Paulo: Martins Fontes 2004, p. 20.

46 RATTNER, Henrique. **Uma ponte para a sociedade sustentável.** São Paulo: SENAC, 2012, p. 373.

Países desenvolvidos, com vasto crescimento econômico, com uma visão de reconstrução dos recursos naturais não renováveis reposam no crescimento de novos conhecimentos científicos. O ser humano está preocupado com a economia, com o acúmulo de poder, o que contrapõe os fundamentos das inovações tecnológicas.

Para desencadear um desenvolvimento sustentável, a ciência e a tecnologia terão que estar na mesma linha de raciocínio. Os recursos naturais, essenciais para a vida humana, são finitos e sua escassez ou seu término causam insegurança para o ser humano quanto à sua qualidade de vida. Os avanços tecnológicos devem propiciar meios para amenizar os riscos ambientais, promovendo-se a sustentabilidade, a qual visa à disponibilidade de recursos naturais indispensáveis para a sobrevivência humana das presentes e futuras gerações.

A ciência da biotecnologia deslocará o conhecimento para o espaço existente entre o homem e o meio ambiente. Nessa esfera de conhecimento, tem-se a ideia de estimular o conhecimento decorrente do saber científico, na intenção de se encontrar um caminho seguro e eficaz para a solução de impasses, desafios da pós-modernidade com o domínio do poder biotecnológico.

A ciência, com seus avanços e conquistas, deve atender à população em geral, pois se está diante da efetivação de um direito universal, a saúde humana e o bem-estar social. A pesquisa científica deve trilhar um caminho no qual não haja a exploração científica que coloque em risco a vida humana ou, ainda mais em perigo, se a ciência, por meio de suas descobertas, centralize nas mãos de poucos os efeitos científicos, com a finalidade de promover o mercado científico.

Com base nos ensaios de Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio norteador da espécie humana está na dignificação do ser, pois a liberdade, a igualdade, o bem-estar, a segurança e até mesmo a forma de desenvolvimento sustentável, descendem, originam-se do primado maior que é o respeito à dignidade do ser humano. Esses conjuntos de direitos, caracterizados como fundamentais, devem nortear as novas etapas sociais no caminho da dignificação pessoal. No que diz respeito às novas tecnologias, para que seja aceita sua inserção no meio social, devem ter como fundamento a dignidade da pessoa humana⁴⁷. “O avanço tecnológico deverá buscar não apenas a manutenção da vida ou o seu prolongamento, analisando sob o prisma quantitativo, mas deverá perseguir a manutenção ou prolongamento com qualidade, ou seja, com dignidade⁴⁸”.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.50.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.50.

A ciência, bem como seu avanço por meio das tecnologias, da própria biotecnologia, ascende uma esperança para com a crise ambiental que se instaura na maioria dos países, sejam eles desenvolvidos ou em fase de desenvolvimento. A inserção da forma de desenvolvimento sustentável é um meio para que a sociedade civil passe a pensar e a agir de forma diversa, em prol da preservação do entorno natural. Que suas atitudes desenvolvimentistas não recaiam na base ecológica como forma de devastação e degradação, mas, sim, que haja uma sintonia entre o ato de progresso e a preservação do meio ambiente.

A ciência tecnológica, quando voltada para a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais, tal como, ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, conduz o paradigma da sustentabilidade de forma concreta ao meio social. Com isso, está-se diante de meio que poderá transformar ou recriar energias renováveis, limpas, sem degradar o meio ambiente. Com a contribuição da ciência e da tecnologia, pode-se pensar em uma nova forma de civilização, fundamentada no uso racional dos recursos renováveis.

5. Conclusões

Diante das devastações ambientais, tragédias climáticas, desmatamentos florestais, poluição da água, do solo e do ar, entre tantas outras catástrofes ambientais, a cada dia colocam em risco a sobrevivência da sociedade e demais seres vivos.

O não pensar no hoje, para garantir uma sobrevivência digna no futuro, enfatiza uma irracionalidade social, uma forma de operar irracional, insustentável. A sustentabilidade como um princípio para garantir a continuidade da vida terrena, ou um desenvolvimento sustentável com o pensamento nas ações presentes e futuras, sem prejuízo de vida quanto aos recursos naturais, é uma forma de resguardar, de preservar um direito fundamental, o bem natural como fonte de subsistência. A comunidade atual não deve apenas pensar em sustentar recursos disponíveis, mas, de forma satisfatória, propiciar condições melhores às gerações futuras. O agir momentâneo com reflexos futuros.

A base dimensional da sustentabilidade tende a ser estruturada por meio do social, da economia e do ambiental, não sendo possível a inserção dos efeitos tecnológicos como base da estrutura primária, mas, sim, como respostas aos seus efeitos no contexto social. Nessa ideologia, está no conhecimento da ciência a esperança de utilizar-se dos recursos naturais dispostos pelo capital natural, sem sua degradação ou extinção. O sistema da biodiversidade vai ao encontro dos parâmetros da biotecnologia para haver uma forma harmônica de desenvolvimento social e preservação ecológica.

Nessa seara que nasce a inquietação de questionar quais são as responsabilidades e os limites que se devem impor para resguardar o respeito aos direitos humanos, o respeito e a preservação do meio ambiente. Esse equilíbrio entre a ciência, a vida e o meio ambiente devem conduzir a uma forma sustentável de progresso. Um meio ambiente ecologicamente

equilibrado significa preservar a base biológica natural, estando à sociedade à mercé dos interesses de novas ciências, com a preservação e a utilização racional dos recursos naturais. E, para que haja a efetiva preservação, o Poder Público deverá ser atuante quanto à fiscalização das entidades compromissadas com o desenvolvimento do conhecimento científico.

Essa percepção encontra nas novas tecnologias um caminho aberto para efetivar os preceitos da sustentabilidade. A descoberta por novas ciências tecnocientíficas instaura-se na agenda de discussão mundial, voltada para a preservação da vida. A ciência tem um poder de modificar o percurso normal e limitado da vida humana, condicionando o homem à estabilização de seus desejos, requerendo a predeterminação da vida, auto-instrumentalizando a espécie humana, como razão para distanciar acontecimentos naturais trágicos.

As ciências biotecnológicas precedem o poder do conhecimento científico que, naturalmente, influencia a humanidade. As novas ciências demandam gastos econômicos, realidade presenciada por países desenvolvidos, os quais concentram o poder econômico no poder do conhecimento, não expandindo o progresso científico às demais comunidades estatais. Uma racionalidade de desenvolvimento insustentável, de progresso em decrescimento, pois a preocupação é a proteção da vida humana não sendo uma barreira pretensa que imporia os benefícios humanitários das novas tecnologias.

Nesse contexto, aumenta a preocupação com os recursos naturais, no sentido de que o desenvolvimento econômico prescinde o desenvolvimento científico, que, na sua função, promove o desenvolvimento social, o bem-estar social. Não deve haver limitação ou restrição do direito à vida.

Esse equilíbrio entre a ciência, a vida e o meio ambiente devem conduzir a uma forma sustentável de progresso. Um meio ambiente ecologicamente equilibrado significa preservar a base biológica natural, estando a sociedade à mercé dos interesses de novas ciências, com a preservação e a utilização racional dos recursos naturais.

O desenvolvimento sustentável vai além de uma harmonia entre os aspectos econômicos e ambientais e enfatiza uma nova ordem de valores morais, no que tange à preservação de meios indispensáveis, para a existência humana presente, sem comprometer a vida das futuras gerações. Nessa linha de preservar o hoje para existir no amanhã, ressalta-se a importância da evolução científica, das novas tecnologias para resguardar e preservar os recursos naturais indispensáveis para a existência humana. Não estando inserido tão somente no aspecto do crescimento econômico como também do conhecimento científico, deve-se voltar para os aspectos sociais deficitários, buscando, por meio do princípio solidário, a equalização dos direitos que garantem o mínimo existencial.

A era ambiental tende a reabrir o conflito entre a exploração e a libertação humana numa nova forma de pensar. Com a libertação do ser humano para a produção, sem

atentar para a escassez de recursos, tendenciou o açoitamento do alarme na esfera ecológica, sendo a área atingida, de forma primária e emergencial, como as etapas ocultas do progresso e da modernização mundial. Nessa realidade, que há necessidade de haver uma conscientização ambiental, uma mudança de valores pós-modernos em face da degradação ambiental. Por meio da maximização da economia, poderia haver os reflexos da sustentabilidade, com o melhor uso dos recursos em prol do meio ambiente e do seu crescimento econômico futuro. Uma construção social que visa ao desenvolvimento da pessoa humana de forma linear com o meio ambiente, perfazendo-se, uma construção do desenvolvimento sustentável.

6. Referências

- AUMOND, Juarêz. As perspectives do desenvolvimento sustentável. *IN* BENEVIDES, Mario e VALDEZ, Silvia (org.). **Nós e a sustentabilidade**. Florianópolis: Relata, 2012.
- BARBOSA, Gisele Silva. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. Revista Visões. 4^a. ed, n. 4, Vol. 1 - Jan/Jun, 2008. Disponível em: http://www.fsma.edu.br/visoes/ed04/4ed_O_Desafio_Do_Desenvolvimento_Sustentavel_Gisele.pdf. Acessado em 15 de março de 2015.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: método, 2008.
- BRASIL, Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acessado em 19 de agosto de 2012.
- CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução Newton Roberval Eichemberg. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 39:261-291, de 2011.
- DIAS, Bruno Smolarek; MARDEGAN, Herick. **Sustentabilidade como fundamento da cidadania transnacional**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, V.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: WWW.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

- EFING, Antonio Carlos. **Direito e questões tecnológicas: aplicados no desenvolvimento social.** Antônio Carlos Efing e Cinthia Obladen de Almendra Freitas (Orgs.). Curitiba: Juruá, 2012.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro?** **Revista NEJ** - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 319 / set-dez 2012 321. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 19 de março de 2015.
- HABERMAS, J. **O futuro da natureza humana.** São Paulo: Martins Fontes. 2004.
- JUNGES, José Roque. **Ética ambiental.** São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder.** Petrópolis: Vozes, 2012.
- MARIANO, Leila. O poder judiciário e a sustentabilidade. In: FLORES, Nilton César (Org.). **A sustentabilidade ambiental e suas múltiplas faces.** Campinas: Millennium, 2012.
- MARCOVITCH, Jacques. **Para mudar o futuro. Mudanças climáticas, políticas públicas e estratégias empresariais.** São Paulo: Saraiva 2006.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NEVES, Lafaiete Santos (org). **Sustentabilidade. Anais de textos selecionados do V seminário sobre Sustentabilidade.** Curitiba: Juruá, 2011.
- _____. **Nosso Futuro Comum.** Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12906958/RelatorioBrundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>. Acessado em 15 de agosto de 2012.
- RATTNER, Henrique. **Uma ponte para a sociedade sustentável.** São Paulo: SENAC, 2012.
- RIFKIN, Jeremy. **La Era del Acceso. La revolución de la nueva economía.** Traducción: J. Francisco Álvarez y David Teira. Barcelona: Paidós, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SARLET, Indo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico): algumas aproximações. SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. Flexibilização da soberania dos estados em matéria penal na sociedade global de riscos – A possibilidade de um direito penal transnacional. MONTE, Mario Ferreira. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Maria Cláudia Silva Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira Org(s). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer.** Itajaí: UNIVALI, 2014.

SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes de; MAFRA, Juliete R. .A **Sustentabilidade e o ciclo do bem estar: o equilíbrio dimensional e a ferramenta da avaliação ambiental estratégica.** Nomos (Fortaleza), v. 34, 2014.

VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor.** São Paulo: Editora SENAC, 2012.

O AGRONEGÓCIO DA SOJA E AS VIOLAÇÕES DO DIREITO À CIDADANIA E AO DESENVOLVIMENTO RURAL: UM ESTUDO DE CASO DAS COMUNIDADES LOCAIS DE SANTARÉM-PA, BRASIL

JONISMAR ALVES BARBOSA

O autor é Advogado, mestre em Direitos Humanos pelo PPGD-UFPA (Brasil) e doutorando em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante, Espanha, bolsista da CAPES para Doutorado Pleno no Exterior-Processo BEX 0689/14-9. O autor é Doutor Honoris Causa pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Contato: jonismar@hotmail.com

GABRIEL REAL FERRER

O autor é Doutor Honoris Causa pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Possui Doutorado em Direito pela Universidade de Alicante (1992), é Professor Titular de Direito Ambiental e Administrativo e Subdiretor do Instituto Universitário da Água e do Meio Ambiente na mesma Universidade e é Consultor do Programa das Nações Unidas (ONU) para o Meio Ambiente PNUMA.

Resumo

O presente trabalho discorre sobre a dinâmica criada pela cadeia produtiva de soja em Santarém, Pará, Brasil e seus reflexos na vida dos povos tradicionais, que habitam essa parte da Amazônia. Demonstra que a soja é responsável pela violação do direito fundamental de acesso à terra das comunidades locais em Santarém. Destaca que o agronegócio é responsável pela alteração dos modos de criar, fazer e viver dos povos tradicionais, demonstrando, por meio de pesquisa bibliográfica e em loco uma realidade violadora de direitos de cidadania que impede, sobretudo, o desenvolvimento rural sustentável da região.

Palavras-chave

Agronegócio; Soja; Amazônia; Desarrollo Rural; Cidadania; Comunidades Tradicionais.

Resumen

En este trabajo se analiza el impulso creado por la cadena productiva de la soja en Santarém, Pará, Brasil y sus impactos en la vida de los pueblos tradicionales que habitan

en esta parte de la Amazonía. Se busca demostrar que la soja es responsable por la violación del derecho fundamental de acceso a la tierra de las comunidades locales en Santarém. Enseña que el agronegocio es responsable por cambiar las formas de crear, hacer y vivir de los pueblos tradicionales, enseñando por medio de la literatura sobre el asunto y por medio de un trabajo de campo una realidad violadora de derechos de ciudadanía qué impide, en especial, el desarrollo rural sostenible de la región.

Palabras clave

Agronegocio; Soja; Amazonía; Desarrollo Rural; Ciudadanía; Comunidades Tradicionales.

1. Introdução

A história agrária do Brasil sempre esteve marcada por processos de ocupação e apropriação que atendiam mais interesses políticos ou de classes dominantes do que a projetos ou estratégias de desenvolvimento local, regional ou nacional, e esse modo de apropriação indiscriminada da terra fomentou no país uma estrutura fundiária concentrada e desigual distribuição de riqueza agrária, ocasionando, sobretudo, problemas socioambientais aos pequenos agricultores e comunidades tradicionais¹.

E esse modelo de apoderamento da terra no decorrer do tempo, assim como ocorreu em outras partes do mundo, fez com que fossem buscados métodos mais eficazes de exploração dos recursos naturais, de modo a aumentar a produção agrícola e gerar mais riquezas a seus proprietários, todavia, também gerou inúmeros problemas às populações que estavam diretamente envolvidas com a exploração agrícola, sobretudo, as que gozavam de menos partes territoriais ou faziam parte de minorias e já ocupavam a região antes da chegada dos grandes produtores.

O governo brasileiro por décadas instituiu vários programas de valorização do homem do campo, com isso, pretendia fazer uma modernização e afirmação nacional vinculada ao conceito de civilização democrática, no qual o cerne era um cidadão campesino vinculado a uma forma social, considerada desenvolvida, que se sobreponha a qualquer tipo de identidade sociocultural.

E por muito tempo a própria formação histórica do Brasil foi renegada em termos de valorização e proteção socioambiental, já que as formas sociais de produção agropecuária eram construídas sob a figura do latifundiário, cuja protagonista desse cenário era uma classe agroprodutora burguesa, enquanto que as demais, o pequeno granjeiro, os pequenos

¹ Para melhor entendimento sobre o conceito de povos tradicionais e socioambientalismo, por favor ver a obra de SANTILLI, Juliana, Socioambientalismo e novos direitos. São Paulo: Petrópolis, IEB, 2005.

agricultores tradicionais, a entidade familiar cabocla de subsistência, quilombola e indígena eram olvidadas por completo.

No entanto, a crescente valorização das atividades rurais resultante das lutas sociais, especialmente aquelas voltadas para a remuneração do trabalho (preços agrícolas), reconhecimento de minorias, de respeito à sociobiodiversidade, às comunidades étnicas, às preocupações com a defesa do meio ambiente e o socioambientalismo, fizeram com que houvesse uma ampliação do conceito de cidadania campesina, inserindo grupos que embora sempre tenha feito parte da cena rural viessem a ter mais ênfase dentro desse contexto, tais como as mulheres que estão agora alterando o estatuto de dona de casa para trabalhadoras rurais.

A valorização de todos esses atores no campo fez com que a luta pela posse e manutenção do acesso à terra fosse ampliada, de modo a se pedir em todas as regiões do país cada vez mais uma reforma agrária e o reforço à proteção do modelo de agricultura familiar.

Segundo o IBGE (censo de 2006), a presença da agricultura familiar é forte no cenário rural brasileiro, constituindo cerca 4,1 milhões (ou $\frac{3}{4}$ do total) de propriedades, ocupando somente 30% das terras. Absorve 77% (13,8 milhões, segundo o Ministério do Desenvolvimento Agrário) da força de trabalho do setor, produzindo 37% da riqueza agropecuária e cerca de 60% dos alimentos consumidos pelos brasileiros, especialmente cereais, leite, carnes, frutas, verduras e café e é ela também que produz parte significativa da matéria prima para indústria e contribui com cerca de 30% das exportações agropecuárias brasileiras.

Porém, em que pese tamanha importância, muitas vezes a agricultura familiar feita por comunidades de agricultores tradicionais, étnicas ou de migrantes é sempre afetada por algo que foge ao controle destas e, que na maioria das vezes, é incentivado, instalado e acobertado pelos governos locais, o agronegócio.

De norte a sul do Brasil não inúmeros os relatos de violações de direitos dos pequenos agricultores por parte de donos de agronegócios.

Os problemas são desde apropriação indevida de terras, violência e morte no campo em virtude da luta pelo acesso a estas, perda de ecossistemas, da sociobiodiversidade local, bem como problemas de saúde desencadeados pela exploração do *agrobusiness* em larga escala.

Outro grave problema desencadeado pelo agronegócio no Brasil é a perda de identidade local pela invasão das novas culturas e modos de vida diversos daqueles mantidos pelas comunidades, há ainda a falta de acesso a bens e serviços comunitários, tais como a perda e/ou falta de contato entre membros da comunidade, a extinção dos vínculos e exercícios normais de cidadania, práticas culturais e religiosas, que tem posto em risco ou

tem levado ao desaparecimento comunidades locais inteiras em algumas partes do território brasileiro, sobretudo na Amazônia.

Para melhor entendermos sobre o assunto, trazemos à baila estudo de caso feito no município de Santarém, no Pará, no ano de 2012, cujo alvo da pesquisa foram as consequências do agronegócio da soja para as comunidades locais ali existentes.

Pela análise dos dados coletados durante o trabalho de campo, se pôde perceber que as consequências da implantação da soja no oeste do estado paraense foram muito danosas, pois esta veio a desencadear uma série de eventos irreversíveis para a região: aumentou o desmatamento, a grilagem, o conflito pela posse e acesso à terra, dizimou modos de vida, afetou a agricultura familiar local, reduziu direitos básicos dos cidadãos campesinos, pois extinguiu acesso a bens e serviços de várias comunidades locais e contribuiu para a propagação de doenças, dentre vários outros fatores prejudiciais aos direitos fundamentais das comunidades ali residentes.

Todavia, neste trabalho vamos nos ater mais ao agronegócio da soja e sua relação direta com as violações do direito à cidadania e ao desenvolvimento rural em Santarém, de modo a demonstrar claramente todas as interfaces dessa atividade produtora e suas consequências para as comunidades locais daquela região.

2. Problematização

O agronegócio da soja tem contribuído para a perda do território de comunidades tradicionais em Santarém, acirrando o conflito entre produtores e campesinos mediante o processo desordenado de ocupação das terras, além de interferir diretamente nos modos de fazer, criar e viver dessas populações, bem como vem privando-as da chance de desenrolhar todas suas liberdades e potencialidades de desenvolvimento econômico e social.

Este tipo de atividade agroeconômica tem afetado direitos fundamentais de diversas comunidades locais em Santarém, sobretudo, os de cidadania, de identidade cultural, de liberdade e até mesmo o direito à vida. Diante disso, indaga-se, seria então o agronegócio um fator de impedimento ao desenvolvimento rural da região amazônica?

Segundo Fearnside, os plantios de soja têm substituído as pastagens em grande parte do município e vem causando discórdia entre os grandes produtores da oleaginosa e as entidades ligadas à proteção do meio ambiente, em virtude da grande extensão territorial que ocupam, além de causar sérios problemas aos povos tradicionais².

² FEARNSIDE, Philip .M. *O cultivo da soja como ameaça para o meio ambiente na Amazônia brasileira* In: L.C. Forline, R.S.S. Murrieta and I.C.G. Vieira (eds.) Amazônia além dos 500 Anos. Museu Paraense Emílio Goeldi, Belém, Pará, Brasil, 2006, pp. 292-293.

Em Santarém, a maioria dos depoimentos de agricultores e lideranças sindicais é marcada pela preocupação com a transferência de terras de produtores familiares e de povos tradicionais aos sojicultores, o que tem resultado no esvaziamento e desaparecimento de diversas vilas.

As comunidades afetadas sofrem não só com a perda da terra em si, com a perda dos modos de fazer, criar e viver, mas também, quando ficam nas propriedades, sofrem ainda com a perda de identidade cultural, com a falta de acesso a serviços básicos, como saúde, educação e transporte e se submetem a práticas insustentáveis e atentatórias aos seus direitos mais elementares, tais como o livre exercício da cidadania, de liberdade socioeconômica e ao direito à saúde como veremos mais adiante.

Com a chegada do *agrobusiness* e, consequentemente, com a perda de grande áreas territoriais, o acesso a serviços públicos como transporte, educação e saúde tornaram-se mais difíceis ou foram inviabilizados, tendo em vista o deslocamento das pessoas das comunidades para outros locais ou mesmo para o interior da floresta. Além disso, devido a essa dinâmica de dominação do território, se tem notícia de que a convivência comunitária deixou de existir em muitas localidades e as perdas sociais e culturais são irreversíveis³.

O cultivo de soja foi inserido no coração da região amazônica paraense com intuito de desenvolvê-la, trazer renda e gerar empregos, entretanto, o que se tem visto, na maioria dos casos, é o contrário disso, haja vista que o plantio é feito por grandes produtores que abusam da mecanização e dos agrotóxicos nos campos, desrespeitando o modo de vida e as atividades agrícolas socioambientalmente corretas que antes eram desenvolvidas na região.

Ao sair das áreas de plantação alguns campesinos tradicionais que ficam em outras partes da floresta são obrigados a desmatar mais uma vez, já que sobrevivem da agricultura de subsistência, ou, quando não, são obrigados a viver nas cidades, em condições sub-humanas, sem nenhum direito fundamental garantido, isso quando não migram para outros municípios ou estados.

A necessidade de plantio em grandes propriedades, o uso de maquinário de grande porte e de infraestrutura para armazenamento são fatores que forçaram parte dos pequenos produtores a migrar para outras regiões, vendendo suas terras para os mais capitalizados.

Outro fator preocupante é que além da presença de milhares de famílias tradicionais na área do planalto santareno, que sofrem com os impactos provocados pela expulsão, existe ainda um outro grande impacto, a curto prazo, que é a redução substancial da capacidade de regeneração natural da floresta, já que a remoção das árvores, pela raiz, inclusive

³ SCHLESINGER, Sérgio. O grão que cresceu demais. Rio de Janeiro. FASE, 2006.p 14.

das Castanheiras, que fazem parte subsistência do homem da Floresta, faz com que se perca o principal meio de regeneração das capoerias, conhecidas como áreas antropizadas⁴.

A monocultura da soja se apresenta como um tipo de cultivo que exige grandes extensões de terras, por isso o conflito, além do mais há um uso abusivo da mecanização dos campos, que se dá pelo uso de grandes máquinas pesadas, assim, além de não gerar renda direta, os empregos oriundos desta são poucos, o sojicultor prejudica o solo, já que aumenta a compactação deste e contamina os mananciais hídricos com o uso de agrotóxicos⁵.

A ausência de terras tradicionais de uso coletivo para dar continuidade a suas atividades socioculturais e econômicas e a inexistência de contato com seus iguais, faz com que os poucos que ficaram na região futuramente de algum modo também sejam forçados ao êxodo rural, conforme salientado pelos membros da CPT-STM e do Sindicato de Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais de Sanatrém - STTR-STM.

Nos dizeres de Fearnside (2006, p. 293), ver-se, portanto, que a promessa de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente, que, em tese, seria alcançada com a permuta da pecuária para o cultivo da soja não se consumou.

Os problemas antes detectados tem hoje um fator preponderante, o processo de globalização, que arraigado ao acirramento da competitividade tem provocado em âmbito local o aumento das estratégias de apropriação de terras e de recursos, por parte de empresas nacionais e estrangeiras, com vistas a investimentos imediatos em nichos de mercado, de grande valor global, a exemplo da Cargill e da Amaggi.

Evidencia-se assim, que o Estado tem optado sempre pela solução mais tradicional de desenvolvimento, que é ineficaz social e ambientalmente para a Amazônia, uma vez que tem autorizado, incentivado e construído grandes obras de infraestrutura para garantir a produção de bens primários de exportação, como Belo Monte e agora o Porto de Miritituba, em Itaituba, próximo à Santarém.

O meio ambiente aliado ao desenvolvimento sustentável é um sonho, um álamo que ainda não foi cultivado pela sociedade moderna, e, devido a isso, muitas são as implicações sociais, econômicas, políticas e ambientais que advém de tal dinâmica produtiva, de maneira que se não atentarmos para o mundo que estamos criando, um dia de fato teremos em todo o seu esplendor a sociedade preconizada por Ulrich Beck em sua obra a

4 Para melhor entendimento do assunto recomenda-se a leitura da obra *Povos e Comunidades Tradicionais, Movimentos Sociais e Políticas Públicas na Amazônia*; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berino. *Universalização e Localismo, In Amazônia e a Crise da Modernização* Org. Maria Ângela e Isolda Maciel da Silveira. ICSA/UFPA: Belém, 2009.

5 JESUS, Cláudio Pereira de. Atributos físicos do solo e produtividade da soja após um ano de integração lavoura-pecuária em área sob plantio direto. 44f. Dissertação (mestrado), Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC Centro De Ciências Agroveterinárias – CAV. Departamento de Solos – DS UFSC, 2006, p. 35.

*La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*⁶, pois o caminho ali descrito por ele já está sendo trilhado pela humanidade há algum tempo.

Do modo como se apresenta a dinâmica de produção de soja em Santarém, totalmente voltada aos mercados internacionais e amparada pelos ditames do processo econômico global, ver-se claramente que esta pode gerar um número maior de pessoas despossuídas de bens e de direitos fundamentais, sem acesso a liberdades básicas que podem levar ao seu desenvolvimento socioeconômico e cultural e, pior, tudo isso com a aquiescência de nossos governantes, principalmente dos órgãos ligados à regularização de terras⁷.

3. Justificativa

3.1. *O Cultivo da Soja em Santarém, Violação ao Livre Exercício de Cidadania e Perspectiva de Desenvolvimento Rural sobre a Ótica de Amarya Sen*

No município de Santarém, os membros de comunidades tradicionais, em virtude do agronegócio da soja, quando não se alojam mata à dentro, migram para o centro urbano onde passam a viver em estado deplorável, haja vista que não tem estudos suficientes para se inserir no mercado de trabalho local, sendo obrigados, por isso, a viver à margem da sociedade, quando não mudam para Manaus, Belém e outras cidades, perdendo para sempre o contato com a terra e seu modo de vida. O representante da Comissão Pastoral da Terra em Santarém - CPT-STM, durante a entrevista de campo asseverou bem essa situação ao dizer que:

Com os conflitos surgidos em virtude da posse da terra, muitas comunidades simplesmente desapareceram uma vez que muitos dos moradores

6 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A., 2002.

7 Para o período entre 1999/2000 e 2006/2007, os impactos em termos de desmatamento, migração e sobre a agricultura familiar estão bem documentados. A expansão da soja nessa região se deu de maneira acelerada a partir do final da década de 90, inicialmente fomentada pelo governo do estado que elegeu Santarém como área piloto. Os dados de área de cultivo de soja nos municípios de Santarém e Belterra mostram que na safra 1999/2000, a soja ocupava 50 hectares em Santarém e ainda não havia sido registrada para Belterra. Na safra 2003/2004 com o terminal já em operação, a área ocupada com soja em Santarém era de 11 mil hectares e em Belterra de cinco mil hectares. Na última safra, 2008/2009, a área ocupada com soja nesses municípios foi de 30 mil hectares, tendência que comprova as perspectivas iniciais de adequação do planalto santareno à agricultura mecanizada. O histórico de expansão da soja na área de influência da BR-163 é detalhado no diagnóstico do ZEE. Inicialmente estimulada pelo governo do estado e prefeitura de Santarém, o cultivo de soja na região se iniciou de maneira experimental em 1996. Só com o estabelecimento do terminal é que o interesse pelas terras do planalto santareno cresceu. Como resultados imediatos desse projeto destacam-se: (1) ocupação por grandes produtores de áreas devolutas na gleba Pacoval e nos projetos de assentamento do Mojuí I e II, (2) compra de áreas de produtores familiares e especulação imobiliária com o valor da terra passando dos R\$300,00/hectare para até R\$3000,00/ha nas áreas mais próximas a Mojuí dos Campos e Tabocal; (4) Êxodo rural, com a migração de muitas famílias para a área urbana de Santarém, como a fuga para áreas de terras devolutas ou para regiões mais afastadas do próprio planalto.(Dados do Greenpeace, no artigo Avaliação do Estudo de Impacto Ambiental do Terminal Graneleiro da Cargill em Santarém, 2010, p. 10).

que tinham lotes ou usam áreas coletivas deixaram de usá-la já que estas passaram a ser de propriedade particular e sua entrada ali não era algo bem quisto, causando ameaças de morte e violência, sem ter onde plantar e manter seu modo de vida, os antigos povos migraram para outras regiões [...] A extinção das comunidades se dá justamente devido a esta migração, já que não era mais possível manter uma escola com três, quatro alunos, sairia caro para o Estado prestar tal serviço, o mesmo ocorreu com os demais serviços, mesmo os privados, tais como linhas de ônibus (transporte) e comércios, as igrejas se foram, não havia mais fiéis suficientes, assim, gradativamente os vilarejos simplesmente sumiram do mapa, a exemplo das comunidades de Tracuá, Paca e Jenipapo, que ficam no que é hoje o município de Mojuí dos Campos⁸.

Em Santarém, os que insistem em ficar são forçados a tomar banho nos mesmos rios e igarapés nos quais os fazendeiros, os sojicultores, lavam as máquinas usadas para pulverizar pesticidas nas plantações, quando não perdem as áreas comuns em que caçavam, criavam gados ou plantavam ervas e colhiam frutos.

Em Nova Vista, por exemplo, na área de várzea onde vive uma comunidade quilombola, os rios e igarapés estão sendo contaminados pelo agrotóxico usado nas plantações de soja, nessa mesma comunidade, devido a isso, várias crianças foram intoxidadas.

Entre os diferentes agrotóxicos usados na produção de soja no Estado, é necessário destacar o glifosato⁹, ou seu produto formulado mais comum, o *Round Up*, que é o agente mais frequentemente associado ao cultivo de soja, principalmente à geneticamente modificada, e que, nos últimos anos, vem levantando suspeitas na comunidade científica pelo seu potencial de alteração (disrupção) do sistema endócrino humano¹⁰.

⁸ Entrevista concedida durante a pesquisa de campo, em setembro de 2012.

⁹ “O **glifosato** (N-(fosfonometil) glicina, C₃H₈NO₅P) é um herbicida sistêmico não seletivo (mata qualquer tipo de planta) desenvolvido para matar ervas, principalmente perenes. É o ingrediente principal do Roundup, herbicida da Monsanto. Muitas plantas culturais geneticamente modificadas são simplesmente modificações genéticas para resistir ao glifosato. A Monsanto vende sementes dessas plantas com o marca **RR** (Roundup Ready). O herbicida é absorvido pelas folhas das plantas, não por suas raízes. Segundo a Monsanto, o glifosato liga-se fortemente ao solo, portanto não vai para os aquíferos. No solo, é rapidamente metabolizado por desfosforilação. Na Argentina, o uso massivo do glifosato provocou a aparição de resistência, levando a um aumento progressivo das doses usadas, e assim a uma desvitalização e perda de fertilidade do solo. O herbicida elimina também as bactérias indispensáveis à regeneração do solo. No caso da saúde humana, Há indícios de que o glifosato do produto Roundup tenha efeitos nocivos sobre a saúde, como o aumento da incidência de certos tipos de câncer e alterações do feto por via placentária. Estudos *in vitro* (Walsh et al. 2000) demonstraram que o glifosato reduz a produção de progesterona em células de mamíferos, e afeta a mortalidade de células placentárias (Richard et al. 2005). Debate-se se estes estudos permitem classificar o glifosato como disruptor endócrino” (Fonte: Wikipedia).

¹⁰ BELO, Mariana Soares da Silva Peixoto; PIGNATI, Wanderlei; DORES, Eliana Freire Gaspar de Carvalho; MOREIRA, Josino Costa; Peres, Frederico. Uso de agrotóxicos na produção de soja do estado do Mato Grosso: um estudo preliminar de riscos ocupacionais e ambientais in Revista Brasileira de Saúde Ocupacional. Vol.37, nº125. São Paulo, janeiro/junho. 2012, p.04.

O risco de contaminação por produtos tóxicos usados na lavoura não está só nos rios, corre ainda pelas torneiras das pias das escolas que estão funcionando rodeadas por campos de soja em várias comunidades de povos tradicionais, já que estas geralmente são abastecidas com água canalizada de poços artesianos cavados nos arredores da própria escola, ou seja, em meio às plantações.

Tais fatos infelizmente puderam ser comprovados durante nossa pesquisa de campo. Há em Santarém no meio das plantações, em plena atividade, até mesmo escolas e cemitérios, que foram “engolidos” pela soja, como se pode ver pela foto abaixo.



Foto 01: Cemitério tomado pela soja, comunidade de Boa Sorte (Foto de Christiane Aguiar, 2012).

Fonte: Pesquisa de campo, setembro de 2012.

Segundo o membro da CPT-STM é comum vermos situações como esta, descrevendo tais fatos ele assim se manifestou:

As plantações usam a terra em larga escala, abocanhando assim lotes individuais, terras coletivas e até mesmo as próprias agrovilas, invadem áreas de escolas e até mesmo cemitérios [...] Na comunidade Bom Jesus, em Santarém, há até uma escola dentro de uma plantação, ali as crianças bebem água do poço local (contaminada, ao que tudo indica) e ficam sujeitas à pulverização dos agrotóxicos na plantação. Os alunos se quer saem das salas durante a aplicação dos pesticidas, e quando indagados do por que de não saírem, os responsáveis dizem que o produto não fede. Em algumas comunidades, a exemplo do Tracuá, o cemitério foi tragado pelas plantações e há relatos de outras comunidades com o mesmo problema¹¹. Grifou-se.

11 Entrevista concedida durante a pesquisa de campo, em setembro de 2012.

As terras da soja, como dito acima, foram vendidas englobando, às vezes, vilas inteiras, que tinham casas, igrejas, escolas, áreas de recreação, como campos de futebol e cemitérios, algumas dessas vilas não sumiram, mas foram tão abrangidas que simplesmente passaram a fazer parte da própria área da plantação. O agronegócio veio para mudar de forma permanente a paisagem local. Tais fatos puderam ser constatados em nossa pesquisa de campo, realizada em setembro de 2012.

Em nossa pesquisa, restou claro que este tipo de agronegócio foi implantado na região, sob os auspícios dos governos municipal e estadual, maiores incentivadores daquele, sem levar em conta os reais interesses e potencialidades de desenvolvimento sustentável da população local.

Pelos relatórios da pesquisa, ficou evidenciado que a atividade de exploração econômica em comento veio para alterar quando não, extinguir, de modo irreversível direitos básicos de cidadania, na medida em que retira pessoas de suas, casas, destrói o convívio harmônico do campesinato local em sociedade, impede a propagação e manutenção da identidade cultural, o direito de ir e vir dos cidadãos, o acesso à serviços básicos como saúde, transporte e educação e até mesmo a livre manifestação de cultos, sejam estes católicos ou evangélicos, que são as doutrinas mais comuns naquela zona.

Ademais, é obstáculo para a livre manifestação das liberdades individuais da população rural, que tem restrita suas potencialidades de desenvolvimento socioeconômico, suprimida sua identidade cultural, reduzido o papel de participação cidadã, assim como o contato com a terra, o que dificulta ainda mais as chances de dar continuidade a seus modos de vida, se saber criar, fazer e viver, tal como eram feitos por seus antepassados.



Foto 02: Igreja evangélica abandonada em área de plantio de soja, Ramal da Moça, acesso à comunidade de Igarapé Açu (Foto de Christiane Aguiar, 2011).

Fonte: Pesquisa de campo, setembro de 2012.



Foto 11: Escola em área de plantio de soja, na comunidade de Boa Sorte (Foto de Christiane Aguiar, 2011).
Fonte: Pesquisa de campo, setembro de 2012.

Na comunidade do Ramal da Moça, às proximidades da BR 163, antes viviam 28 famílias, depois que a soja se instalou na região são apenas 9, muitas famílias simplesmente deixaram suas casas, lá até mesmo igrejas são fechadas por falta de fiéis, não há mais serviço de transporte tal como antes, já que os ônibus não tem mais tantos passageiros para transportar, o que vinha duas vezes por semana agora só faz o trajeto até a sede do município uma vez por semana.

Já na comunidade de Boa Sorte, também em Santarém, tanto a escola primária quanto o cemitério da comunidade foram “engolidos” pelos campos de soja. A escola fica no meio da plantação e as crianças não são isentas de assistir às aulas mesmo nos dias de pulverização de pesticidas na lavoura.

De fato a soja afetou várias comunidades tradicionais, tanto de caboclos como as dos quilombolas das áreas das várzeas, estes últimos foram menos afetados, mas ainda assim sofrem as consequências de tal agronegócio, a principal delas é o conflito agrário em virtude da posse da terra¹².

A CPT-STM informa que muitas comunidades simplesmente sumiram do mapa após o ingresso da soja em Santarém, dentre elas cita algumas: Corta Corda, Tracuá, Paca e Jenipapo, que ficam no que é hoje o município de Mojuí dos Campos. Segundo

12 Estes conflitos foram expostos de forma categórica por André Barreto, que é membro da ONG Terra de Direitos, em Santarém, durante a entrevista realizada em nossa pesquisa de campo.

a CPT-STM não se sabe com precisão para onde os membros destas comunidades extintas foram, antes se especulava que se deslocavam para o centro urbano (Santarém), mas segundo a CPT-STM é raro encontrar alguém nos bairros que diga que veio de algumas dela, há sim, mas em número ínfimo, não como se pensava (Entrevista de campo, CPT-STM, setembro de 2012).

Segundo a CPT-STM (resposta fornecida em entrevista durante a pesquisa de campo, 2012):

De praxe, os idosos e os jovens vão para os centros urbanos, os primeiros porque iam receber seus benefícios da aposentadoria ou já tinham uma casa nestes e acabaram se alojando por lá, os segundo por causa de estudo ou facilidade de acesso à informação, trabalho, tecnologia, etc., mas o grupo de trabalhadores adultos, no geral, sai das áreas afetadas, compram lotes menores no interior da floresta ou se condensam nos arredores da BR 163, aglulinando-se ao longo dela, à beira da estrada, onde houve um inchaço de algumas comunidades, em virtude dessa dinâmica. Alguns foram para a FLONA Tapajós, onde podem constatar ainda vivos a manutenção de seus modos de criar, fazer e viver, estão bem. Há ainda aqueles que foram para os assentamentos do INCRA, frutos do CR 30, criado em 2005.

Diante disso, se observa que não há um destino certo para os membros dessas comunidades que foram extintas, fato é que essas comunidades estão sofrendo um processo de pulverização e seus membros estão tendo, na maioria dos casos, extintos os modos de vida que eram mantidos por seus antepassados.

Um dos grandes problemas para quem ficou é que com a pouca vegetação que resta nas agrovilas, há, devido ao campo desflorestado, uma constante invasão de insetos e animais peçonhentos (mosquitos, grilos, escorpiões, cobras, etc.), que procuram abrigo nas próprias comunidades, nas árvores que sobraram ao redor das vilas e nas casas, causando assim risco de vida à população local.

Além disso, devido ao uso de agrotóxicos, os animais domésticos criados pelas comunidades, ao ingerirem grãos de soja ou folhas contaminadas morrem ou tem problemas reprodutivos. Ainda não há dados concretos sobre os danos causados pela utilização dos produtos tóxicos, mas eles têm sido perceptíveis, como nos exemplos acima. E é bem provável que no futuro a própria população também venha a sofrer com problemas de saúde, no geral, respiratórios e cancerígenos (CPT-STM, 2012).

Ainda segundo a CPT-STM (2012), mesmo diante de tudo isso, algumas comunidades, no caso, as que acabaram ficando, não veem o sojeiro como um malfeitor, pelo contrário, o veem como o “cumpadre, o que dá carona quando estão a pé nos ramais feitos por eles, que leva o filhos dos membros destas doentes para os hospitais da grande cidade, que ajuda na reforma da igreja, que ajuda o time de futebol local, etc.”.

Dentro desse contexto, observa-se que isso só ocorre porque na verdade o sojicultor acabou assumindo a figura do Estado, dando às comunidades o que sempre foi obrigação deste e não daquele, o Estado não faz nenhum tipo de política pública que realmente leve em conta os direitos, interesses e necessidades dessas populações, assim, ver-se que houve a criação de uma relação de dependência entre as comunidades e os produtores de soja em Santarém.

Outro fruto danoso da soja em Santarém é a contaminação de rios e igarapés, que estão poluídos, neste caso, três comunidades indígenas em fase de reconhecimento estão sendo afetadas, são elas, a do Açaizal, Ipaupixuna, e Cavada, todas situadas no planalto, próximo a PA 370 (CPT-STM 2012).

O povo de Açaizal se sente intimidado pela presença das plantações, pois os membros deste ou mesmo seus animais não podem se quer passar pelo local do cultivo. Além disso, reclamam do assoreamento e da contaminação por agrotóxicos dos igarapés onde a comunidade pesca. Por essa razão, os moradores de Açaizal lutam, desde 2004, para que o governo federal reconheça a comunidade como uma terra indígena e retire os sojeiros da área, Açaizal, é uma das comunidades de povos ressurgidos que está situada na Gleba Nova Olinda, palco de muitos conflitos em virtude da posse e acesso à terra.

No que tange às comunidades quilombolas, André Barreto da ONG Terra de Direitos ressaltou durante a entrevista que a comunidade de Nova Vista, na localidade de Ituqui, na área de várzea, vem sofrendo constantemente em virtude da chegada da soja em tal território, segundo ele, os donos das plantações impedem que a comunidade utilize as terras coletivas, que eram usadas para a pastagem do gado e impendem a entrada destes naquelas, o que tem gerado fortes conflitos entre ambos os lados, inclusive com caso de registro de lesões corporais cometidos pelos empregados dos sojeiros contra membros da comunidade, além disso, há relatos de contaminação das águas dos rios e igarapés que abastecem a região por agrotóxicos¹³.

Baseado na análise de todos esses dados coletados em referências bibliografias e em nossa pesquisa de campo, escolhemos como obra primordial para análise do tema, a obra de Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, que traz a ideia de crescimento econômico como liberdade, em todos os sentidos.

Neste caso em apreço, a obra de Sen se encontra em total consonância com o tema em questão, na medida em que ele assevera que considerar estes dois cenários acima como distintos é um erro fatal da economia atual, ou seja, não se pode desassociar a atual conjuntura econômica do contexto democrático político e social vigente¹⁴.

13 Entrevista concedida durante pesquisa de campo, em setembro de 2012.

14 SEN. Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo. Companhia das Letras, 2000, pp. 177-178.

No Brasil, o PIB ainda é tido como algo de suma importância, principalmente com o prognóstico de crescimento econômico atual. Hoje o país é sexta economia do mundo, tendo ultrapassado a Grã Bretanha, todavia, a realidade socioeconômica brasileira está distante de se equiparar à inglesa¹⁵.

O PIB não reflete a qualidade de vida das pessoas. É esse o pensamento de Sen e que permeia toda nossa discussão em torno da temática da soja em Santarém.

Ora a questão do PIB brasileiro se pauta nessa acepção, pois assim como o “desenvolvimento” da região Amazônica, do município de Santarém, com a chegada dos grandes sojicultores, trouxe avanços na renda destes e aumentou o PIB do município, ao mesmo tempo esse desenvolvimento não se revelou nada próspero para a população local, pelo contrário, acabou por fomentar ainda mais a concentração de renda e a dizimar por completo direitos fundamentais da população local¹⁶.

Para Sen, essas distorções apontam para um novo modelo de desenvolvimento, baseado na expansão das melhorias das condições de vida das pessoas¹⁷.

Assim, desenvolvimento pode ser visto, como um processo de expansão das liberdades reais de que desfrutam as pessoas. Enforcar a liberdade humana contrasta com concepções mais estreitas do desenvolvimento, como as que o identificam com o crescimento do produto nacional bruto ou com o aumento da renda pessoal, ou com a industrialização, ou com o avanço tecnológico, ou com a modernização social, que na maioria das vezes fomentam o desrespeito à garantia dos modos de vidas de populações que estão distantes dos modelos socioeconômicos impostos pelo Estado.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que o desenvolvimento não é jamais remetido a desigualdades, seja no interior de nações ou países ou entre eles. É meramente uma questão

15 O PIB brasileiro cresceu 2,7% em 2011 e alcançou R\$ 4,143 trilhões, segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no dia 06.03.2012, do site do Instituto.

16 Devido ao fato de que a soja requer investimentos pesados de capital em maquinaria, preparação do terreno e insumos agrícolas, essa cultura é inherentemente de domínio de empresários ricos da agroindústria, e não de agricultores pobres. Uma extrema concentração de renda tem sido associada com a soja onde quer que essa cultura esteja na América Latina. A concentração de renda e a influência política associada de elites poderosas têm repercussões negativas em todas as sociedades onde estas transformações estão acontecendo, Fearnside, 2006, p. 294.

17 “A utilidade da riqueza está nas coisas que ela nos permite fazer — as liberdades substantivas que ela nos ajuda a obter, mas essa relação não é exclusiva (porque existem outras influências significativas em nossa vida, além da riqueza) nem uniforme (pois o impacto da riqueza em nossa vida varia conforme outras influências). É tão importante reconhecer o papel crucial da riqueza na determinação de nossas condições e qualidade de vida quanto entender a natureza restrita e dependente dessa relação. Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto nacional bruto e de outras variáveis relacionadas à renda, sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele”, relato de Amartya Sen, na obra Desenvolvimento como liberdade, p. 28.

de preocupação com o indivíduo, de gerar qualidade de vida a este, seja ele membro de uma grande cidade ou de uma agrovila no meio da floresta amazônica.

A liberdade, segundo Sen, é duplamente “central para o desenvolvimento”, pela “razão avaliatória”, uma preocupação substantiva mediante a qual a estimativa do progresso deve dar conta da ampliação efetiva, levando em conta que “a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento na liberdade das pessoas”, bem como em virtude da razão da eficácia, uma vez que “a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição das pessoas”¹⁸.

Ora, no caso em destaque, o alargamento da fronteira agrícola em Santarém não levou em conta a realidade local, as necessidades da população, pelo contrário, lhe foi imposto, agraciado por políticas públicas que beneficiavam os grandes produtores em detimentos das populações tradicionais ali existentes¹⁹.

Para assegurar o desenvolvimento econômico atrelado às liberdades, aos direitos fundamentais, Amartya Sen destaca que a *perspectiva das capacidades*, que nesse seria caso de crescimento econômico, por meio da implantação da soja, somente tem validade *se todos forem incluídos no debate público*; todos nestes caso, seria inclusive os membros dos povos tradicionais atingidos pelo cultivo da soja; recaindo então sua teoria no conceito de *democracia participativa*, levantado por Boaventura de Sousa Santos²⁰, que ressalta que só com a adoção de pelo menos cinco liberdades instrumentais esta pode ser feita, quais sejam: 1) Liberdades políticas: Incluem os direitos civis, e referem-se à liberdade de escolha por parte das pessoas sobre quem deve governar e porque, além dos direitos de fiscalização e crítica dos governantes através de uma imprensa livre e atuante; 2) Facilidades econômicas: Oportunidades por parte das pessoas para utilizar recursos econômicos para o consumo, produção ou troca. Para isto, os mecanismos de mercado podem ter um valor fundamental, já que permitem a livre circulação de pessoas e produtos na economia; 3) Oportunidades sociais: Referem-se aos serviços de saúde, educação, etc., que permitem ao indivíduo não apenas viver melhor em sua vida privada (escapando da miséria através de um trabalho mais bem qualificado, por exemplo), quanto também participar melhor da vida pública (a capacidade de ler jornais é fundamental para a atividade política, por

18 SEN. Op. cit., p. 18.

19 Segundo Sérgio Schlesinger (2008, p. 20), a expansão geográfica da soja é mais intensa nas regiões Norte e Nordeste do Brasil, o referido pesquisador, alegou no Seminário “A Expansão da Soja no Baixo Amazonas”, em 2 a 4 de dezembro de 2005, que as promessas iniciais de emprego não passam de falácias, o que se observa, ao contrário, é uma redução do emprego no setor da soja (campo) e aumento de concentração fundiária. Ao comparar a agricultura familiar com a patronal deduz que a agricultura familiar gera muito mais emprego se estimarmos uma área de 100 ha do que a destinação de área do mesmo tamanho para o plantio de soja.

20 SANTOS, Boaventura de Sousa, A Gramática do tempo, para uma nova cultura política. Cortez Editora. 3^a Edição, São Paulo, 2010, p. 372.

exemplo); 4) Garantias de transparência: Referem-se à necessidade de uma pessoa esperar sinceridade em sua relação com outras pessoas, instituições e com o próprio Estado. Além de essencial para a coesão social, ela pode ter papel importante na prevenção da corrupção, por exemplo, e, por fim 5) Segurança protetora: Resguarda os vulneráveis de caírem na miséria extrema através de uma rede de segurança social e outras medidas que visem às garantias mínimas de sobrevivência das pessoas²¹.

Embora o Brasil tenha evoluído economicamente nos últimos anos ele ainda tem um longo caminho a percorrer para que alcance estas liberdades em sua plenitude.

Essas liberdades propostas por Sen e repensadas por Boaventura não só permitem ao indivíduo aumentar a sua capacidade (reforçando sua condição de agente) como reforçam também umas às outras. O reforço da condição de agente do indivíduo permite-nos também considerar as liberdades instrumentais como importantes por si só.

Fora isto, há evidências claras de que a adoção destas liberdades é um fator a favor, e não contra, o crescimento econômico, mas de forma alguma elas foram implantadas e garantidas em nenhum momento da história de ocupação do território amazônico.

Podemos dizer assim, que uma sociedade mais bem educada pode aspirar receber empregos mais sofisticados; a transparência gera confiança nos investidores, que investem mais, etc. Isto quer dizer que o argumento formulado no início que opunha direitos e crescimento econômico estava totalmente mal formulado, na medida em que não se conquista as liberdades depois, mas sim, antes da opulência.

Essas ideias preconizadas por Sen de fato se intercalam com a realidade de Santarém uma vez que o Estado não planejou e organizou a entrada da nova *commodities* na região, mas somente a incentivou sem fazer nenhuma orientação, investimento em pesquisa ou estudo de impacto socioeconômico e ambiental.

As teorias de Sen, se aplicadas pelo Estado e pelos empreendedores capitalistas bem se adequariam à realidade da Amazônia, mas não vislumbramos a priori nenhuma prática dessas na região²².

21 SANTOS. Op. cit., pp. 54-57.

22 Não é de hoje a Amazônia é saqueada, desmatamento, biogrilação, exploração madeireira ilegal, cultivo da soja e pecuária extensiva representam alguns dos grandes problemas que assolam a Amazônia. Desde a chegada dos europeus, responsáveis pela dizimação de culturas, povos e riquezas naturais - passando pela explosão populacional durante o ciclo da borracha, período no qual milhares de nordestinos migraram para a região em busca do “ouro negro” até a atual fase “desenvolvimentista”, que promove a devastação da floresta para a criação de gado e plantações de soja - a ação predatória do homem demonstra o descaso em relação ao meio ambiente, às fragilidades dos sistemas de monitoramento e à ineficiência das políticas públicas na Amazônia. Para melhor entendimento do assunto recomendo a leitura da obra *Meio ambiente e mudanças climáticas na Amazônia, reportagens dos participantes do Laboratório Ambiental para Estudantes de jornalismo*, p. 13.

Nesse sentido, Sen observa diretamente que a capacidade é um tipo de liberdade. Um ponto nevrálgico de um novo exame da desigualdade é justamente a análise difusa da relação conceitual da capacidade com as muitas classes de liberdades tradicionalmente estudadas (positivas ou negativas, substantivas ou formais) e do modo como a capacidade é a medida mais adequada para determinar aumentos ou diminuições de liberdade em variados contextos interdependentes de avaliação (pobreza, desníveis de renda, padrões de vida, justiça, desigualdade entre os sexos, desigualdade de oportunidades, etc.). Nesse caso, a capacidade de liberdade de desenvolvimento dos povos tradicionais estaria totalmente violada uma vez que foi suprimida pela atuação dos sojicultores e do Estado.

O que seria então uma sociedade humanamente desenvolvida levando em conta essas capacidades? Segundo o igualitarismo de Sen, seria uma sociedade em que todos tenham igual liberdade para escolher seus objetivos e finalidades particulares (as coisas que valorizam por alguma razão) e *nessa busca enfrentem o mínimo possível de obstáculos à realização de suas potencialidades*.

Ora, nesse caso, levando-se em conta tal preceito, a inserção de novas fronteiras agrícolas priva a liberdade de muitos; o direito de ir e vir torna-se violado, a terra em que muitas gerações labutavam deixa de existir, para dá vazão a empreendimentos agrícolas que demandam grandes extensões de áreas e abusam do uso da tecnologia, deixando de lado a mão de obra local e por vezes dizimam por completo alguns modos de vida, quando não, submetem a risco de morte, como no caso das escolas situadas em meio às plantações, onde crianças assistem aulas até mesmo no dia da pulverização de agrotóxicos, ou seja, os obstáculos a realizações das potencialidades desses povos são muitos, o que fatalmente pode levá-los a não se desenvolver adequadamente, já que sua capacidade de desenvolvimento foi limitada²³.

Em síntese, atrelando o presente estudo a Sen, podemos dizer que a “abordagem da capacidade” de se auto gerenciar, de ter liberdade para decidir é superior às outras principalmente por ser informacionalmente mais rica, as capacidades devem ser respeitadas para se atingir o *bem comum* e o desenvolvimento econômico deve respeitar cada uma delas, de modo a possibilitar acesso a meios de vida qualitativos a todos, sejam eles, os donos dos agronegócios ou simplesmente um caboclo ou um membro de uma comunidade quilombola santarena.

23 No sul do país, entre 1970 e 1973, a expansão do cultivo de soja se deu, em sua quase totalidade, sobre terras até então destinadas ao cultivo de arroz, feijão, mandioca, milho e café. A valorização das terras inaugurou um movimento de expulsão de pequenos agricultores que dura até hoje. Nos anos 1970, mais de 2,5 milhões de pessoas abandonaram o campo no Paraná e 109.000 pequenos estabelecimentos deram lugar à soja. No mesmo período, o Rio Grande do Sul perdeu 300.000 propriedades rurais (Fearnside, 2001).

4. Objetivos

Demonstrar que a dinâmica do cultivo de soja em Santarém mantém relação direta com as causas de aumento de violações de direitos fundamentais das populações locais da região, sobretudo, no que tange a direitos básicos de cidadania e na toma de decisões em prol de um desenvolvimento rural sustentável para essa parte do território amazônico.

Identificar, em conjunto com a doutrina de desenvolvimento de Amartya Sen, os conflitos socioambientais e violações de direito que sejam frutos do emprego da monocultura da soja, com destaque à estrutura fundiária anteriormente existente, de modo a demonstrar que o modelo empregado pelo sojicultor é prejudicial à sadia qualidade de vida e ao desenvolvimento das liberdades individuais dos membros das comunidades locais.

Analizar o processo de inserção da nova fronteira agrícola da soja no município de Santarém e suas interfaces com as comunidades locais ali existentes, sobretudo, quanto à propagação de atos que desencadearam violações de direitos fundamentais e impedem o desenvolvimento de liberdades e direitos individuais que poderiam levar os cidadãos ali residentes a terem o pleno gozo de seu modo de fazer, criar e viver e, assim, poder desenrolhar livremente suas potencialidades socioeconômicas e exercer sua identidade cultural de maneira a preservar seus modos de vida às futuras gerações.

5. Conclusões

No presente trabalho, procurou-se adentrar na dinâmica de exploração do agronegócio da soja no município de Santarém, no Pará, onde por meio de estudos bibliográficos, pesquisa de campo, pesquisas na *internet* e visitas às propriedades de soja e comunidades locais, pôde-se detectar que a soja foi trazida para a região com o intuito de desenvolvê-la, mas acabou gerando fortes impactos sociais e ambientais na área de sua abrangência.

A Amazônia sempre foi um criadouro de oportunidades para o agronegócio, nela há fartura de terras férteis e de recursos naturais com grande valor no mercado econômico global, porém, o ingresso desses novos atores sociais sempre traz riqueza para uns e pobreza para outros, na medida em que a inserção deles nunca é acompanhada de estudos que possam atestar além da viabilidade do exercício da nova atividade econômica, o prejuízo às comunidades locais, seja pela exclusão ou pela inserção dessas nos empreendimentos.

Em Santarém, os povos indígenas, na Gleba Nova Olinda, os quilombolas, das regiões de várzeas, e, em sua maior parte, os caboclos que vivem em agrovilas nos ramais ao longo da BR 163 e na região do planalto são os mais afetados.

E, dentro desse contexto tem se sobressaído preocupações elementares, como o direito fundamental de acesso à terra por parte dos povos tradicionais, a garantia de direitos individuais aos cidadãos do campo, o acesso a meios de desenvolvimento social, econômico

e cultural que garantam a preservação e existência dos antigos e necessários modos de vida dos moradores da Amazônia.

Partimos da premissa de que para solucionar tais conflitos e preservar esses modos de vida, faz-se necessária a presença do Estado como de fato o deve ser, como um ente protetor, garantidor dos direitos básicos da população, principalmente das minorias, no caso, dos povos tradicionais diretamente afetados; sendo também necessária uma real aplicação dos princípios da participação cidadã e de democracia participativa, que possibilitem à Administração atuar de forma a prevenir e evitar violações de direitos fundamentais e outros impactos socioambientais em Santarém; deve ser evitado o ingresso de novos produtores na região; faz-se necessário, de imediato, mapear e avaliar corretamente todos impactos socioculturais desencadeados pelo cultivo da soja em Santarém; é crucial que a atuação do Estado para ocupação e exploração econômica da Amazônia leve em conta os modos de vida, de criar, fazer e viver dos povos que nela residem, pois em não o fazendo, fatalmente estará levando estes à extinção.

6. Referências

- A Expansão do monocultivo de soja em Santarém e Belterra: injustiça ambiental e ameaça à segurança alimentar. Vânia de Carvalho e Letícia Tura (FASE-Amazônia). “Projeto Soja, Sociedade e Meio Ambiente, FASE Amazônia”. Visualizado em março de 2012 <http://www.comova.org.br/pdf/A-Expansao-do-monocultivo-de-soja-emSantarem-e-Belterra.pdf>
- BELO, Mariana Soares da Silva Peixoto; PIGNATI, Wanderlei; DORES, Eliana Freire Gaspar de Carvalho; MOREIRA, Josino Costa; Peres, Frederico. Uso de agrotóxicos na produção de soja do estado do Mato Grosso: um estudo preliminar de riscos ocupacionais e ambientais in Revista Brasileira de Saúde Ocupacional. Vol.37, nº125. São Paulo, janeiro/junho, 2012.
- BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A., 2002.
- CARVALHO, Renata. “Amazônia rumo ao ‘ciclo da soja’”. *Amazônia Papers*, 2, Ano I. Amigos da Terra, Programa Amazônia, 1999.
- CASTRO, Edna, in Amazônia: região universal e teatro do mundo/organização Willi Bolle, Edna Castro, Marcel Vejmelka. São Paulo. Globo, 2010.
- Entrevista concedida durante a pesquisa de campo, em setembro de 2012.
- FEARNSIDE, P.M. 2006. O cultivo da soja como ameaça para o meio ambiente na Amazônia brasileira. pp. 281-324 In: L.C. Forline, R.S.S. Murrieta and I.C.G. Vieira (eds.) Amazônia além dos 500 Anos. Museu Paraense Emílio Goeldi, Belém, Pará, Brasil.

FEARNSIDE, P.M. O cultivo da soja como ameaça para o meio ambiente na Amazônia Brasileira. Belém. Museu Emílio Goeldi, 2006.

JESUS, Cláudio Pereira de. Atributos físicos do solo e produtividade da soja após um ano de integração lavoura-pecuária em área sob plantio direto. 44f. Dissertação (mestrado), Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC Centro De Ciências Agroveterinárias – CAV. Departamento de Solos – DS UFSC, 2006.

KOHLHEPP, G. Desafios do desenvolvimento regional entre sustentabilidade e mega -programas econômicos: o caso da Amazônia brasileira. Revista de Estudos Avançados. São Paulo. USP, 2000.

LOUREIRO, Violeta Refkalesfsky. Amazônia: estado, homem, natureza. 2ª Edição, Belém. Cejup, 2004.

OLIVEIRA, Janete Marília Gentil Coimbra de. Expansão urbana e periferização de Santarém-PA, Brasil: questões para o planejamento urbano. *Diez años de cambios en el Mundo, en la Geografía y en las Ciencias Sociales, 1999-2008. Actas del X Coloquio Internacional de Geocritica, Universidad de Barcelona, 26-30 de mayo de 2008*, com acesso em <http://www.ub.es/geocrit/-xcol/268.htm>, visita feita no dia 23.05.2012.

Os impactos da safra da soja nos anos de 2008 e 2010, Repórter Brasil: em http://www.reporterbrasil.com.br/estudo_soja_cma_reporter_brasil_2010.pdf, acesso no dia 30.04.2012.

Povos e Comunidades Tradicionais, Movimentos Sociais e Políticas Públicas na Amazônia; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Universalização e Localismo, In Amazônia e a Crise da Modernização Org. Maria Ângela e Isolda Maciel da Silveira. ICSA/UFPA: Belém, 2009.

SANTILLI, Juliana, Socioambientalismo e novos direitos. São Paulo: Petrópolis, IEB, 2005, p. 185-243.

SANTOS, Boaventura de Sousa, A gramática do tempo, para uma nova cultura política, 3ª edição, Cortez Editora, São Paulo, 2010.

SCHLESINGER, S. O grão que cresceu demais. Rio de Janeiro. FASE, 2006.

SHIRASHI NETO, Joaquim. Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Joaquim Shiraishi Neto, org. Manaus: UEA, 2007.

SEN, Amartya Kumar, Desenvolvimento como Liberdade, Companhia das Letras, São Paulo, 2007.

O CAMINHO PARA O CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE

MARCOS LEITE GARCIA

Doutor em Direito. Doutorado realizado no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Federal de Santa Catarina. Professor permanente do Programa Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - Santa Catarina (UNIVALI), Cursos de Mestrado e Doutorado. Membro vitalício da Academia Catarinense de Letras Jurídicas - ACALEJ. Autor de diversos artigos e capítulos de livros sobre os tema dos direitos fundamentais, constitucionalismo democrático e sustentabilidade. E.mail: mleitegarcia@terra.com.br

DIRAJAIA ESSE PRUNER

Doutoranda em Direito pelo Programa Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - Santa Catarina (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI (2005), Pós Graduada em Nível de Aperfeiçoamento pela Escola da Magistratura Trabalhista e Pós-Graduação em Direito do Trabalho da 12. Região (2001). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2000). É professora e responsável pelo Núcleo de Prática Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Unidade Kobrasol. E-mail:dirajaia@univali.br

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar um estudo acerca do conceito de sustentabilidade tendo como objetivo geral demonstrar a diferença conceitual entre as expressões desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. Para a melhor compreensão do tema, inicialmente, será realizado um breve relato histórico sobre o surgimento da expressão desenvolvimento sustentável, para posteriormente ser apresentado o seu conceito. Em seguida serão abordados alguns eventos internacionais que contribuíram para a construção do conceito de sustentabilidade e, por fim, abordar-se-á o seu conceito.

Palavras-chave

Desenvolvimento sustentável; Sustentabilidade; Conceito.

Resumen

El presente artículo pretende presentar un estudio acerca del concepto de sostenibilidad y tiene como objetivo general demostrar la diferencia conceptual entre los términos

desarrollo sostenible y sostenibilidad. Para una mejor comprensión del tema, en principio, será realizada una breve reseña histórica sobre la expresión desarrollo sostenible, para posteriormente ser presentado su concepto. En seguida abordase algunos eventos internacionales que contribuyeron para la construcción del concepto de sostenibilidad y, por último, ser presentado su concepto.

Palabras clave

Desarrollo sostenible; Sostenibilidad; Concepto.

1. Introdução

O presente artigo busca apresentar um estudo acerca do conceito de sustentabilidade. No entanto, abordar o tema sustentabilidade sem falar de desenvolvimento sustentável é quase impossível tendo em vista que, em vários momentos, as expressões são utilizadas com o mesmo significado.

Assim, é importante deixar claro que desenvolvimento sustentável e sustentabilidade são conceitos diferentes. Atualmente, a utilização de ambas as expressões sem o cuidado e o aporte teórico necessário, vem causando verdadeira confusão e até mesmo uma certa repulsa sobre tudo que diz respeito a sustentabilidade. Desta forma, a diferenciação destes dois conceitos torna-se de suma importância para que os mesmos não sejam desacreditados.

Para a melhor compreensão do tema, inicialmente, será realizado um breve relato histórico sobre o surgimento da expressão desenvolvimento sustentável, para, posteriormente, ser apresentado o seu conceito.

Em seguida serão abordados alguns eventos internacionais que contribuíram para a construção do conceito de sustentabilidade e, por fim, abordar-se-á o seu conceito.

É certo que, evidentemente, o conceito de sustentabilidade ainda está sendo construído. O tema, apesar de ser discutido há tempos, ganhou protagonismo apenas nos últimos anos e, portanto, pode ser considerado novo. Há apenas poucas décadas é que estudiosos e cientistas dedicam-se a estudar e construir uma ideia única sobre sustentabilidade, mas, certamente, a discussão está longe de ter um ponto final. E, quem sabe, não terá o tal ponto final, pois o conceito de sustentabilidade parece um daqueles conceitos abertos que são, a todo tempo, melhorados, reconstruídos, incrementados. Cabe a comunidade científica, na qual me incluo como doutoranda, contribuir para o esclarecimento e para a construção contínua deste conceito tão importante para a sobrevivência da espécie humana.

2. Origem e Conceito da Expressão Desenvolvimento Sustentável

No dias de hoje, os debates sobre o crescimento econômico sempre vêm acompanhados da utilização da expressão desenvolvimento sustentável. Para seu completo

entendimento é necessária um breve histórico abordando os principais eventos e discussões ambientais travados ao longo dos anos.

Com relação a destruição ambiental e a tomada de consciência sobre ela, cabe destacar que, mesmo tendo os movimentos de proteção ao meio ambiente iniciado no pós guerra, há relatos muito antigos sobre críticas à exploração ambiental. Platão questionava o corte de árvores para utilização como lenha e já se criticava a redução das florestas europeias quando da construção dos navios para as grandes navegações.¹

No entanto, até bem depois da Revolução Industrial, havia pouco alarme sobre a degradação ambiental, o que só passou a ocorrer por meio do progresso científico. Quando os cientistas começaram a divulgar estudos sobre a estrutura da natureza as pessoas começaram a perceber como ela poderia ser, e estava sendo, afetada pela ação humana. Os primeiros movimentos de proteção ao meio ambiente começaram a surgir, tanto nos Estados Unidos da América (EUA) como na Grã-Bretanha, a partir da segunda metade do século XIX, mas, a preocupação da sociedade com estes temas ainda era incipiente.²

No Brasil, por volta da década de 1930, discutia-se a questão da proteção do patrimônio natural, principalmente do patrimônio vegetal, tendo em vista que a sociedade se organizava em torno do extrativismo e da agricultura. Em 1934 foi elaborado o primeiro Código Florestal e, em 1937, criado o primeiro parque nacional brasileiro, o Itatiaia.³

Internacionalmente, o período pós Primeira e Segunda Guerras Mundiais foi marcado por grandes discussões internacionais a respeito da cooperação entre as nações para a solução dos problemas da época. A preocupação daquele tempo era com o crescimento excessivo da população, com a conservação dos recursos naturais e até com a criação de uma organização internacional capaz de cuidar da proteção da natureza.⁴

A década de 1950, especialmente para os Estados Unidos da América, foi um período de muito progresso. Houve crescimento econômico constante, empregos em abundância, aumento do consumo, enfim, a sociedade americana passava por anos dourados. No entanto, os jovens cultos e bem educados de todas as nações industrializadas do mundo, membros de uma classe média para a qual não faltava nada, percebiam os problemas do seu entorno. Havia a guerra fria, a ameaça nuclear, ameaça de novas guerras, e as injustiças sociais cometidas pelo racismo. Todos estes fatores nutriam nestes jovens um sentimento de insatisfação que só fazia crescer.⁵

1 McCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: A história dos movimentos ambientalistas*. Rio de Janeiro: Dumará Distribuidora de Publicações, 1992. p.15.

2 Ibid., p.15.

3 ALMEIDA, Fernando. *O bom negócio da sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002. p.14.

4 McCORMICK, op. cit., p.43.

5 Ibid. p. 65-71.

Já no Brasil a década de 1950 teve como destaque o governo de Juscelino Kubitscheck, o qual possuía uma política econômica audaciosa cujo objetivo era fazer o país crescer 50 anos em 5 anos. Foram tempos de grande industrialização e junto com ela veio o aumento da poluição. Em 1958, reagindo a toda a degradação ambiental que a industrialização havia produzido, foi criada a primeira organização ambientalista brasileira, a Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza – FBCN. Os efeitos desta criação foram sentidos ao final da década de 1950 e no início da década de 1960 com a criação de vários parques nacionais.⁶

A década de 1960, nos EUA, começa com um grande lançamento literário, Primavera Silenciosa, de Rachel Louise Carson⁷, que denunciava danos ambientais causados pela utilização indiscriminada de pesticidas. Esta obra teve grande impacto na opinião pública mundial pois auxiliou na compreensão de que os resíduos químicos da atividade industrial destas últimas décadas estavam contaminando animais, solo, ar, e a água de todo o planeta.⁸

Mundialmente, entre os anos de 1966 e 1973 vários desastres ambientais ocorreram e foram amplamente divulgados na mídia. Em 1966 houve o tombamento de uma pilha de resíduos de uma mina de Alberfan, no sul do país de Gales, que matou 144 pessoas, dentre elas 116 crianças. Em 1967 o petroleiro Torrey Canyon se acidenta ao bater em um rocha no litoral da Inglaterra e espalha 117 mil toneladas de petróleo no mar. Em 1969 houve um jorro acidental de petróleo em uma plataforma no litoral de Santa Bárbara nos EUA. Entre 1961 e 1973 várias indústrias japonesas foram condenadas ao pagamento de indenizações por terem poluído rios e outras águas com seus dejetos industriais causando doenças à população.⁹

Em todos estes desastres a população, além de testemunhar as mortes e as doenças por eles provocadas, assistia também ao enorme gasto público empreendido na tentativa de conter os danos ambientais.

Todos estes fatores, junto com tantas outras manifestações ocorridas na década de 1960, como o feminismo, o início dos direitos do consumidor, o movimento hippie (que era anticonsumismo e defendia a harmonia do ser humano com a natureza), as manifestações pelos direitos civis e as manifestações anti-guerra nos EUA e a resistência de uma nova geração aos valores pré-estabelecidos na Europa, fez surgir a consciência do protesto e do quanto ele poderia modificar e transformar as situações problemáticas.¹⁰

6 ALMEIDA, op. cit., p.14.

7 Veja-se a edição brasileira: CARSON, Rachel. Primavera Silenciosa. 1 ed. São Paulo: Gaia, 2010.

8 LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2006. p.28.

9 McCORMICK, op. cit., p.71-73.

10 ALMEIDA, op. cit., p.15.

E assim, em um “*tempo em que a palavra de ordem era contestar, a defesa da natureza logo se revelaria uma das poucas bandeiras capazes de juntar seguidores que, de outra forma, seriam totalmente inconciliáveis*”.¹¹

Portanto, na década de 1960, inúmeros foram os protestos contra a degradação ambiental com repercussão global e múltiplos foram os estudos que surgiram sobre o futuro catastrófico da humanidade se a postura com relação ao meio ambiente não fosse modificada.¹²

A década acima citada foi marcada pelo surgimento de uma nova consciência de proteção ambiental, um novo ambientalismo que ia além da conservação dos recursos naturais e da preocupação com o crescimento populacional, preocupava-se com a sobrevivência da raça humana.¹³

Em 1968, movido por estas preocupações globais, o industrial italiano Aurélio Peccei, financiado por empresas como a FIAT e a Volkswagen, criou o Clube de Roma. Tratava-se de uma reunião de economistas, cientistas, educadores, industriais e membros de instituições públicas de países desenvolvidos, preocupados com os rumos do futuro mundial.¹⁴

O objetivo do Clube era incentivar a compreensão dos problemas mundiais, principalmente o ambiental, com base no estudo de todos os seus componentes e de como eles se interligavam. A proposta era que fosse feita uma análise econômica, política, natural e social demonstrando como todas estas questões eram interligadas no sistema global e que só a compreensão de sua totalidade poderia levar a solução dos referidos problemas.¹⁵

É chegada a década de 1970 e a crise ambiental já não é mais silenciosa, era do conhecimento de todos. Estudos científicos demonstravam o quanto a raça humana estava ameaçada pela escassez de recursos e pela poluição do meio ambiente pelos dejetos industriais. Surgiram os primeiros debates sobre os limites do crescimento, principalmente no tocante ao crescimento populacional e a utilização dos recursos naturais.¹⁶

O Clube de Roma havia organizado uma equipe, liderada por Dennis Meadow e sua esposa Donella Meadows, que empreendeu um trabalho inovador para a época ao adotar um modelo proposto por Jay Forrester, Professor do Instituto de Tecnologia de Massachusetts, cuja sigla em inglês é MIT. A equipe utilizou um computador ultramoderno

11 Ibid., p.15.

12 Ibid., p.18.

13 McCORMICK, op. cit., p.76.

14 LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. p.28.

15 McCORMICK, op. cit., p.83.

16 Ibid., p.81.

(naquela ocasião) para simular a evolução da economia mundial. Os resultados deste trabalho começaram a ser divulgados em uma Conferência Internacional do Clube, realizada no Rio de Janeiro, em 1971, mas sua publicação oficial ocorreu apenas em 1972, com o lançamento do livro intitulado: Os Limites do Crescimento, também conhecido como Relatório Meadows.¹⁷

Referido documento concluía que, o fundamento da crise ambiental estava no crescimento exponencial. Segundo o relatório, a natureza não é uma fonte inesgotável e o crescimento exponencial da indústria, da produção agrícola, da população mundial e dos níveis de poluição consumiria os recursos naturais, que cresciam em níveis lineares, até o colapso completo. Desta forma, a única solução vislumbrada à época era o crescimento zero. Assim, o livro sugeriu a redução de investimentos na indústria, na produção agrícola, redução da taxa de natalidade e até mesmo a transferência de riqueza dos países ricos para pobres (para que se pudesse criar um equilíbrio entre os países). Só desta forma, freando o crescimento, é que seria possível reestabelecer o equilíbrio entre o homem e a natureza.¹⁸

O supracitado livro recebeu muitas críticas, suas conclusões foram atacadas em virtude da metodologia utilizada, de não terem feito diferença entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, de não terem feito distinção entre países do norte e do sul e entre regiões rurais e industrializadas. No entanto, a maior contribuição do Clube de Roma com este relatório foi a de provocar a humanidade e colocar o assunto na rodas internacionais de discussão.¹⁹

Assim, a Organização das Nações Unidas – ONU resolveu realizar, em 1972, a Conferência de Estocolmo. Tal Conferência tinha como lema “Uma só Terra” e como objetivo o debate das relações entre sociedade e meio ambiente.²⁰

Nos preparativos para a referida conferência o Brasil se destacou por sua postura ativa no questionamento dos resultados apresentados no relatório Os Limites do Crescimento. Os brasileiros promoveram a reunião dos países em desenvolvimento em um bloco de peso que conseguiu ser ouvido nesta fase preparatória e durante toda a Conferência. Maurice Strong, Secretário Geral da Conferência de Estocolmo, foi trazido ao Brasil e ouviu “*de seus anfitriões veementes discursos sobre a impropriedade de se aplicar ao Hemisfério Sul, com suas peculiaridades geográficas e climáticas, os mesmos critérios antipoluição do Hemisfério Norte.*”²¹

17 LAGO, op. cit., p.29.

18 McCORMICK, op. cit., p.97-89.

19 OLIVEIRA, José Antônio Pupim de. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social.* Rio de Janeiro:Elsevier, 2008, p.21-23.

20 Rafael Hurtado Rodero in ROBLEDO, Irene Saavedra (coord.). *Introducción a la sostenibilidad y la RSC.* La Coruña: Netbiblo, 2010. p.10.

21 ALMEIDA, op. cit., p.18.

Quando a Conferência de Estocolmo começou notava-se a transformação da concepção a respeito dos assuntos que seriam ali tratados. Os ânimos já estavam preparados para a discussão dos problemas ambientais globais respeitando a perspectiva dos países menos desenvolvidos.

Referida conferência teve quatro resultados importantes. Primeiro ocorreu a mudança de foco nas questões relativas ao meio ambiente, agora o debate era travado acerca das características do meio ambiente que afetavam a vida humana. Este foi o grande diferencial entre a reunião de Estocolmo e outras reuniões internacionais: anteriormente tratavam o meio ambiente como um assunto dissociado da sobre vivência da raça humana e agora o viam como uma condição para que estava sobrevivência se perpetuasse.²²

Como entende McCormick²³:

O pensamento progrediu das metas limitadas de proteção da natureza e conservação dos recursos naturais para a visão mais abrangente da má utilização da biosfera por parte dos humanos.

Em segundo lugar, a Conferência permitiu que países subdesenvolvidos fossem ouvidos. Na opinião deles, muitos dos quais estavam iniciando seu desenvolvimento nesta época, a sugestão de crescimento zero para a proteção ambiental era uma medida protecionista, uma artimanha dos países mais desenvolvidos para frear o crescimento dos países emergentes. Na opinião de alguns Estados, com a Índia, o que degradava o meio ambiente era a pobreza, e, para combatê-la, o desenvolvimento era a melhor arma.²⁴

A pobreza foi destacada como um dos grandes causadores da poluição. As palavras do chefe da delegação brasileira, José Costa Cavalcanti, resumem bem esta ideia:

A pior poluição é a da pobreza. (...) abrange, nas zonas rurais, a erosão do solo e a deterioração causada por práticas incorretas na agricultura e na exploração florestal. Abrange também condições sanitárias inadequadas e contaminação da água e dos alimentos. Nas zonas urbanas, os problemas são ainda mais complexos, como consequência de densidades urbanas excessivas, com baixos níveis de renda.²⁵

Assim, os países menos desenvolvidos conseguiram convencer os países desenvolvidos com relação à algumas questões, quais sejam: a) as nações mais industrializadas eram as que tinham poluído mais até então e, portanto, eram as que deveriam pagar a conta mais alta; b) muitas celeumas ambientais tinham suas raízes na pobreza dos países menos desenvolvidos e, para resolver a pobreza, o crescimento econômico deveria ser a grande

22 MCCORMICK, op. cit., p.105.

23 Ibid., p.112.

24 OLIVEIRA, op. cit., p.21-23.

25 José Costa Cavalcanti *Apud*: ALMEIDA, op. cit., p.18.

arma; c) o crescimento econômico não era uma ideia oposta ao meio ambiente e sim complementar, pois, somente com ele é que a pobreza seria extirpada e o meio ambiente estaria protegido de suas consequências nefastas; d) o uso dos recursos naturais é uma questão de soberania nacional, cada país deve ter liberdade para decidir como usará seus recursos.²⁶

É importante salientar que, o que no início parecia uma vitória dos países menos desenvolvidos, foi posteriormente alvo de muitas críticas. A mídia, cientistas, ecologistas e economistas rotulavam os países em desenvolvimento como inimigos do meio ambiente tendo em vista que sua postura foi a de responsabilizar os países mais desenvolvidos pela degradação ambiental e não se submeterem a nenhum tipo de regra limitadora da utilização dos recursos naturais.²⁷

O terceiro resultado da Conferência foi o destaque dado, a partir dela, para as Organizações Não Governamentais – ONG:

As ONGs tiveram pouca influência na conferência em si e nem sempre conseguiram concretizar tanta influência quanto poderiam ter nos fóruns da ONU, mas houve um rápido crescimento do número e da qualidade das ONGs na década pós-Estocolmo. A conferência não somente colocou as ONGs nacionais em contato umas com as outras, mas enfatizou o fato de que enfrentavam problemas comuns que pediam uma resposta combinada.²⁸

E, por fim, o quarto resultado da Conferência de Estocolmo foi a instituição do Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas, um instrumento importante no debate das questões ambientais internacionais.²⁹

Em termos documentais, a reunião produziu a Declaração de Estocolmo, os Princípios e o Plano de Ação, os quais ficariam no papel até que outros ajustes fossem feitos para que eles pudessem serem transformados em políticas e programas efetivamente ativos. No entanto, o alerta já havia sido feito e a humanidade já estava pronta para começar o debate ambiental internacional. As ideias para tal debate já haviam sido lançadas, quais sejam: os recursos naturais são finitos, a humanidade não pode crescer indefinidamente, o crescimento econômico é necessário mas deve ser orientado para a não degradação ambiental.³⁰

Então, o final da década de 1960 e início da década de 1970 foi marcado pela tomada de consciência a respeito de problemas ecológicos ligados, principalmente, com

26 ALMEIDA, op. cit., p.19.

27 Ibid., p.19.

28 McCORMICK, op. cit., p.112.

29 Ibid., p.112.

30 Ibid., p.113.

questões concretas de poluição industrial, escassez de recursos naturais e crescimento populacional excessivo.³¹

Já em meados da década de 1970 e durante a década de 1980 o grande destaque foi a tomada de consciência a respeito de problemas ambientais globais como: poluição dos oceanos, efeito estufa, escassez de água potável, etc. A partir deste momento, várias discussões foram travadas no sentido de haver profundas mudanças na forma de compreender o mundo para que se pudesse viver em equilíbrio com o meio ambiente.³²

Para esta nova compreensão do mundo o homem não poderia mais ter a visão compartmentada, na qual cada assunto está em sua caixinha. A nova visão mundial pedia um olhar amplo, complexo, que pudesse compreender que os assuntos se interrelacionam e que para resolver os problemas devemos compreender estas interrelações, assim como defendia o Clube de Roma, já na década de 1970. E, para a resolução dos problemas ambientais, a postura não poderia ser diferente. Para poder compreender como seria possível harmonizar o desenvolvimento econômico com o meio ambiente também se fez necessário esta visão complexa, esta visão das interrelações entre o desenvolvimento e o meio ambiente. Assim, na década de 1980 vários cientistas, economistas, filósofos, sociólogos, etc... começaram a aprofundar esta visão e publicaram seus estudos.³³

Em meio a toda esta modificação do pensar, em 1983, onze anos depois da Conferência de Estocolmo, foi criada pela ONU, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – CMMAD, sob a presidência de Gro Harlem Brundtland, primeira-ministra da Noruega na época.³⁴

Os trabalhos da Comissão centravam-se em debater as questões ambientais globais e propor estratégias de cooperação internacional que pudesse promover as transformações necessárias.³⁵

Havia uma frustração internacional no tocante a questão ambiental, muito havia sido feito em teoria: foram criadas várias organizações internacionais, foram assinados muitos documentos, compromissos, etc..., mas, na prática, não havia ocorrido uma mudança de postura, a poluição e a degradação ambiental ainda estavam ocorrendo. Durante os três anos de trabalho em que o Relatório Brundtland foi desenvolvido, muitas catástrofes ambientais ocorreram, como o desastre de Chernobyl, em 1986, o que só reforçou a consciência da comissão de que, muito trabalho ainda deveria ser realizado para que houvesse uma séria modificação no tratamento do meio ambiente pelas nações.³⁶

31 BERMEJO, Roberto. *La grantransición hacia la sostenibilidad*. Madrid: Catarata, 2005. p.23.

32 Ibid., p.23.

33 ALMEIDA, op. cit.. p.24.

34 McCORMICK, op. cit., p.189.

35 Ibid., p.189.

36 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nossa Futuro Comum*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991.p.XIV.

Além destas desgraças ecológicas referidas acima, a Comissão realizou vários painéis, ouviu a sociedade civil e constatou que, realmente, nos países menos desenvolvidos, a crise da dívida, a cessação da ajuda internacional, o baixo preço das matérias primas exportadas, a baixa renda individual de sua população levava à pobreza e à degradação ambiental.³⁷

Assim, a Comissão chegava ao final dos seus trabalhos com algumas certezas: a) a pobreza é uma das principais causas da degradação ambiental; b) o desenvolvimento é necessário para acabar com a pobreza; c) o desenvolvimento necessário não é só o econômico, é muito mais amplo, é aquele capaz de manter o progresso da humanidade em todos os lugares.³⁸

Então, o relatório final desta Comissão, conhecido como Relatório Brundtland, ou Nossa Futuro Comum, foi publicado em 1987 e transformou-se em um marco internacional pois conceituou a expressão desenvolvimento sustentável e a cunhou no cenário internacional, sendo aceito por mais de 100 países.³⁹

A conclusões do relatório indicavam que meio ambiente e desenvolvimento estavam intimamente conectados e que as respostas políticas dadas até então não eram suficientes pois tratavam destes assuntos de forma separada. E ainda, as soluções políticas tratavam de criar mais empregos, produzir mais alimentos, mais energia, mais bens, e não tratavam de poupar os recursos ambientais que sustentavam tudo isso. Aliado a isso, neste momento, havia a consciência de que, qualquer decisão interna sobre o meio ambiente poderia ter efeito além fronteiras (por exemplo, a poluição ácida de algumas fábricas transpunha a fronteira dos países que permitiam a liberação de gases tóxicos na atmosfera).⁴⁰

A comissão em seu relatório advertiu que a questão ambiental ainda era relegada a um plano de menor importância e isso não poderia mais ocorrer, era necessário que ela fosse colocada de lado a lado das questões econômicas e sociais quando da tomada de decisões políticas.⁴¹

Assim, o Relatório Nossa Futuro Comum definiu o que seria desenvolvimento sustentável como aquele que permite: “*o atendimento das necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.*”⁴²

37 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nossa Futuro Comum*. p.XIV.

38 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nossa Futuro Comum*.p.4.

39 BERMEJO, Roberto. op. cit., p.23.

40 McCORMICK, op. cit. p.189.

41 Ibid., p.190.

42 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nossa Futuro Comum*, p.46.

O próprio Relatório explica que há dois componentes do conceito de desenvolvimento sustentável. O primeiro componente do conceito é que, o desenvolvimento sustentável deve ser pautado no atendimento das necessidades essenciais das pessoas, e, satisfeitas estas necessidades, devem ser dadas oportunidades para que as pessoas concretizem o seu desejo de uma vida melhor. O segundo componente é que o desenvolvimento sustentável está limitado, em virtude do estado atual da tecnologia e da organização social, pelo meio ambiente, ou seja, as atividades humanas não podem ignorar as limitações dos recursos naturais.⁴³

Da leitura destes dois componentes pode-se inferir uma dimensão social, que aparece quando o conceito se preocupa com a satisfação das necessidades básicas das pessoas; uma dimensão ambiental, quando o conceito exprime a preocupação com a limitação dos recursos naturais e uma dimensão econômica, quando o conceito menciona a palavra desenvolvimento.

Ao que tudo indica, segundo o Relatório Nossa Futuro Comum, tal satisfação de necessidades básicas só ocorre com o crescimento, o qual deve respeitar as limitações ambientais.⁴⁴ Este crescimento deve ir além da questão econômica e envolver a questão social, deve ser capaz de manter o progresso da humanidade em todos os cantos do planeta.⁴⁵

Percebe-se que tal conceito é bastante genérico, ele determina o que tem que ser feito, mas não determina como. E ainda, ao mencionar o atendimento das necessidades básicas o relatório não as delimita o que é um problema pois, a sua conceituação varia dependendo do tipo de sociedade e do seu estado de evolução. O que é necessidade básica na Índia pode não ser necessidade básica nos EUA. Talvez por isso esta conceituação de desenvolvimento sustentável tenha conseguido a aprovação de tantos países, pois, sua generalidade permite várias interpretações dependendo da visão, da ideologia, dos valores e dos interesses que são levados em consideração.⁴⁶

Esta conceituação recebeu, e ainda recebe, muitas críticas. Primeiro porque, entendem alguns, que ela exprime uma ideia comum, a de que as atuais gerações devem se preocupar com as gerações futuras. E isto já foi realizado por tantas outras civilizações antes da nossa. Em segundo lugar, há quem entenda que desenvolvimento e a sustentabilidade são ideias contraditórias e assim, não há como compatibilizar o desenvolvimento econômico, que não tem limites, com a proteção dos recursos naturais, os quais são limitados. E em terceiro lugar, há quem diga que o conceito proposto pelo Relatório Brundtland é

⁴³ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nossa Futuro Comum*. p.46.

⁴⁴ BERMEJO, op. cit., p.25.

⁴⁵ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nossa Futuro Comum*. p.4.

⁴⁶ BERMEJO, op. cit., p.24.

bastante economicista pois preocupa-se em gerir os recursos para as gerações futuras, mas não há preocupação quanto a gestão dos recursos para as atuais gerações, o que se mostra imprescindível se há a intenção de programar o futuro.⁴⁷

Após a publicação do Relatório Nossa Futuro Comum muitos outros eventos internacionais foram realizados e tais eventos, em alguns momentos, geraram mais confusão sobre esta conceituação e, em outros momentos, promoveram uma outra direção, a direção da sustentabilidade, a qual será abordada mais adiante.

No cenário internacional, muitas vezes a expressão desenvolvimento sustentável vem carregada de sentido econômico, querendo expressar mais uma desculpa para incentivar o desenvolvimento do que realmente uma preocupação com o futuro da humanidade. No entanto, ela continua sendo utilizada nos debates nacionais e internacionais e aparece em vários relatórios importantes.

O fato é que o Relatório Nossa Futuro Comum deu visibilidade internacional aos assuntos: proteção ambiental e desenvolvimento. A grande conquista deste documento foi inserir o debate interligado destes temas nas discussões entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos e em suas políticas internas.

A seguir serão abordados outros eventos e documentos internacionais que levaram a humanidade a pensar além do desenvolvimento sustentável, a pensar a sustentabilidade.

3. Novos Eventos Internacionais e o Caminho para o Conceito de Sustentabilidade

O início da década de 1990 foi marcado pela divulgação, pela ONU, do Relatório de Desenvolvimento Humano - RDH. Referido relatório foi divulgado pela primeira vez em 1990 tendo sido idealizado por Mahbub ul Haq, economista paquistanês, e por Amartya Sen, economista indiano.⁴⁸

A ONU, premida pelas últimas discussões internacionais sobre qual o tipo de desenvolvimento a ser adotado para a perpetuação da espécie humana na terra, publicou este relatório baseado no Índice de Desenvolvimento Humano – IDH. Tratava-se de uma nova medida geral do desenvolvimento humano que se contrapunha ao Produto Interno Bruto – PIB per capita, índice que considerava, e ainda considera, apenas a dimensão econômica do desenvolvimento.⁴⁹

⁴⁷ VILCHES, Amparo; MACÍAS, Óscar; PÉREZ, Daniel Gil. *La transición a la sostenibilidad: un desafío urgente para la ciencia, la educación y la acción ciudadana*. Andalucía: Iberciencia. 2014. p.9-11

⁴⁸ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&cli=li_IDH. Acesso em 13.10.2014.

⁴⁹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&cli=li_IDH. Acesso em 13.10.2014.

O IDH ampliava a perspectiva sobre o desenvolvimento humano ao levar em consideração indicadores sobre saúde, educação e renda.⁵⁰ A divulgação do RDH mostrou, por meio de análises matemáticas, que o crescimento econômico era apenas um dos ingredientes de um processo muito mais amplo que levaria ao desenvolvimento humano.⁵¹

Este documento produzido pela ONU influenciou outras discussões internacionais pois possibilitou uma análise multifacetada do desenvolvimento humano e não somente econômica (como a realizada através do PIB per capita), em que pese a própria Organização reconhecer que ele não engloba todos os aspectos do desenvolvimento, tais como: democracia, equidade e sustentabilidade.⁵²

Em 1992 ocorreu a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, também conhecida como Rio-92, Eco-92 ou ainda Cúpula da Terra, que tinha como lema “De uma Terra... a um Mundo”. Tal lema foi estabelecido justamente para mostrar que o pensamento ambiental havia avançado aumentando-se o âmbito das preocupações: de local para global, principalmente depois da divulgação do RDH, citada acima.⁵³

A Eco-92 adotou cinco documentos de grande importância: a Agenda 21, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre Florestas, a Convenção Sobre Mudanças Climáticas, e a Convenção sobre Diversidade Biológica.⁵⁴

No entanto, a Agenda 21 e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento foram os documentos mais marcantes.

A Agenda 21 fazia um diagnóstico dos problemas que precisavam de solução urgente e a identificação de quais os recursos e quais os meios necessários para resolvê-los, além de fixar metas para os próximos anos.⁵⁵

Tratava-se de um acordo internacional com quarenta capítulos divididos em quatro secções. A primeira abordava as dimensões sociais e econômicas e apresentava os problemas que deveriam ser resolvidos: a pobreza, saúde, crescimento da população, assentamentos humanos, dívidas públicas, comércio, entre outros. A segunda secção tratava da conservação e gestão de recursos para o desenvolvimento, a terceira tratava do

50 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH. Acesso em 13.10.2014.

51 VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável - O desafio do Sec. XXI*. 1^a ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. v. 1. p.31.

52 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH. Acesso em 13.10.2014.

53 Rafael Hurtado Rodero in ROBLEDO, Irene Saavedra (coord.). *Introducción a la sostenibilidad y la RSC*. p.11.

54 Rafael Hurtado Rodero in ROBLEDO, op. cit., p.11.

55 CONSEJO DE LA TIERRA E INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA LA AGRICULTURA. La cumbre de la tierra ECO 92: visiones diferentes. São José, CR: IICA, 1993. p.12.

fortalecimento do papel dos grupos sociais e a quarta dos meios de instrumentação, ou seja, abordava os recursos e instrumentos necessários para por em prática as políticas de desenvolvimento sustentável.⁵⁶

Já a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tinha vinte e sete princípios. Todos foram estabelecidos com o objetivo de promover uma aliança global justa e igualitária, com base na cooperação internacional entre os Estados, os setores-chave da sociedade e as pessoas. Diante disso, esta declaração buscou promover a realização de acordos internacionais para a proteção do meio ambiente frente ao desenvolvimento mundial.⁵⁷

Ao abordar as questões sobre pobreza, saúde, assentamentos humanos, entre outros, e, em meio às discussões resultantes da divulgação do IDH, a Eco-92 promove a evolução dos debates. Mostra ao mundo que o desenvolvimento sustentável não se faz apenas com prosperidade econômica e qualidade ambiental, mas também com justiça social, com preocupação com os seres humanos e sua dignidade, elementos que até agora eram desprezados.⁵⁸

Finalizada a Eco-92, a ONU criou um novo mecanismo institucional, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável - CDS, cuja função era dar encaminhamento a todos os assuntos lá debatidos. Em 1997 a CDS reuniu-se em Nova Iorque, reunião que ficou conhecida como Rio+5, com o intuito de revisar o grau de cumprimento das propostas da Eco-92 e impulsionar o desenvolvimento sustentável. Nesta reunião foi aprovada a ideia da realização de uma Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável.⁵⁹

Enquanto a referida conferência era preparada, a ONU resolveu realizar uma nova reunião entre todos os seus membros. Em virtude da chegada do novo milênio, a Organização viu a oportunidade de estimular seus membros a discutir o papel que a mesma desempenharia no século XXI. Muitos avanços haviam ocorrido no século anterior: a expectativa de vida havia aumentado, as pessoas gozavam de mais saúde, alimentavam-se melhor, etc... No entanto, havia também muitas coisas a serem corrigidas ou extintas, como: a pobreza, as epidemias, a depredação ambiental, as guerras, enfim, havia bastante assunto a ser debatido nesta reunião que ficou conhecida como “Cúpula do Milênio”.⁶⁰

56 CONSEJO DE LA TIERRA E INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA LA AGRICULTURA. *La cumbre de la tierra ECO 92: visiones diferentes*. São José, CR: IICA, 1993. p.12.

57 CONSEJO DE LA TIERRA E INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA LA AGRICULTURA. *La cumbre de la tierra ECO 92: visiones diferentes*. São José, CR: IICA, 1993. p.15.

58 ELKINGTON, John. *Canibais com garfo e faca*. São Paulo: Makron Books, 2000. p.74-75.

59 Rafael Hurtado Rodero in ROBLEDO, op. cit., p.11-12.

60 ANNAN, Kofi A. “*Nós os Povos*”: *O papel das Nações Unidas no século XXI*. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2000. p. 5.

Assim, em setembro de 2000, 189 países reunidos na sede da ONU em Nova Iorque aprovaram a Declaração do Milênio, tratava-se de uma lista de objetivos de desenvolvimento econômico, social e ambiental bastante ambiciosa. A partir dela foram traçados os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM, uma lista de oito objetivos básicos, os quais foram divididos em 18 metas com 48 indicadores. A ideia é que tais objetivos fossem alcançados até 2015.⁶¹ Restou claro com esta declaração que os membros da ONU estavam agora comprometidos em empreender uma tarefa hercúlea: a de adotar objetivos e metas comuns capazes de construir uma sociedade livre, igualitária, solidária, tolerante, com respeito à natureza e com responsabilidade comum. Esta declaração foi ratificada pela Conferência de Joanesburgo, também chamada de Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em 2002 e inspirou os debates lá travados.⁶²

A supracitada Conferência Mundial tinha o objetivo de construir um modelo de desenvolvimento sustentável, a ser aplicado globalmente, e que levasse em consideração o desenvolvimento econômico e social e a proteção ambiental.⁶³

A reunião de Joanesburgo tentou implementar medidas práticas e efetivas pois, mesmo tendo ocorrido alguns avanços na área da sustentabilidade desde 92, eles não foram suficientes para modificar algumas práticas insustentáveis e que estavam agravando determinadas situações no planeta. Foram firmados acordos, compromissos e planos de atuação no tocante a escassez da água potável, à energia, gestão de recursos naturais, saneamento básico, biodiversidade, entre outras matérias. Inclusive foi apoiada a criação de um fundo internacional para erradicação da pobreza.⁶⁴

Para Gabriel Real Ferrer, foi a partir do estabelecimento dos ODM e da Conferência de Johanesburgo que passou-se a utilizar o conceito de sustentabilidade como algo diferente de desenvolvimento sustentável. A sustentabilidade passa a ser a meta de uma aliança global para encarar os principais desafios da humanidade⁶⁵.

4. Diferenças entre os Conceitos de Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade

Cabe destacar que há muita confusão acerca da utilização dos termos desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. Confusão esta que pode ser perigosa e acabar

61 ALMEIDA, Fernando. *Os desafios da sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. p.77.

62 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Milênio. Cimeira do Milênio. Nova Iorque, 6-8 de setembro de 2000*. Lisboa: Centro de Informações das Nações Unidas, 2001. p.3-4.

63 Rafael Hurtado Rodero in ROBLEDO, op. cit., p.12.

64 Rafael Hurtado Rodero in ROBLEDO, op. cit., p.12.

65 REAL FERRER, Gabriel. *El Principio de no regresión ambiental a la luz del paradigma de la Sostenibilidad*. Material disponível para os alunos do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí em convênio de dupla Titulação com a Universidade de Alicante na Espanha. p. 2.

banalizando um assunto tão importante. Por isso, é de suma importância que sejam discutidos os exatos limites de ambos os termos para que as palavras não os levem ao esquecimento, banalização ou modismo.⁶⁶

Parte desta confusão ocorre em virtude do que se entende por desenvolvimento. No dicionário desenvolvimento significa o ato ou efeito de desenvolver⁶⁷, ou seja, de crescer, progredir, aumentar.⁶⁸

Assim, na maioria das vezes, a palavra desenvolvimento é usada para designar algo que irá aumentar, e, para que o aumento ocorra é necessário que recursos sejam consumidos.

Para alguns doutrinadores, como Daly⁶⁹, crescimento e desenvolvimento possuem diferenças. Crescimento significa aumento de tamanho pela adição de materiais; enquanto o desenvolvimento significa expandir, trazendo gradualmente para um melhor estado. Assim, para o autor, o crescimento é quantitativo e desenvolvimento é qualitativo.

Portanto o crescimento seria algo insustentável afinal, tendo como base o consumo dos recursos naturais, não poderia perdurar por muito tempo devido a limitação dos mesmos. Já o desenvolvimento poderia ser sustentável tendo em vista que seu objetivo seria a evolução o progresso para uma melhor condição.⁷⁰

O Relatório de Desenvolvimento Humano - RDH de 1990, citado no tópico anterior, já usava a palavra desenvolvimento como um processo de alargamento das escolhas das pessoas, teoria que, posteriormente foi publicada por Amartya Sen⁷¹ em 1999 em sua obra Desenvolvimento como Liberdade.

Para Sen⁷², o desenvolvimento está intimamente ligado a expansão da garantia das liberdades individuais. Ele não pode ser medido apenas por índices econômicos como o PIB (produto interno bruto), mas deve ser medido pela possibilidade que um Estado tem de expandir as liberdades individuais do seu povo.

66 REAL FERRER, Gabriel. *Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho*. Material disponível para os alunos do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí em convênio de dupla Titulação com a Universidade de Alicante na Espanha. p.4.

67 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/desenvolvimento>. Acesso em 17/03/2015.

68 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/desenvolver>. Acesso em 17/03/2015.

69 DALY, Herman E. *Toward some operational principles of sustainable development*. Ecological Economics, v.2, p.1-6, 1990.

70 DALY, Herman E. *Toward some operational principles of sustainable development*. Ecological Economics, v.2, p.1-6, 1990.

71 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 1. ed. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

72 Ibid. p.16-26.

Problemas como a pobreza, a tirania, a carência de oportunidades econômicas, a exclusão social, os serviços públicos inexistentes ou deficitários, a interferência excessiva dos Estados, acontecem em várias nações, sejam elas ricas ou pobres e, para o autor, não há dúvida que o seu combate passa pela garantia da liberdade individual. A expansão desta liberdade é vista por Sen como o fim e o principal meio do desenvolvimento. Desenvolvimento significa extirpar tudo o que limite a liberdade individual, tudo o que imponha limite às escolhas das pessoas.⁷³

Assim, o crescimento econômico e o desenvolvimento podem ser formas de expandir as liberdades individuais, mas não as únicas, há outros caminhos que devem ser utilizados pois os problemas são de várias ordens: econômica, social e ambiental.

Um cidadão livre é aquele que pode escolher se quer ou não trabalhar, para quem quer trabalhar, bem como quando quer trabalhar. A impossibilidade de fazer estas escolhas prejudica o desenvolvimento.⁷⁴

A partir da leitura da obra de Sen⁷⁵ comprehende-se que o desenvolvimento ocorre quando o povo tem a liberdade de escolha do seu destino e para que ela possa ser adquirida é necessário que o povo tenha acesso às suas necessidades básicas. E, este acesso às necessidades básicas se consegue quando são promovidas as condições dignas para que o povo trabalhe, obtenha recursos, e faça sozinho a gestão de sua vida, o que pode ser consequência do crescimento econômico, do desenvolvimento, mas também, e na maioria das vezes, de uma série de políticas públicas e/ou privadas.

No entanto, mesmo depois de toda esta explicação acerca do significado de crescimento e de desenvolvimento o que se percebe é que, a palavra desenvolvimento ainda é dotada de forte conotação econômica, é muito mais comum ligar desenvolvimento com expansão quantitativa do que com expansão qualitativa, como querem Daly e Sen.

Para este artigo o desenvolvimento será compreendido nas óticas de Daly e Sen, ou seja, como uma expansão qualitativa, como um processo que visa levar à melhor condição.

Neste sentido, a expressão desenvolvimento sustentável nada mais é do que uma forma de dar ao desenvolvimento a qualidade de sustentável. Trata-se do desenvolvimento que, por meio da expansão qualitativa e, na busca pela melhoria da condição atual, é compatível com a manutenção da capacidade dos sistemas naturais de suportarem a existência humana.⁷⁶

Assim, se na expressão desenvolvimento sustentável o que qualifica o desenvolvimento como algo diferente, especial, capaz de trazer soluções é a palavra sustentabilidade, é o seu conceito que temos que buscar.

73 Ibid. p. 16-77.

74 Ibid. p. 16-26.

75 Ibid. p. 16-26.

76 REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. p. 3.

Após o estabelecimento dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio e da Conferência de Johanesburgo, a comunidade internacional compreendeu que, a sustentabilidade é meta global, é o objetivo que os países membros da ONU querem alcançar. E, assim sendo, o desenvolvimento se mostra como um dos caminhos para o alcance deste objetivo. Deve ficar claro que, nem sempre o caminho para a sustentabilidade será o do desenvolvimento, é necessário ser flexível neste sentido, sob pena de não se alcançar o objetivo.⁷⁷

Como entende Edgar Morin: “É preciso simultaneamente mundializar e desmundializar, crescer e decrescer, desenvolver e reduzir, conservar e transformar.” É esta multiplicidade de caminhos que, em conjunto, podem criar um novo caminho, uma nova via como ele chama.⁷⁸

A Rio + 20 contribuiu para a dissociação de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade, quando em seu primeiro ponto indicou que os Chefes de Estado e de Governo lá reunidos renovavam seu compromisso com o desenvolvimento sustentável e com a promoção de um futuro econômico, social e ambientalmente sustentável (que nada mais é do que a sustentabilidade). Assim, na declaração da Rio + 20 houve o compromisso com as duas noções, a de Desenvolvimento Sustentável e a de Sustentabilidade.⁷⁹

Desta forma, para este trabalho de pesquisa, resta claro que as duas expressões possuem conotações diferentes e que a expressão Desenvolvimento Sustentável é mais restrita por dizer respeito a apenas um dos caminhos possíveis para a sustentabilidade.

Resta agora aprofundar o conceito de sustentabilidade para melhor compreensão de todo o aqui exposto.

5. O Conceito de Sustentabilidade

Inicialmente destaca-se que, muito se tem publicado sobre o conceito de sustentabilidade. Desde a divulgação do Relatório Nosso Futuro Comum várias obras surgiram tentando explicar o que seria este adjetivo, esta palavra que é capaz de caracterizar um substantivo como o desenvolvimento, como a administração de uma empresa, como a política de um governo, etc...

Conforme explica Klaus Bosselmann⁸⁰, a ideia de sustentabilidade é semelhante a ideia de justiça. A maioria das pessoas sabe o que é por intuição e, por este ângulo, o conceito

77 REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. p. 4.

78 MORIN, Edgar. *A Via: para o futuro da humanidade*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mara Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 41.

79 REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. p. 8.

80 BOSSELmann, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Hampshire: Ashgate, 2008. p.9.

parece simples. É possível que muitas pessoas consigam imaginar como seria uma sociedade sustentável, no entanto, não se sabe como chegar até ela pois, na verdade, não há um conceito uniforme sobre o que seria uma sociedade sustentável, e o debate sobre ele exige reflexão sobre os valores e princípios que embasarão o futuro da humanidade.

Atualmente, todos querem um mundo sustentável, não há uma pessoa que se atreva a dizer que não deseja a sustentabilidade. No entanto, ela parece mais difícil de alcançar do que a justiça, e há várias razões para isso, tais como: a) o fato de que muitas sociedades são descritas como justas, pelo menos do ponto de vista de conseguirem solucionar pacificamente seus conflitos, no entanto, nenhuma sociedade atualmente é descrita como sustentável; b) a injustiça é muito menos tolerada do que a insustentabilidade. Nos dias de hoje, regimes políticos que geram injustiças não duram muito tempo pois o povo se revolta contra eles, no entanto, sociedades insustentáveis vão sobrevivendo pois os efeitos não são imediatamente sentidos, eles chegam aos poucos e certamente serão agravados nas futuras gerações.⁸¹

Assim, a emergência para a sustentabilidade parece ter ganhado força apenas após a ocorrência de desgraças ambientais, conforme foi amplamente exposto nos subitens acima. A cada desgraça ambiental uma nova onda de discussões sobre a relação entre o homem e a natureza tinha início.

O fato é que a palavra sustentabilidade existe há muito tempo, muito antes da ONU buscar a definição de desenvolvimento sustentável. A primeira vez que ela foi usada foi em uma obra de Hans Carl von Carlowitz, que publicou em 1713 um tratado intitulado *Sylvicultura Oeconomica*, onde usou a palavra pela primeira vez.⁸²

O livro foi escrito em uma época de crise europeia devido a escassez de recursos florestais. As florestas haviam sido devastadas para a utilização da lenha como combustível e como matéria prima da construção civil. Carlowitz defendia que a integridade ecológica deveria ser respeitada e não poderia ser comprometida. Para o autor a sustentabilidade, a longo prazo, do que ele chamava de “esfera comum”, era preservar os estoques de recursos naturais, os quais deveriam determinar o que os humanos poderiam ou não usar, naquele momento e no futuro.⁸³

Ainda, para o autor, as questões econômicas e sociais deveriam ser mensuradas com respeito aos estoques de recursos naturais disponíveis. Assim, o centro do conceito de sustentabilidade para Carlowitz era a natureza.⁸⁴

81 BOSSELMANN, Klaus. *The principle os sustainability: transforming law and governance*. p.9-10.

82 CARLOWITZ, H. C. von. *Sylvicultura oecoomica*. 1713. Apud BOSSELMANN, Klaus. *The principle os sustainability: transforming law and governance*. p.18-19.

83 Ibid. p.18-19.

84 Ibid. p.18-19.

A teoria de Carlowitz tem grande importância na atualidade tendo em vista que influenciou a construção de uma série de modelos que propõe a natureza como o principal valor da sustentabilidade.

Após este breve relato histórico sobre a primeira aparição da palavra sustentabilidade, entende-se importante verificar o significado que apresenta o dicionário. No Dicionário Aurélio a sustentabilidade aparece como um adjetivo, como uma “qualidade ou condição do que é sustentável.”⁸⁵ E sustentável é aquilo “que se pode sustentar, ou que tem condições para se manter ou conservar”.⁸⁶

Assim sendo, verificam-se duas conotações: uma passiva, na qual sustentável é algo que se pode segurar ou impedir que caia, e ainda uma conotação ativa, na qual sustentável é algo que tem condições de se manter, de se conservar, de se perpetuar.⁸⁷

Como se está tratando de uma palavra que teve origem na área da ecologia é importante que se ressalte que a palavra sustentabilidade surgiu para definir o conjunto de procedimentos capazes de manter um sistema “*vivo, protegido, alimentado de nutrientes, ao ponto que sempre esteja se conservando.*”⁸⁸

Portanto, em ecologia, a palavra sustentabilidade tem a conotação ativa acima exposta, pois, sustentável é aquele sistema que tem condições de se manter, de se preservar.

Desta forma, pode-se compreender que, na visão ecológica (a qual deu origem a palavra), se o objetivo é construir um mundo sustentável, o trabalho deve ser empreendido no sentido de criar um conjunto de procedimentos que seja capaz de manter este mundo vivo, alimentando-o e cuidando-o para que os recursos para esta manutenção não acabem. E, é claro, que não se pode pensar apenas em recursos naturais, o mundo sustentável que se almeja deve ter todas as formas de vida para que se perpetue em equilíbrio.

Compreendendo estas ideias preliminares é possível entender os mais variados conceitos de sustentabilidade que os cientistas dos dias de hoje apresentam. Na verdade, todos estes conceitos são permeados pelas ideias acima expostas.

Leonardo Boff⁸⁹ expõe sua visão holística de sustentabilidade. Para ele, a chave está em compreender que, como centro do conceito de sustentabilidade não deve estar o homem, mas sim a vida. O trabalho a ser empreendido deve ser pautado em criar os

⁸⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/sustentabilidade>. Acesso em: 17.03.2015.

⁸⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/sustentavel>. Acesso em: 17.03.2015.

⁸⁷ BOFF, Leonardo. *La sostenibilidad: Que es y qué no es*. Trad. Jesús García-Abril. Maliaño: Editorial Sal Terrae. 2013. p.22.

⁸⁸ Ibid., p.22.

⁸⁹ Ibid., p.21-44.

mecanismos para que todo o tipo de vida se sustente. O homem é apenas parte da vida que existe sobre a terra, há ainda os animais, as plantas, etc... e todas estas formas de vida devem ser respeitadas e cuidadas.

Já para Real Ferrer⁹⁰ a sustentabilidade é:

(...) a capacidade de permanecer indefinidamente no tempo, o que, aplicado a uma sociedade que obedeça a nossos padrões culturais e civilizatórios supõe que, ademais de adaptar-se a capacidade do entorno natural em que se desenvolve, alcance os níveis de justiça social e econômica que a dignidade humana exige.

Para o autor acima citado, a construção de um mundo sustentável exige uma série de compromissos e ações. Primeiro deve-se considerar que a sociedade é planetária. Dividimos o mesmo planeta e assim somos todos responsáveis por ele na mesma medida, portanto, nossas ações sempre devem levar em consideração que vivemos na mesma comunidade global.⁹¹

Em segundo lugar deve-se ter um compromisso com a terra. Não se pode continuar pressionando o capital natural, é necessário reduzir a demanda sobre ele até que alcance um patamar razoável o qual permita a utilização e reposição dos recursos de forma equilibrada.⁹²

Deve-se ainda ser capaz de promover a dignidade humana, não de apenas um grupo de pessoas mas de toda a comunidade global. São seres humanos, são nossos semelhantes, e merecem ter uma vida adequada sem miséria, sem fome e sem desigualdade social. A condição humana degradante, a qual é vista em várias partes do globo terrestre, é insustentável.⁹³

Em quarto lugar, deve-se recompor o que o autor chama de arquitetura social. O conforto e o bem estar de uma camada social não deve ser construído em cima da desgraça de outras camadas da sociedade, deve-se lutar pela justiça social.

É necessário, em quinto lugar, criar novas formas de governança mundial que coloquem o interesse geral frente aos interesses individuais. A globalização deve ser colocada a serviço das pessoas e não o contrário. Há que ser incrementada e incentivada a participação política do povo, com base na democracia participativa.⁹⁴

Por fim, é indispensável, colocar a ciência e a técnica a serviço do bem comum. O progresso tecnológico é uma faca de dois gumes. Tem importância destacada, no entanto,

90 REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. p.4.

91 REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho.p.7-8.

92 REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho.p.7-8.

93 REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho.p.7-8.

94 REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho.p.7-8.

inspira cuidados, pois deve ser feito de forma orientada, só tendo sentido se for direcionado ao bem comum e não a geração de tecnologias perigosas que podem gerar conflitos, novas bactérias, ou ainda mais resíduos ambientais irrecuperáveis.⁹⁵

As visões acima apontadas possuem uma diferença bem clara, Real Ferrer centra o conceito de sustentabilidade na perpetuação da espécie humana e Leonardo Boff tem a sua visão holística concentrando o conceito de sustentabilidade na perpetuação de todas as formas de vida, ou seja, coloca a natureza como valor principal da sustentabilidade, como fazia Carlowitz.

Desta forma, percebe-se que o conceito de sustentabilidade não é único e nem estático, ele está em construção, sendo constantemente alterado, acrescido, incrementado.

6. Conclusões

Este artigo iniciou tratando de um breve relato histórico sobre o surgimento da expressão desenvolvimento sustentável, para, posteriormente, apresentar o seu conceito. Em seguida foram apontados alguns eventos internacionais que contribuíram para a construção do conceito de sustentabilidade e, por fim, abordou-se o seu conceito, o qual é de vital importância para a sobrevivência da espécie humana.

Diante do que foi exposto, percebe-se que as expressões desenvolvimento sustentável e sustentabilidade são diferentes. O crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável podem ser diferentes vias para o alcance da sustentabilidade, mas não as únicas. O alcance da sustentabilidade necessita de estratégias nas áreas social, ambiental, econômica e tecnológica.

Já quanto ao conceito de sustentabilidade, tão necessário nos dias de hoje, é importante destacar que, independente do centro da teoria utilizada (se a espécie humana ou a vida), os autores citados acima, concordam não ser possível seguir no caminho atual e que há a necessidade urgente de uma mudança de padrão para alcançarmos a sociedade do futuro: justa, igualitária e respeitosa da natureza.

Para Real Ferrer, devemos almejar:

(...) Uma sociedade que não colapse os sistemas naturais que, ademais, nos permita viver em paz com nós mesmos, mais justa, mais digna, mais humana. Uma sociedade que dê um salto significativo no progresso civilizatório, que deixe para trás ou ao menos amenize os grandes males da Humanidade que a todos deve avergonhar, como a fome, a miséria, a ignorância e a injustiça. O paradigma atual da Humanidade

⁹⁵ REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho.p.7-8.

é a sustentabilidade. A vontade de articular uma nova sociedade capaz de perpetuar-se no tempo em condições dignas. A deterioração material do planeta é insustentável, mas também é insustentável a miséria, a exclusão social, a injustiça, a opressão, a escravidão e a dominação cultural e econômica.

Já Boff⁹⁶ indica o que não se deve fazer na busca por esta sociedade:

“(...) pouco importa a concepção que tenhamos da sustentabilidade, sua ideia matriz é esta: não é correto, nem justo, nem ético que, ao buscar os meios para nossa subsistência, dilapidemos a natureza, destruamos os biomas, envenenemos os solos, contaminemos as águas, o ar e destruamos o sutil equilíbrio do sistema – Terra e do sistema-vida. Não é eticamente tolerável que determinadas sociedades vivam a custa de outras sociedades ou de outras religiões, nem que a sociedade humana atual viva subtraindo as gerações futuras dos meios necessários para que possam viver decentemente.”

Todas as posições doutrinárias aqui descritas buscam esta sociedade do futuro e estão convicidas de que a mudança é necessária.

Como expõe Edgar Morin em sua obra, é necessário mudar de via, mudar de caminho. A sociedade atual precisa de uma metamorfose, ou seja, sua essência pode ser mantida, mas é necessário que ela seja transformada em algo novo.⁹⁷

É possível compreender uma posição cética do leitor quanto a tudo o que foi até então escrito, realmente parece uma utopia inalcançável, algo que ficará apenas nas discussões catedráticas e em outros fóruns internacionais povoados por apaixonados. No entanto, quando parece ser impossível mudar para um caminho onde não há a supremacia do capital, cabe lembrar as palavras de Morin: “*Tudo começa com uma iniciativa, uma inovação, uma nova mensagem de caráter desviante, marginal, com frequência invisível aos contemporâneos. Foi assim que começaram as grandes religiões.*”⁹⁸.

7. Referências

- ALMEIDA, Fernando. *O bom negócio da sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.
- ANNAN, Kofi A. “*Nós os Povos*”: *O papel das Nações Unidas no século XXI*. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2000.

96 BOFF, op. cit., p.53.

97 MORIN, op. cit., p.39.

98 Ibid., p. 39-40.

- BERMEJO, Roberto. *La gran transición hacia la sostenibilidad*. Madrid: Catarata, 2005.
- BOFF, Leonardo. *La sostenibilidad: Que es y qué no es*. Trad. Jesús García-Abril. Maliaño: Editorial Sal Terrae. 2013.
- BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Hampshire: Ashgate, 2008.
- CARSON, Rachel. Primavera Silenciosa. 1 ed. São Paulo: Gaia, 2010.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- CONSEJO DE LA TIERRA E INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN PARA LA AGRICULTURA. *La cumbre de la tierra ECO 92: visiones diferentes*. São José, CR: IICA, 1993.
- DALY, Herman E. *Toward some operational principles of sustainable development*. Ecological Economics, v.2, p.1-6, 1990.
- ELKINGTON, John. *Canibais com garfo e faca*. São Paulo: Makron Books, 2000.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com>. Acesso em: 17.03.2015.
- LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio, Johannesburg: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2006.
- McCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: A história dos movimentos ambientalistas*. Rio de Janeiro: Dumará Distribuidora de Publicações, 1992.
- MORIN, Edgar. *A Via: para o futuro da humanidade*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mara Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.
- OLIVEIRA, José Antônio Pupim de. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Milênio. Cimeira do Milênio. Nova Iorque, 6-8 de setembro de 2000*. Lisboa: Centro de Informações das Nações Unidas, 2001.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH. Acesso em 13.10.2014.
- REAL FERRER, Gabriel Real. El Principio de no regresión ambiental a la luz del paradigma de la Sostenibilidad. Material disponível para os alunos do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí em convênio de dupla Titulação com a universidade de Alicante na Espanha.

REAL FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. Material disponível para os alunos do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí em convênio de dupla Titulação com a universidade de Alicante na Espanha.

ROBLEDO, Irene Saavedra (coord.). *Introducción a la sostenibilidad y la RSC*. La Coruña: Netbiblo, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 1. ed. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável - O desafio do Sec. XXI*. 1^a. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VILCHES, Amparo; MACÍAS, Óscar; PÉREZ, Daniel Gil. *La transición a la sostenibilidad: un desafío urgente para la ciencia, la educación y la acción ciudadana*. Andalucia: Iberciencia. 2014.

O COMPROMISSO COM A PAISAGEM NAS CIDADES: DESAFIOS E ESTRATÉGIAS DA RESILIÊNCIA E DA SUSTENTABILIDADE NUMA PERSPECTIVA DE GARANTIA DE DIREITOS

GABRIELA FAUTH

Advogada, pesquisadora do Laboratório de Direito e Urbanismo do Programa de Pós-Graduação em Urbanismo da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Mestre em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade pela UFSC e Doutora em Direito pela Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha.

LUCIA MARIA SÁ ANTUNES COSTA

Arquiteta Paisagista, Professora Titular da Escola de Belas Artes e do Programa de Pós-Graduação em Urbanismo da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo

Com o tema “O compromisso com a paisagem nas cidades: desafios e estratégias da resiliência e da sustentabilidade na perspectiva da garantia de direitos”, este trabalho pretende realizar um debate, segundo uma leitura interdisciplinar, em torno a alguns paradigmas da cidade contemporânea, no contexto do processo de globalização e dos desafios com a tutela urbano-ambiental, percebidas especialmente na paisagem urbana. Segundo a temática do evento “Participação, Democracia e Cidadania na perspectiva do Direito Iberoamericano”, o diálogo interdisciplinar sobre os conceitos interdisciplinares da resiliência e da sustentabilidade e as estratégias metodológicas para o projeto e planejamento urbano, buscamos subsídios para que as políticas públicas visem um melhor desempenho socioambiental das cidades na perspectiva da garantia de direitos, corroborando com a democracia e ampliando o conceito de cidadania inerente às lutas sociais atuais, tendo como exemplo o contexto brasileiro e latino-americano.

Palavras-chave

Resiliência; Sustentabilidade; Paisagem; Cidades contemporâneas; Direito à cidade.

Resumen

Con el tema “El compromiso con el paisaje en las ciudades: desafíos y estrategias de la resiliencia y de la sustentabilidad en la perspectiva de la garantía de derechos”, este trabajo pretende realizar un debate, según una lectura interdisciplinar, en torno a algunos paradigmas de la ciudad contemporánea, en el contexto del proceso de globalización y de los desafíos con la tutela urbano-ambiental, percibidas especialmente en el paisaje urbano. Siguiendo a la temática del evento “Participación, Democracia y Ciudadanía en la perspectiva del Derecho Iberoamericano”, el dialogo interdisciplinar sobre los conceptos interdisciplinares de la resiliencia y de la sustentabilidad y las estrategias metodológicas para el proyecto y el planeamiento urbano, buscamos subsidios para que las políticas públicas busquen un mejor desempeño socioambiental de las ciudades en la perspectiva de la garantía de derechos, corroborando con la democracia y ampliando el concepto de ciudadanía inherente a las luchas sociales actuales, teniendo como ejemplo el contexto brasileño y latinoamericano.

Palabras clave

Resiliencia; Sustentabilidad; Paisaje; Ciudades contemporáneas; Derecho a la Ciudad.

1. Introdução

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

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

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

Ao longo das últimas décadas, o debate ambiental foi profundamente marcado pelo conceito de desenvolvimento sustentável. Se inicialmente este foi um conceito inovador e inspirador, ao longo dos anos ele foi se tornando cada vez mais desgastado, com diferentes interpretações, nem sempre rigorosas. No âmbito do discurso ambiental o conceito de sustentabilidade, principalmente quando aplicado em áreas urbanas, assume uma variedade de interesses, apropriações e contradições (THOMPSOM, 1998; COSTA, 2000).

Mais recentemente, novos conceitos têm surgido capazes de extravasar o âmbito acadêmico e repercutir positivamente em políticas públicas.

Como princípio, é importante esclarecer o que consideramos como conceito de resiliência. Partimos do entendimento de que se trata de um processo, cuja dinâmica adota uma dimensão singular na razão direta da paisagem urbana, pois aproxima diferentes áreas do conhecimento no estudo de questões vinculadas à sustentabilidade e projetos paisagísticos.

Nesta perspectiva temos os projetos do arquiteto Fernando Chacel em parceria com o botânico Luiz Emídio de Melo Filho (COSTA, 2004) que adotam no projeto paisagístico o conceito de ecogênese com o implícito sentido da reversão do sistema ao estado anterior da degradação.

Na área da Arquitetura e Urbanismo é importante o registro a partir de Kevin Lynch sobre a boa forma da cidade, encontrada em seu livro *Good City Form* de 1981, produzindo um sentido consoante a adaptabilidade em consonância com a capacidade de recuperação e adaptação aos novos contextos.

Neste sentido, alguns conceitos merecem ser abordados, entre eles o de sustentabilidade, resiliência e paisagem.

A chamada crise ambiental é o resultado de uma crise social das instituições que fundamenta a sociedade moderna, a mesma projeta uma reconsideração das práticas institucionalizadas que a produziram e, consequentemente, uma reconsideração do papel da ciência na sociedade. Assim, cabe colocar de manifesto e analisar a ideia essencial desenvolvida por Ulrich Beck (1998), de que o caráter reflexivo da Pós-modernidade supõe um questionamento das instituições que se baseou a Modernidade. E, neste sentido, as décadas dos sessenta e setenta dão conta dos primeiros sintomas de dita crise e passaram a desenvolver questões relativas à preocupação pelo uso dos recursos naturais e por práticas políticas cidadãs (FAUTH, 2015, p. 41)¹.

Sob a ideia da percepção social do risco esboçamos que a crise ambiental adverte para um despertar sobre a negativa da tecnociência como modelo de conhecimento legítimo e reconhecido. Sendo assim, a nova percepção do risco nos leva a uma crítica do domínio da natureza como instrumento social, exigindo, assim, uma resposta desde a política e o Direito.

Uma boa contribuição para o debate é aquela que desenvolve Henri Acserald, sintetizando a problemática incentivada pelo paradigma sustentável e sua dimensão urbana.

¹ Sobre um conceito crítico sobre sustentabilidade ver: COUTINHO, Ronaldo, “Crise ambiental” e desenvolvimento insustentável: a mitologia da sustentabilidade e a utopia da humanização do capitalismo “selvagem”, Revista Praia Vermelha, v. 19, núm. 2, 2009, p. 22.

Neste estudo, o autor enfatiza uma concepção hegemônica de que: “uma cidade insustentável seria aquela ameaçada pela queda de produtividade física, utilitária do meio urbano para o capital” (2009, p. 4). Acserald, portanto, enfatiza que a essência circunscrita ao modelo da cidade sustentável, reside na simples necessidade de justar ecologicamente os fluxos urbanos, sob uma visão em que a cidade está pensada à luz da economia do espaço, matéria e energia, uma visão de que esses atributos servirão, para uma mera constituição simbólica da “sustentabilidade” e para o processo da competitividade intraurbana (FAU-TH, 2015, p. 65).

Também o conceito de resiliência “habilidade de um sistema de se adaptar e de se ajustar a processos internos e externos” (PICKETT *et all*, 2004, p. 373), dialoga com a ecologia e o desenho urbano, na perspectiva da capacidade de um sistema de retroceder para alcançar novamente o *status quo*.

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

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

Em relação aos conceitos de paisagem, podemos citar os conceitos de Milton Santos, Gordon Cullen, Denis Cosgrove...

Segundo Milton Santos (1985, p. 51), “a paisagem é o conjunto de formas que, num dado momento, exprimem as heranças que representam as sucessivas relações localizadas entre homem e natureza. O espaço são essas formas mais a vida que os anima”. Neste sentido, a paisagem urbana registra as construções normativas, como um conjunto de formas.

Seguindo esta perspectiva Gordon Cullen amplia a definição de paisagem para um conjunto espacial e cultural, como segue: “se me fosse pedido para definir o conceito de paisagem urbana, diria que um edifício é arquitetura, mas dois já seriam de paisagem urbana, porque a relação entre os dois edifícios próximos é suficiente para libertar a arte da paisagem urbana. As relações entre os edifícios, e o espaço entre eles, são questões que imediatamente se afiguram importantes” (CULLEN, 1971, p. 70).

E por fim, Denis Cosgrove, desde uma perspectiva do meio ambiente e da sustentabilidade aponta adequadamente a relação da paisagem com elementos que poderiam estar dialeticamente em oposição, como é processo e forma, natureza e cultura e, terra e vida, de modo que vale citar sua análise na íntegra: “*Landscape is a connecting term, a Zusammenhang [contexto]. Much of its appeal to ecologists, architects, planners and others*

concerned with society and the design of environments lies in landscape's capacity to combine incommensurate or even dialectically opposed elements: process and form, nature and culture, land and life" (1998, p.7).

Segue o autor afirmando que: "*Landscape is significant within this quintessentially modern discourse precisely because it puts into material form the matter of dwelling, to adopt Heidegger's sense of pulling together earth, sky, the divinities (in the pagan sense of the life-sustaining natural elements and forces) and the mortals, individually and collectively*" (COSGROVE, 1998, p. 18).

Dada esta introdução de conceitos e abordagens, o presente artigo, por tanto, pretende explorar conceitos interdisciplinares tais como: resiliência e sua conectividade com estratégias teórico-metodológicas para o projeto e planejamento das cidades, numa abordagem intercalar, com vistas a propor subsídios para políticas públicas que visem um melhor desempenho socioambiental das cidades, incluindo a escala metropolitana.

O trabalho se propõe a: identificar, as principais oportunidades e metodologias para práticas de projeto e planejamento que visem cidades sustentáveis; identificar as principais implicações espaciais, culturais e sociais para implantação destas práticas; discutir alternativas projetuais num contexto de resiliência e conectividade, em diferentes escalas; explorar possibilidades de rebatimento destes conceitos no processo projetual e de planejamento da cidade, visando um melhor desempenho em relação à vulnerabilidade das e nas cidades.

"A urbanização sustentável, apregoada no Estatuto da Cidade a partir do viés "direito à cidade sustentável" requer o cumprimento de soluções que contemplem não só a capacidade de resiliência, mas também o atendimento das regulações em termos de planos e projetos com base em fórmulas mais realistas e com capacidade inclusiva de pessoas e espaços." (CAVALLAZZI; ARAÚJO, 2012).

3. Considerações sobre Resiliência e Sustentabilidade no Combate às Novas Vulnerabilidades na Cidade Standard

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

Por este motivo, a paisagem possui papel tão fundamental no contexto urbano deste século. Mais uma vez citando a Denis Cosgrove (1998, p. 25) se reafirma a necessidade

de harmonia entre natureza e cultura a partir do projeto urbano e da formação da paisagem: “*The scenic sense of landscape is thus the design Leitmotif [fio condutor] to this form of settlement. The second sense of landscape, as an ‘idea,’ which so powerfully shaped early Anglo settlement in Southern California, continues in this contemporary materialization of the dream of community, realized in pleasing physical surroundings. Finally, landscape as a harmonious balance of nature and culture shapes the settlement’s design language, if not its environmental practices*”.

Muitas dessas proposições revelam dinâmicas que ultrapassam as fronteiras das cidades estabelecendo relações nem sempre integradas e articuladas. Na perspectiva epistemológica esses desafios exigem a promoção do diálogo entre campos disciplinares distintos, permitindo não só a articulação de distintos aportes teóricos, mas principalmente uma visão plural no sentido da compreensão dos conflitos urbanos, de escala local e regional.

A relação que o Direito Urbanístico estabelece com o campo do conhecimento Urbanismo é, sem dúvida, a mais relevante no sentido da tutela do direito à cidade²³.

Inclusive os obstáculos epistemológicos, como, por exemplo, o mito da completude garante a identidade dos dois campos contaminando os processos de interpretação.

Nos códigos da cidade no atual processo de globalização⁴, onde, como muito bem esclarece Eric Hobsbawm (2000, p. 71), o tempo é capturado, roubado mesmo, tornado perdido, e nesse contexto as cidades são formatadas, a mercê da lógica da globalização e a exemplo dos contratos de adesão e padronizados, ficam engessadas no modelo do mercado, as chamadas cidades *standard*⁵.

No entanto, quando há um único modelo hegemônico da cidade que se impõe, este modelo acaba por parecer não alienado àquele que o deseja, isto é, o modelo de cidade

2 Consideramos direito à cidade os diversos direitos sociais e fundamentais que compõem um sistema composto por um feixe de direitos incluindo o direito à moradia (implícita a regularização fundiária), à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos (implícito o saneamento), ao lazer, à informação, à segurança, ao transporte público, à **preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, aos meios ambientes natural e construído equilibrados (implícita a garantia do direito a cidades sustentáveis)**. Nossa concepção não estabelece qualquer hierarquia entre eles. Vide CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Novas Fronteiras do Direito Urbanístico. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O Direito e o Tempo – Utopias Jurídicas e Embates Contemporâneos. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo-César Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 683-709.

3 Sobre o conceito de direito à cidade, ver LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2004; e HARVEY, David. *Rebel Cities: From the Right to the City to the Urban Revolution*, 2012.

4 “Antes de tudo, a globalização depende da eliminação de obstáculos técnicos, não de obstáculos econômicos. Ela resulta da abolição do espaço e do tempo.” Eric Hobsbawm, *O novo século: entrevista a Antonio Polito*, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 71.

5 Sobre conceito de cidade *standard* vide CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. In Relatório de Pesquisa projeto Códigos da cidade: análise das interferências jurídico-urbanísticas na cidade standard FAPERJ/PROURB - PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2012.

adequado a um único tipo de usuário acaba por seduzi-lo como uma mercadoria que fora pensada exclusivamente para si. Este espaço, quando realizado, ganhará legitimidade e será celebrado como a retomada, a revitalização, a readequação, e mesmo a reurbanização de um espaço antes negado, expressado especialmente através da paisagem.

Ressalta-se que por detrás desta paisagem padronizada e porque não “banalizada”⁶, existem processos e procedimentos. Desde uma perspectiva paisagística, se observa que o tipo de urbanização imposto é bastante repetido e replicado em diferentes lugares, ocasionando mudanças culturais e uniformizando relações sociais diretamente vinculadas a estes lugares.

Esta reflexão parte do entendimento de que o estado, ao produzir suas estratégias de controle do território, tem sido pautado a partir de uma temporalidade da urgência típica da lógica do mercado e que esta, por sua vez, produz reflexos concretos na espacialidade do tecido urbano que tende a eliminar aspectos fundamentais de uma cidade, isto é, a possibilidade de encontro, de negociação e do conflito social, criando um espaço de ilusão onde não são reconhecidos os limites entre o público e o privado. A temporalidade do estado se rende à temporalidade da urgência e opera na mudança da temporalidade e espacialidade da cidade na direção da precarização da vida.

Importante analisar este contexto, ainda, sob a ótica da contradição capitalista, evidenciada de maneira cada vez mais latente a partir do modo de transformação contemporânea dos tecidos urbanos. Este entendimento deve considerar, além de outros fatores, a realização dos projetos urbanos. Se for fato que a maior parte das cidades (sobretudo aquelas das nações do capitalismo periférico) está condicionada a processos informais de mudança, não se pode desconsiderar o peso dos projetos realizados, até mesmo porque estes interferem direta ou indiretamente em todo o tecido urbano.

Uma cidade pode ou não ser considerada global, tendo em conta os atributos que o mercado global exige, ao mesmo tempo que toda e qualquer cidade internaliza o projeto neoliberal, pois estará diretamente e sob determinados níveis de influência deste paradigma. Por esta razão, as dimensões políticas, econômicas e culturais que a globalização formula terão implicações nas políticas urbanas, nas relações sociais e nas visões de mundo de seus habitantes, etc. (RIBEIRO, 2014, p. 136).

A cidade ao ser compreendida pelo seu duplo caráter contraditório de obra e produto carrega na sua constituição a condição de ser um artifício humano, fruto do trabalho

6 Francesc Muñoz utiliza a expressão “urbanalização”, considerando que “los paisajes comunes de la *urbanalización* nos plantean un buen número de preguntas y nos obligan a reflexionar sobre ese futuro urbano al que el siglo XXI parece ya definitivamente consagrado”, MUÑOZ, Francesc, *Urbanalización...* *Op. cit.*, p. 12.

social⁷. Logo, sendo realização humana, descola-se da noção de natureza e adentra-se na noção de história, na noção de transformação. É por esta razão que a cidade pode ser considerada como um direito a ser conquistado, na medida em que um direito revela algo disputável, fruto de ações políticas e, obviamente, portador de história. O Direito à cidade é, portanto, uma condição da cidade como artifício, como obra humana.

Em meio a este estado de coisas predominam, portanto, na paisagem urbana construções normativas que reforçam o modelo de cidade *standard*. Constatadas as condições de vulnerabilidade que atravessam espaços e relações, considerar a paisagem urbana como princípio de interpretação da norma urbanística, sem dúvida, constitui uma estratégia para a preservação do espaço público. Uma opção no sentido da tutela dos vulneráveis e em concordância com a perspectiva e objetivo da resiliência urbana (KOVARICK, 2003).

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

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

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

Na perspectiva da compreensão das dinâmicas territoriais contemporâneas e direitos sociais em grandes projetos, adotamos a abordagem interdisciplinar jurídico-urbanística como um dos recortes analíticos, priorizando o corte conceitual de competências e escalas, como chaves de sentido para a interpretação da norma urbanística e projetos urbanos.

O diálogo reflexivo conectando as dimensões jurídico-paisagística e socioambiental poderá, com certeza, atingir um marco temático e institucional representativo de estudos que compreendem contextos de vulnerabilidades⁸.

Neste sentido, constatadas as condições de vulnerabilidade que atravessam espaços e relações das cidades *standard*, consideramos a paisagem urbana como princípio de

7 Ver sobre o tema em: TOURAINÉ, Alain. *La Mirada social: un marco de pensamiento distinto para el siglo XXI*, traducción de María José Furió Sancho, Barcelona, Paidós, 2009.

8 Carta Mundial pelo Direito à Cidade (2005).

interpretação como uma estratégia para a preservação do espaço público. Uma opção no sentido da tutela dos vulneráveis. Para alcançar tal propósito, é necessário o desenvolvimento de políticas e procedimentos para a criação da resiliência enquanto a redução da vulnerabilidade por meio de um enfoque baseado nos direitos.

A condição de vulnerabilidade dos sujeitos e das relações nas cidades contemporâneas induz o interprete da norma urbanística no sentido de reconhecer cidade nas favelas, na periferia, nos espaços inúmeros de exclusão.

A aplicação do princípio da vulnerabilidade⁹ no campo do Direito do consumidor no campo do Direito Urbanístico pode assumir um papel nuclear nos processos de inclusão social, ou seja, de afirmação da cidadania.

Os desafios jurídicos são principais somente porque as demandas sociais também são. Assim sendo, é no processo de globalização que as novas vulnerabilidades surgem e o Direito volta a ter papel principal na construção da cidadania e da sustentabilidade¹⁰, inclusive para a sobrevivência do Direito no mundo globalizado (FARIA, 2004, p. 274).

A cidade *standard*, uniformizada e fragmentada agrava as vulnerabilidades nas relações sociais, mas principalmente na cidade *standard*.

A paisagem urbana registra as construções normativas, como um conjunto de formas (SANTOS, 1985, p. 51). E a cidade constitui uma paisagem, sempre em movimento, fruto do constante processo das relações sociais.

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

Nessa busca, é importante considerar que os programas relativos ao uso e ocupação do solo e a conservação e a preservação ambiental estão relacionados a territórios

9 Conforme Cláudia Lima Marques “[...] a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam [...]”, em *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 320-323; p. 325 e p. 329-330.

10 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela, “O desafio do Direito com o compromisso da sustentabilidade na construção da eficácia social da norma: um estudo a partir do juspositivismo de Hart” em MORO, Maite Cecilia Fabbri.; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; CARVALHO NET, Frederico da Costa (Org.). (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos Paradigmas. Direito e Sustentabilidade II: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 1^a ed., Florianópolis, UFSC, 2014, v. 1, pp. 398-413, p. 398.

que ultrapassam os recortes das competências das gestões municipais, exigindo ações articuladas entre os entes federativos. A abordagem ambiental deve considerar os efeitos que extrapolam delimitações legais. São exemplos do necessário planejamento em escala regional resultante do envolvimento de diversos municípios o tratamento de efluentes lançados nos corpos hídricos, à captação de água para o abastecimento urbano, industrial e a destinação dos resíduos sólidos.

O território é capaz de indicar, portanto, conexões contemporâneas capazes de conduzir a formatação destes grandes projetos que determinarão a nova forma de utilização do tempo dos indivíduos. Estes projetos são produtos complexos que integram uma cadeia de ações advindas de campos muitas vezes contraditórios, mas que se traduzem em um consenso integrado na forma de desenhos e planos que incluem regulamentações normativas diversas. Este conjunto de ações chamado projeto urbano pode atender à finalidade de controle do território segundo uma lógica hegemônica que não se explice como tal.

Nesse contexto, a partir da *dimensão fundiária* os conflitos são uma constante nas cidades contemporâneas, cuja superestrutura do capitalismo imprime a lógica da desigualdade no território. Esses conflitos explicitam-se de forma mais aguda na realização de grandes projetos que exigem parcelas do território, sejam eles áreas de ocupação formal ou informal, compactuadas ou não com os princípios e objetivos desses mesmos projetos. Os principais conflitos giram em torno da requisição de terras tradicionalmente ocupadas por populações de baixa renda para a execução dos projetos sem que sejam elaboradas políticas segundo princípios de justa distribuição de ônus e benefícios dessas intervenções urbanísticas. Para além disto, há a incorporação de terras agricultáveis para fins urbanos e industriais.

Considerando a *dimensão político-institucional*, constata-se que, a uma visão do território excessivamente homogênea, se contrapõe um neo-municipalismo cujas ações ao serem implementadas ou, ao contrário, ao deixar de sê-lo no âmbito estrito de cada município, provocam efeitos no conjunto do território metropolitano. As políticas públicas, malgrado o amadurecimento dos debates técnicos ou dos instrumentos e mecanismos jurídicos de gestão disponíveis acabam, assim, ainda sendo formuladas a partir de visões, o mais das vezes, setoriais e desarticuladas.

Os projetos urbanos de grande porte se caracterizam por constituírem formas e modelos de gestão que incluem Parcerias Público-Privadas, permitindo um processo de gestão em sintonia com as demandas coletivas e plurais, mais ágil e diferenciado no sentido do rigor normativo dos processos administrativos.

4. Conclusões

As demandas e interesses são múltiplos, explicitando a complexidade da cidade, principalmente da questão urbana, sempre conflituosa, no dizer de Lefebvre, ainda mais

no caso da metrópole do Rio de Janeiro. No caso dos projetos para o Porto do Rio de Janeiro, não se trata de assunto novo. O competente corpo técnico da Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro e a academia (arquitetos, urbanistas, planejadores urbanos, entre outras áreas do conhecimento) vêm refletindo e concretamente apresentando soluções e possibilidades para a implementação de projetos urbanos, inclusive na esteira do movimento internacional da cidade que passa a olhar também para o mar, iniciado há décadas.

Considerando a *dimensão urbanística*, portanto, a questão é qual cidade e para quem estamos projetando.

Os códigos da cidade são inúmeros, mas as possibilidades vinculadas aos princípios do Direito Urbanístico (por exemplo, o Princípio da equidade, a partir do qual derivam outros dois: o da afetação das mais-valias ao custo da urbanização e o da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da atuação urbanística) não são infinitas, mas e, podem servir para propostas de cidades diametralmente opostas, assim as construções normativas em projetos devem assumir princípios e diretrizes que estejam em consonância com o Estatuto da Cidade, microssistema normativo que estabelece que a tutela das relações entre desiguais, protege os vulneráveis.

O século XXI, no contexto da globalização, apresenta, de maneira cada vez mais veloz, novas formas de vulnerabilidades, em uma grande síntese, na precarização da vida do trabalhador e, segundo Milton Santos, com um controle vertical com finalidade de integração a partir da desordem. Esta forma de reprodução econômica desestabilizadora da vida local impõe outra ordem em cada território em que aterrissa. Esta (des)ordem tem sido construída de forma cada vez mais aprofundada pela aproximação da forma de reprodução do trabalho alinhada com a forma de reprodução do espaço sobretudo porque a urbanização tem sido uma condutora e disseminadora de padrões dinâmicos de reconfiguração territorial.

Mas, devemos perguntar, qual seria a necessidade do “usuário de uma cidade”? Qual é a cidade personalizada? Caso a cidade seja “personalizada”, caso surja uma forma única de transformar o espaço na qual todos os seus usuários se sintam “satisfeitos”, perderemos, sem dúvida, a própria essência da cidade, pode ser que tenhamos encontrado sua morte a partir da homogeneização do espaço: o silêncio das disputas sociais. Uma cidade por adesão, uma cidade que opera como um contrato *standard*.

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

A fiel relação das novas técnicas e teorias jurídicas como adequadas para construir políticas públicas afins com as demandas deste século, permitindo que as políticas de

proteção ambiental sejam livres de qualquer dogma moderno e deste modo se amplie a noção sustentabilidade para outros segmentos que não somente o ambiental, na perspectiva multidisciplinar.

5. Referências

- ACSELRAD, H. Vigiar e Unir: a agenda da sustentabilidade urbana? In: ACSELRAD, H. (Org.), **A duração das cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas**, Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.
- ARANTES, O. Uma estratégia fatal. A cultura nas novas gestões urbanas. In: ARANTES, O.; VAINER, C.; MARICATO, E. **A cidade do pensamento único: desmanchan- do consensos**. 3^a ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- BECK, U. **La sociedad del riesgo**. Buenos Aires: Paidós, 1998.
- BOURDIEU, P. Ah! os belos dias. In: BOURDIEU, P. **A miséria do mundo**. Petrópolis: Vozes, 1997.
- BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- CAMPELLO, L. G. B.; SOUZA, M. C. S. A.; PADILHA, N. S. (Orgs.), Direito ambiental no século XXI - Vol. III, Belo Horizonte: Editora Arraes 2014.
- CAVALLAZZI, R.; RIBEIRO, R. **Paisagem urbana e direito à cidade**. Coleção Direito e Urbanismo. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Prourb, 2010.
- CAVALLAZZI, R. L. Perspectivas Contemporâneas do Patrimônio Cultural. Paisagem Urbana e Tombamento. In: **Revisitando o Instituto do Tombamento**. Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin (coord.) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- CAVALLAZZI, R. L. In: **Relatório de Pesquisa projeto Códigos da cidade: análise das interferências jurídico-urbanísticas na cidade standard**. FAPERJ/PROURB - PUC-Rio. PROURB Rio de Janeiro, 2012.
- CAVALLAZZI, R. L. Novas Fronteiras do Direito Urbanístico. In. TEPEDINO, G.; FACHIN, L.E. (orgs.) **O Direito e o tempo embates jurídicos e utopias contem- porâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, pp. 683-709.
- CAVALLAZZI, R. L. Urbanismo e direito: notas para uma abordagem interdisciplinar do espaço urbano. In: MACHADO, D. B. P. (Org.). **Anais do Seminário de his-tória da cidade e do Urbanismo IV**. Rio de Janeiro: UFRJ/Prourb, 1996. V. 2, p. 882-887.
- CAVALLAZZI, R. L.; ARAÚJO, E. C. A urgência por mudanças urbanas profundas: su- gestão de pauta para uma agenda metropolitana. In COSTA, L. M. S.; PINHEIRO

- MACHADO, D. B. (orgs.) **Conectividade, Resiliência: estratégias de projeto para a metrópole**. Rio de Janeiro: RioBooks/PROURB, 2012.
- CAVALLAZZI, R. L.; FAUTH, G. O desafio do Direito com o compromisos da sustentabilidade na construção da eficácia social da norma: um estudo a partir do juspositivismo de Hart. In: MORO, M. C. F.; TYBUSCH, J. S.; CARVALHO NET, F. d. C. (Org.). (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos Paradigmas. **Direito e Sustentabilidade II: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**. 1^a ed., Florianópolis, UFSC, 2014, v. 1, pp. 398-413.
- CAVALLAZZI, R. L. O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro. In: COUTINHO, R.; BONIZZATO, L. (Org.) **Direito da cidade: novas concepções sobre relações jurídicas no espaço social urbano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- COSGROVE, D. E. **Social formation and Symbolic Landscape**. Wisconsin: Univ Press, 1998.
- COSTA, H. S. de. M.. Desenvolvimento sustentável: uma contradição de termos? **Estudos Urbanos e Regionais**, 2, p. 55-71, 2000.
- COSTA, L. M. S. A. Parques públicos contemporâneos no Rio de Janeiro: a contribuição de Fernando Chacel. In: SCHICCHI, M. C.; BENFATTI, D.; PINHEIRO MACHADO, D. B. (orgs.) **Urbanismo: dossiê São Paulo -Rio de Janeiro**. Campinas: PUCCAMP/PROURB, 2004. p. 275-285.
- COSTA, L. M. S. A.; SOARES, F. F. Open space and connectivity in landscape design. In: **ISOCARP paper plataform**. 2009.
- COUTINHO, R. “Crise ambiental” e desenvolvimento insustentável: a mitologia da sustentabilidade e a utopia da humanização do capitalismo “selvagem”. **Revista Praia Vermelha**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 21-36, jul/dez., 2009.
- CULLEN, G. **Paisagem Urbana**. Lisboa, Portugal: edições 70. 2006. Original: 1971.
- FARIA, J. E. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FAUTH, G. **Crisis urbana y derecho a la ciudad: el espacio urbano litoral de Barcelona**. 2015. 245f. Tese de Doutorado, Departament de Dret Públic, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona. 2015.
- HARVEY, D. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 2000.
- HOBSBAWM, E. **O novo século: entrevista a Antonio Polito**. Tradução do italiano para o inglês de Allan Cameron; tradução do inglês para o português e cotejo com a edição italiana de Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

- KOVARICK, L. Sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil Estados Unidos, França e Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, p.61-85, fev. 2003.
- LEFEBVRE, H. **O direito à cidade**. 3^a ed. São Paulo: Centauro, 2004.
- LYNCH, K. **Good City Form**. Massachussets: The MIT Press, 1981.
- MUÑOZ, F. **Urbanalización**: paisajes comunes, lugares globales. Barcelona: Gustavo Gili, 2008.
- RIBEIRO, F. P. **Os paradigmas neoliberal e ambiental na construção da cidade contemporânea**: tramas e tendências do discurso hegemônico da sustentabilidade na Europa e no Brasil. 2014. 311f.. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- SANTOS, M. **A natureza do Espaço**: – técnica e tempo – razão e emoção. São Paulo: Editora Hucitec, 1999.
- SANTOS, M. **Espaço e Método**. São Paulo: Nobel, 1985.
- SANTOS, M.. **O espaço do cidadão**. São Paulo: EDUSP, 2002.
- SANTOS, M.. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- SMITH, N. **La nueva frontera urbana. Ciudad revanchista y gentrificación**. Madrid: Traficante de sueños 2012.
- THOMPSOM, I. Environmental ethics and the development of Landscape Architecture theory. **Landscape Reserach**, 21, 2, p. 175-194, 1998.
- TOURAINÉ, A. La Mirada social: un marco de pensamiento distinto para el siglo XXI. traducción de María José Furió Sancho, Barcelona: Paidós, 2009.
- TSIOMIS, Y. O Projeto Urbano Hoje: entre situações e tensões. In: MACHADO, D. B. P.; PEREIRA, M. da S.; SILVA, R. C M. (Org.). **Urbanismo em questão**. Rio de Janeiro: Prourb/UFRJ, 2003.
- TSIOMIS, Y. O ensino do projeto urbano entre a crise e a mutação. In: MACHADO, Denise Barcellos Pinheiro (Org.). **Sobre Urbanismo**. Rio de Janeiro: Viana & Mosley; Prourb/UFRJ, 2006. p.9-15.
- VALLEJO, I. G. La necesidad de una nueva fundamentación del derecho. **Escritos**, Colombia, v. 14, n. 32, p. 126-155, 2006.
- YOSHIDA, C. T. M. Tutela dos interesses difusos e coletivos. São Pulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NA PROMOÇÃO DA REFORMA AGRÁRIA BRASILEIRA (POSSIBILIDADES E VANTAGENS)

ROBERTO WAGNER MARQUESI

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina.

ANA CLÁUDIA CORRÊA ZUIN MATTOS DO AMARAL

Doutora em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina.

Resumo

Este artigo aborda as possibilidades e vantagens da aplicação do direito real de superfície na execução da Reforma Agrária no Brasil. Pesquisa, para tanto, a questão agrária brasileira, desde o Descobrimento do País até os dias atuais. Examina a questão agrária à luz do trinômio latifúndio/minifúndio/violência. Investiga a estrutura do direito de superfície, tratando de seu conceito, características, evolução histórica e função socioeconômica. Aborda os métodos eleitos pelo Estado Brasileiro para a execução da Reforma Agrária. Apresenta o direito de superfície, em sede de conclusão e à luz da norma civil, agrária e constitucional, como instituto dotado de grande potencial socioeconômico e instrumento capaz de contribuir para a promoção da Reforma Agrária no território brasileiro. Em proposta *de lege ferenda*, sugere a alteração do Estatuto da Terra, para o fim de incluir a superfície como um dos mecanismos para a promoção da Reforma Agrária no Brasil.

Palavras-chave

Direito Civil; Superfície; Reforma Agrária.

Resumen

Este artículo analiza las posibilidades y ventajas de la aplicación del derecho real de superficie en la implementación de la reforma agraria en Brasil. Investiga, así, la cuestión agraria brasileña, desde el descubrimiento del país hasta nuestros días. Examina la cuestión agraria a la luz de la grande propiedad/pequeña propiedad / violencia. Analiza la estructura del derecho de superficie, su concepto, características, desarrollo histórico y

la función socio-económica. Discute, además, los métodos elegidos por el Estado brasileño para la implementación de la reforma agraria. En conclusión, muestra el derecho de superficie con base en la norma civil, agraria y constitucional, como instituto con un gran potencial socioeconómico y instrumento capaz de contribuir a la promoción de la reforma agraria en Brasil. Una propuesta de lege ferenda, sugiere que se modifique el Estatuto de la Tierra, con el fin de incluir la superficie como uno de los mecanismos para promover la reforma agraria en Brasil.

Palabras clave

Derecho Civil; Superficie; Reforma Agraria.

1. Introdução

O território brasileiro compõe cerca de quarenta por cento da superfície física da América do Sul. Sua dimensão equipara-se à do Continente Europeu, sendo certo que o País, que se estende por zona tropical, conta com mais de quatrocentos milhões de hectares aptos para a prática da agropecuária. Compreende-se, portanto, a importância que o setor primário da economia representa para a nação.

Apesar disso e a despeito de o País vir colecionando recordes mundiais nas safras de grãos, o espaço fundiário brasileiro apresenta graves problemas estruturais e sociais, consubstanciados nas figuras do latifúndio e do minifúndio e na questão dos conflitos pelo acesso à terra. Enquanto os dois primeiros vão contra a ideia da democratização e da função socioeconômica da propriedade, a violência no campo tem deixado dezenas de vítimas fatais ano após ano.

A esses três fatores, que diferenciam o perfil agrário do País das nações do Hemisfério Norte, convencionou-se chamar “questão agrária brasileira”, um problema de âmbito nacional e cuja solução é objetivo primaz da Reforma Agrária.

Embora realize hoje a maior reforma fundiária do Planeta, o Brasil não tem conseguido resolver ou mesmo atenuar os efeitos da questão agrária. Isso demanda do pesquisador investigação científica para apurar por que razão a política fundiária não tem atingido seus escopos, que, por definição legal, são o de reduzir o número de latifúndios e minifúndios e fazer cessar os conflitos no campo.

O trabalho aqui empreendido examina a formação do perfil fundiário brasileiro, entrelaçando-a aos conflitos pelo acesso à terra e buscando os fatores pelos quais a questão agrária se consolidou no País. A partir daí, parte para o exame da política de Reforma Agrária e dos instrumentos legais concebidos para sua execução.

Com o advento da superfície agrária na codificação de 2002 e sua grande semelhança com a propriedade, o que faz dela um instituto apto a cumprir uma função

socioeconômica, este trabalho indaga de suas possibilidades e vantagens na execução da Reforma Agrária.

A abordagem aqui empreendida é interdisciplinar, ancorada na norma civil, agrária e constitucional. O diálogo entre esses ramos do Direito é necessário, eis que as figuras jurídicas aqui envolvidas estão presentes em todos eles. Trata-se de estudo feito à luz da legalidade constitucional, que toma em apreço os objetos da República Federativa do Brasil presentes no Texto de 1988.

2. A Questão Agrária Brasileira

Colonizado a partir de 1534, quando da instalação das Capitanias Hereditárias, o território brasileiro apresenta singular convivência de latifúndios com minifúndios. Forte na Lei 8.629/93, que, ao lado da Lei 4.504/64, disciplina a Reforma Agrária no Brasil, consideram-se latifúndios todas as áreas maiores que seiscentos módulos fiscais. Considerando que o módulo fiscal, nas regiões mais desenvolvidas do País, é de cerca de dez hectares, resulta serem latifundiárias as propriedades superiores a seis mil hectares. Os minifúndios, de seu turno, são todas as propriedades inferiores às dimensões do módulo fiscal.

O módulo fiscal, por definição contida na primeira das leis citadas, é a área de terras imprescindível para que uma família consiga manter um mínimo existencial. Segue, portanto, que tanto os latifúndios quanto os minifúndios são elementos nocivos ao ambiente fundiário. Os primeiros são indesejados porque concentram a propriedade nas mãos de poucos, enquanto os segundos são imóveis que não bastam para sustentar uma família, sendo por isso chamados parifúndios, ou propriedades pobres.

Com efeito, dados os males que uns e outros causam, são ambos hostilizados pelo Direito. Isso se colhe com clareza da referida Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), que os considera prioritários para desapropriação para fins de Reforma Agrária (art.20), sendo certo, ainda, que, em relação aos minifúndios, estão vedados os desmembramentos e divisões imobiliários que venham a gerá-los.

É consenso doutrinário que as figuras em questão são nocivas e que sua redução é medida que se impõe. É conhecida a afirmação de BORGES (2000, p. 16), para quem o minifúndio, por não ser bastante para propiciar à família que o explora condições dignas de vida, é “uma praga”. E não é apenas no Brasil que eles são um entrave ao desenvolvimento do campo. Em solo mexicano verifica-se idêntico problema:

No minifúndio existem estagnação e imperfeições técnicas que se traduzem em produção insuficiente, baixa produtividade, relações de intercâmbio desfavoráveis e níveis de vida inaceitáveis. Por isso a maioria dos produtores e trabalhadores vive em condições de pobreza (MOGUEL: 1992, p. 269, livre tradução).

O latifúndio, por sua vez, é tido igualmente como nocivo pela doutrina, como se vê, por exemplo, em FREIRE (1998, p. 29). Eles não apenas concentram a propriedade, como também apresentam, na grande maioria dos casos, baixos índices de produtividade. Na opinião de PEIXOTO NETO (2013, p. 15.340), a figura em análise

representa a consagração da produção extensiva de baixo nível tecnológico, com uso inadequado das reais potencialidades para a promoção do bem-estar social, contribuindo para a manutenção das desigualdades históricas no meio rural brasileiro, inclusive restringindo de forma excessiva o acesso à terra, que distorce os valores do imóvel rural, criando uma verdadeira bolha imobiliária agrária.

Sem embargo, informações do Atlas da Terra 2015, divulgado pelo CNPq/USP, revelam que cerca de 47 por cento de todo o espaço agrário brasileiro encontra-se nas mãos de apenas 130 mil proprietários, o que faz do Brasil campeão mundial em número de latifúndios, atrás apenas do Paraguai. Já os minifúndios são em número superior a 37 milhões de propriedades, ocupando cerca de 9 por cento do território (MST, 2015, sem página).

A violência no ambiente rural, de seu turno, é inquietante e preocupa. Num espaço de menos de três décadas, ou seja, entre 1985 a 2013, somente o Estado do Pará registrou 645 mortes nos conflitos pela terra, enquanto o Maranhão contou 138 vítimas (MACEDO, 2015, sem página). No ano de 2013, conflitos pela posse da terra em todo país ceifaram 34 vidas (CARVALHO, 2014, p. 1).

É interessante assinalar que a maioria dos conflitos envolvendo a terra tem ocorrido na Região Nordeste, que, a par de apresentar altos índices de pobreza e baixa qualidade de vida, ostenta grande números de latifúndios e minifúndios. De 1985 a 2014, 10.488 conflitos tiveram lugar nessa Região (ALENCAR; CUNHA; MATOS, 2015, p. 69).

Nesse passo, no período de 1985 a 2014, mais de dezenove milhões de pessoas estiveram envolvidas na questão agrária brasileira, o que representa cerca de dez por cento da população (ALENCAR, 2015, p. 69), número sem dúvida impressionante. É sintomático que a Região Sul foi a que menos registrou conflitos. Justamente o espaço brasileiro que menos concentra latifúndios e minifúndios.

Diante disso, é possível afirmar que as figuras do latifúndio e do minifúndio guardam conexão com os conflitos pela posse da terra. É de grande importância, para os propósitos do trabalho aqui empreendido, saber como a estrutura fundiária do Brasil chegou à condição atual. Para isso serão examinados os três fatores que compõem a dita questão agrária.

2.1. Nascimento e Consolidação dos Latifúndios

Descoberto o Brasil em 1500 e diante da frustração com a inexistência de metais preciosos, não se interessaram os portugueses pela ocupação e povoamento das novas

terras. Seu interesse, como é sabido, só seria despertado com a notícia da descoberta das minas de prata no interior do Continente e com a presença de embarcações espanhola nas costas do Atlântico.

Em 1534 surge o sistema das donatarias, que consistia na concessão de gigantescas porções de terra, chamadas Capitanias, a figuras da nobreza portuguesa. Quinze foram as Capitanias instaladas no Brasil. Sobre elas, exercia o titular poderes de grande amplitude, inclusive o de administração e jurisdição.

Um dos poderes de que dispunha o capitão donatário, e que está na base da questão agrária brasileira, era o de conceder sesmarias. Estas são uma forma de propriedade sobre enormes superfícies agrárias, geralmente envolvendo milhares de hectares e que impunham ao titular, o sesmeiro, obrigações de ocupação e exploração (LIBERATO, 2003, p. 36).

Ocorre que o sistema das sesmarias, conquanto exitoso nas ilhas portuguesas do Atlântico, não apresentou bons resultados no Brasil. A esse sistema se pode atribuir o surgimento dos latifúndios no País. De fato, as sesmarias apresentaram dois grandes problemas: primeiro, sua extensão territorial tornava inviável ocupação e exploração; segundo, os titulares a quem eram concedidas não se interessavam pelas terras, seja porque imbuídos de intenção especulativa seja por não possuírem recursos econômicos suficientes para explorá-las.

Com efeito, o modelo adotado pelos colonizadores foi, desde o início, o do grande latifúndio. Aqui já se vê um contraste com a colonização britânica efetuada na Costa Leste dos Estados Unidos, baseada nas pequenas propriedades. A experiência portuguesa nas ilhas atlânticas foi exitosa porque havia poucas terras e muitos habitantes dispostos a colonizar. Aqui, as condições eram inversas. Havia grande disponibilidade de terras e escasso contingente de pessoas dispostas a ocupá-las (PRADO JR, 1969, p. 20).

Outro ponto negativo do latifúndio reposava na figura de seu titular. O sesmeiro português não se interessava por vir ao Brasil, ocupar a terra e torná-la produtiva. Antes, era intenção sua manter as terras como reserva de valor, para mais tarde aliená-las a preços vantajosos, em nítido escopo especulativo. Intenção de trabalho não havia, o que vale a dizer que o português parece ter querido colher os frutos antes de plantar a árvore (HOLANDA, 1995, p. 44).

Aqui há outro contraste com o povoamento dos Estados Unidos. Os colonizadores da América do Norte, fugindo a perseguições religiosas em seus países de origem, não tinham opção senão radicar-se nas terras recém-descobertas, ali fixando sua moradia permanente e explorando a terra como forma de sobrevivência. Não lhes animava a ideia de retorno à Pátria. O futuro estava no Novo Mundo.

Os anglo-saxões foram para a América do Norte não em busca de riqueza fácil. Movia-os a hostilidade de que eram vítimas em sua pátria de origem, de onde emigravam

na busca de terra onde pudessem cultuar o seu Deus, ler e interpretar a sua Bíblia, trabalhar, ajudarem-se uns aos outros...pois, ao embarcarem, trazendo consigo todos os haveres, mulheres e filhos, deram as costas à Europa, para fundar deste lado do Atlântico uma nova pátria, a pátria teocrática dos calvinistas (MOOG, 1974, p. 88).

Isso não aconteceu com o colonizador português, que jamais demonstrou apego pelas terras recém-descobertas. Ao contrário, mesmo tenho recebido em doação significativos espaços rurais, não se animaram a vir ao Brasil. Pode-se dizer que esse espírito foi uma constante na colonização da América Latina. Exemplo emblemático está em Cortez, o colonizador espanhol no México, que, em notória passagem histórica, sentenciou: “Não vim aqui para trabalhar como um labrego, mas para buscar ouro”.

Não fosse por isso, o sesmeiro português jamais contou com o concurso econômico da metrópole, que nada mais fez senão doar as terras. Como os sesmeiros já desfrutavam de boa condição de vida na Corte, comprehende-se seu descaso para com as sesmarias.

Resultado disso é que, ao chegar a Independência, o território brasileiro é uma mescla de enormes propriedades rurais desocupadas ou deficientemente ocupadas.

De fato, quatro são os fatores que caracterizam a situação fundiária brasileira em 1822: *a) a população é diminuta, comparada à imensidão do território; b) as terras estão quase todas repartidas e as que restam estão sujeitas às incursões indígenas; c) os grandes proprietários rurais, ainda com propósitos de especulação, proíbem o ingresso de famílias para promover a exploração das terras; d) existem muitas famílias vagando de um lugar a outro, sem terras para se fixar ou meios para adquirir glebas exploráveis* (DIAS, *apud* FAORO, 1991, p. 10).

Entende-se, diante disso, que o sistema aqui adotado tenha fracassado. Em 1822, pouco antes da Independência, o modelo sesmarial é extinto, mas seus efeitos perdurarão até os dias presentes, traduzidos na figura do latifúndio de baixa produtividade.

2.2. Nascimento e Consolidação dos Minifúndios

Com a Independência em 1822, o Brasil, que até então se submetia ao direito lusitano, investe-se no poder de criar seu próprio ordenamento jurídico. Contudo, em relação à propriedade agrária, a primeira disposição normativa só surgirá em 1850, com a edição da Lei 601, conhecida como Lei de Terras. Isso significa que, nesse espaço de três décadas, não houve qualquer disciplina jurídica regulando o acesso à terra.

Esse período de tempo, que vai da Independência ao advento da Lei 601/1850, é o chamado “regime de posses”, assim rotulado porque a ocupação se converte no meio padrão de aquisição da terra. Desaparece a figura do título de propriedade, que, como é

cediço, sempre decorre da lei. O fato substitui o direito. Posse, e não mais propriedade, passa a ser o mecanismo de acesso à terra (LIMA, 1998, p. 34).

Ocorre que a Lei 601/1850, dentre várias disposições normativas, legitimou as posses obtidas naquele trintênia. Assim, quem demonstrasse o exercício da posse e a presença de um documento de concessão acabava por adquirir o domínio. É, sem dúvida, uma forma de usucapião. Essa disposição normativa talvez tenha sido concebida com boas intenções, com o propósito de estimular a ocupação e a produtividade, mas teve efeito contrário.

É que, após, 1850, seguiu-se um período de fraudes e violência. Determinados sujeitos, ávidos de acumular patrimônio, iniciam a prática da “grilagem” de documentos. O método, revelador de falsidade ideológica, consistia num simulacro de carta de concessão de sesmaria. Tratava-se de redigir um documento, com aparência de oficial, pré-datado de muitas décadas e submetido a um processo rústico de envelhecimento (o documento era depositado numa gaveta, onde se aprisionavam grilos). Depois de algumas semanas, o documento, pela ação dos insetos, aparentava ser velho.

O documento grilado servia como prova para legitimar a posse, que era assim convertida em propriedade. A partir daí, exibindo seu título, o sujeito punha-se a desalojar os ocupantes das terras agora legitimadas. Nasce aí uma figura igualmente emblemática do período, é dizer, o “jagunço”, pessoa encarregada de expulsar aqueles que ocupavam as terras legitimadas.

Oprimidos diante da violência, os colonos que haviam fixado moradia e que se achavam a explorar as terras não tinham alternativa senão abandoná-las. Vão, então, clandestinamente, instalar-se nas bordas do latifúndio, em pequenos espaços onde moram a mantêm uma lavoura de subsistência, longe dos olhos do dono da terra.

A legitimação de posses estimula e consolida assim os minifúndios, que, ao lado dos latifúndios, caracterizarão o perfil fundiário brasileiro após 1850.

2.3. *Conflitos pela Posse da Terra*

O terceiro dos problemas que afligem o campo é o da violência, que se intensifica com a referida Lei 601/1850. Esta, como acima se viu, culminou por arraigar no país latifúndios e minifúndios e, não fosse por isso, proibiu novas doações públicas de terra, o que tornou a propriedade praticamente inacessível às classes não abastadas.

Com o advento da Independência e o vazio legal que se seguiu, as classes campesinas pôem-se gradativamente a se rebelar. Ocorre, então, a partir de 1823, uma série de conflitos pelo território nacional. Assinala-se, nesse ano, a Cabanagem, no Pará. Depois, em 1836, eclode a Revolução Farroupilha, no Rio Grande do Sul. Em 1837, na Bahia, tem

lugar a Sabinada. Já em 1841 estoura a Balaiada, envolvendo os Estados do Piauí, Maranhão e Ceará. Em 1893, vem à tona a Guerra de Canudos, na Bahia e, 1912, a Guerra do Contestado, nos Estados do Paraná e de Santa Catarina (VARELLA, 1998, p.132 e ss.).

O pano de fundo de todas essas revoltas foi a luta pela terra. Tome-se o significativo exemplo da Guerra de Canudos. Expulsos de suas possessões, milhares de colonos e de ex-escravos vão se refugiar no interior da Bahia e, a partir daí, promover invasões naquela região. Os confrontos daí advindos, tendo, de um lado, os acampados e, de outro, forças públicas e milícias organizadas por latifundiários, resultarão em cerca de 25 mil mortos (CUNHA, 2000, p. 491).

Outro exemplo digno de nota é o da Guerra do Contestado. Sua gênese está na doação feita pelo Governo Federal à empresa britânica *Brasil Railway Company*, que, tendo construído uma ferrovia ligando aqueles Estados do Sul, recebeu em pagamento as terras localizadas numa faixa de trinta quilômetros ao longo de toda a linha férrea. Os agricultores que ocupavam essa área e que não detinham título de propriedade foram expulsos pelo Governo, nascendo daí a revolta que resultaria na morte de centenas de agricultores (ALMEIDA JR, 2011, p. 44).

Embora em intensidade menor, os conflitos agrários seguiram no Século XX. Nos anos sessenta, uma campanha de invasões à propriedade rural desenvolveu-se no Sul e no Nordeste, com o apoio do Partido Comunista Brasileiro. Os conflitos só seriam encerrados com a Revolução de 1964, quando os militares tomam o poder no País.

Houve relativa paz no campo durante vinte anos. Mas, com a reabertura política em 1985, os conflitos pela posse da terra recrudesceram em todas as regiões do País. Em 1985, quando do surgimento do lago de Itaipu e consequente desapropriação dos imóveis ribeirinhos a preços menores que os de mercado, é fundado o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST). Este organismo, que este ano completa trinta anos de existência, nasceu com o propósito declarado de forçar o Poder Público a implementar e executar a Reforma Agrária no Brasil.

Dentre os métodos empregados pelo MST, sobressai o das invasões, meio pelo qual se pratica o esbulho. Outro meio muito empregado pelo organismo é o da ocupação de praças e edifícios públicos e o bloqueio de rodovias e de pedágios. Os conflitos daí resultantes mostraram-se nefastos em alguns casos, como no episódio de Eldorado do Carajás, em 1999, quando dezenove manifestantes foram mortos pela Polícia. No mesmo ano, 44 pessoas perderam a vida em conflitos agrários (MARQUESI, 2009, p. 134).

Expostos assim os fatos, colhe-se a conclusão de que o território brasileiro, composto por grande número de latifúndios e de minifúndios, é um ambiente inseguro, o que impõe a necessidade de planejamento e execução de uma política de Reforma Agrária.

3. Reforma Agrária

Para atingir o escopo da presente investigação, impende examinar, ainda que succinctamente, duas questões referentes à Reforma Agrária, ou seja, sua natureza de direito fundamental e os mecanismos eleitos pelo legislador para sua consecução.

3.1. Fundamentalidade

Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas destinadas a “estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio” (Lei 4.504/64, art. 16).

Capta-se do conceito legal que a Reforma Agrária tem como premissa o fato de que tanto os latifúndios como os minifúndios são modelos indesejados de propriedade. E já se sabe, porque isso foi dito no item anterior, que, enquanto os primeiros concentram a propriedade e são geralmente improdutivos, os segundos não propiciam à família agricultora um mínimo existencial.

A Reforma Agrária tem assento constitucional, conforme previsão do art. 184 e ss. do Texto de 1988. Encartada no Título da Ordem Econômica e Financeira, ela concorre decisivamente para o atingimento dos objetivos da nação brasileira, constantes no art. 3º do mesmo Texto e que reposam na construção de uma sociedade justa, livre e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e marginalização, na diminuição das desigualdades sociais e regionais e na promoção do bem-estar de todos.

Por isso que alguns autores consideram a política reformista um direito humano fundamental (LIBERATO, 2004, p. 79). Ser fundamental significa que a Reforma no campo é obrigação do Poder Público, que deverá buscar mecanismos eficazes para implementá-la.

Importante registrar que, em várias passagens, os tribunais superiores do Brasil têm se referido à Reforma Agrária como direito da sociedade e dever do Estado. Emblemático acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou a respeito das campanhas de invasão promovidas pelo MST no interior do País:

Pergunto se não seria uma reforma agrária de baixo para cima, uma pressão social, já que o governo está tranquilo há não sei quantos anos, quando todas as nossas Cartas e as nossas Constituições estão apregoando a reforma agrária (STJ, 6ª. Turma, HC 4399, Rel. Min. Luiz Vicente Chericchiaro, j. 12.mar.1996).

O que realmente interessa é a propriedade agrária cumprir sua função socioeconômica. Esta, consoante o art. 186 da Constituição, ocorre quando ela obedece a fatores

econômicos, ambientais, trabalhistas e de bem-estar. Tal a condição que deve imperar no espaço agrário brasileiro. Ora, atingir um tal estado, diante de exacerbado número de latifúndios e minifúndios e dos conflitos pela posse agrária, só será possível com medidas reformistas.

3.2. Mecanismos da Política de Reforma Agrária

O art. 17 do Estatuto da Terra cataloga vários instrumentos para a efetivação da Reforma Agrária. São eles a desapropriação, a doação, a compra e venda, a arrecadação de bens vagos, a reversão da posse, a herança e o legado. A eles se pode aditar o confisco, previsto no art. 243 do Texto Constitucional.

O principal mecanismo desse cardápio legal é a desapropriação (INCRA, 2015). Esta consiste na aquisição da propriedade particular, mediante indenização paga pela União ao proprietário no prazo de vinte anos (CF, art. 184). Trata-se de desapropriação motivada por interesse social, que se verifica quando a propriedade não atinge sua função socioeconômica.

A desapropriação tem sido o meio escolhido pelo Poder Público para o implemento da Reforma Agrária. A lógica é simples: mostrando-se improdutivo o imóvel, o Estado o toma para si, indeniza o dono e entrega a área a pessoas interessadas na atividade agrária. O imóvel desapropriado é geralmente fracionado, de modo que várias famílias recebam pequenos lotes, onde são assentadas, recebendo título de uso ou de propriedade (Lei 8.629/93, art. 18).

Apesar disso, é certo que a reforma da estrutura fundiária brasileira anda a passos muito lentos. Prova disso são os índices de violência de que se falou no item 1 e na constatação de que o contingente de latifúndios não tem decrescido. Ao contrário, no período de 2010 a 2014, experimentou um aumento de 2,5 por cento (INCRA, 2015). Isso revela que a Reforma Agrária, malgrado esteja sendo executada, não tem atingido os escopos eleitos pelo legislador.

Algumas variáveis podem ser mencionadas como entraves para a remodelação do perfil fundiário. Cita-se, por exemplo, a carência de recursos econômicos do Estado, que, embora implante o assentamento, não presta a devida assistência ao assentado. Este acaba por abandonar o imóvel ou ceder ilegalmente sua posse a terceiros. O último Censo de Reforma Agrária feito no Brasil revela que 40 por cento dos assentados abandonam suas terras já no primeiro ano de assentamento (MARQUESI: 2009, p. 176).

Todavia, um dos impedimentos para a consecução da Reforma Agrária está nos altos custos envolvidos na desapropriação. Sendo esta uma forma onerosa de aquisição, é necessário indenizar o proprietário, e indenizar pelo valor real da terra. Vale isso a dizer

que uma política sólida e sustentável de desapropriações envolve grandes inversões de dinheiro, especialmente nos dias atuais, em que o valor da terra sobe a patamares elevados.

Alternativas devem, portanto, ser buscadas e uma delas é a concessão do direito real de superfície, sobre o qual se discorrerá abaixo.

4. O Direito de Superfície

A correta compreensão do direito de superfície exige uma abordagem sobre seu conceito, natureza jurídica e efeitos, notadamente os poderes de que é investido o titular. Interessante é também examinar sua evolução histórica, o que permitirá uma melhor visualização pelo pesquisador. Acrescente-se que esse instituto, introduzido no Brasil há menos de quinze anos, não foi ainda de todo assimilado pela cátedra e pelas cortes.

4.1. Conceito e Natureza

O direito de superfície, disciplinado a partir do art. 1.369 do Código Civil, é tema relativamente recente no Brasil. Figura jurídica peculiar, suspende a eficácia do princípio de que o domínio das plantações e construções incorporam-se ao domínio do proprietário do solo. Ela possibilita a existência, num mesmo espaço físico, de duas titularidades qualitativamente distintas: de um lado, a propriedade do solo; de outro, a das plantações ou construções. Logo, estas pertencerão a um sujeito e o solo, a outro.

Um exemplo auxiliará na compreensão do conceito. Determinado produtor rural quer plantar uma área de eucaliptos numa região de clima e solo favoráveis. Procurando terrenos disponíveis, interessa-se por um deles e propõe ao proprietário a compra. Diante da negativa deste, acabam as partes por celebrar contrato de superfície, ajustando que o agricultor plantará no terreno, explorará as plantações e, depois de vinte anos, entregará ao dono do solo o terreno florestado. Nesse exemplo, o superficiário será dono da plantação, e somente dela, pelo prazo de vinte anos, enquanto o solo permanecerá com o proprietário.

O que ocorre no direito de superfície é uma superposição de direitos reais, exercidos em diferentes dimensões. Tem-se a propriedade do solo e, ao mesmo tempo, a propriedade das acessões. Isso é uma excepcionalidade, pois, segundo a regra geral, se um terceiro planta ou constrói em terreno alheio, as acessões se incorporam ao patrimônio do dono do solo (Código Civil, art. 1.253) Se for convencionada a superfície, as acessões pertencerão ao terceiro (superficiário), enquanto o solo permanecerá com o proprietário original. Por isso, diz o recente Código Civil Argentino (2014), no art. 2.115, que *el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo*.

Há, com efeito, duas titularidades inconfundíveis, cada uma delas gerando direitos e obrigações ao respectivo titular. Nesse sentido, vale conferir o Enunciado 321 da Jornada da Justiça Federal: “Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel”.

Significa isso afirmar que o instituto da superfície é composto de dois personagens, o fundeiro (dono do solo) e o superficiário.

Mas essa situação é transitória, pois o direito de superfície, ao contrário da propriedade e da enfiteuse, não goza de perpetuidade, o que significa que ele, como a propriedade resolúvel, já nasce com o germe da própria morte.

Advindo o termo de vencimento, o superficiário necessariamente terá de entregar a construção ou plantação ao dono do solo, que assim adquirirá a propriedade sobre elas. Com a transmissão da titularidade superficiária ao fundeiro, que acontece de pleno direito ao final do prazo, resolve-se a superfície e consolida-se o domínio nas mãos do segundo, que agora passa a ser proprietário pleno.

Diante disso, pode a superfície ser conceituada como o direito real de plantar ou construir em terreno alheio, que concede ao seu titular, o superficiário, a propriedade resolúvel da plantação ou construção, temporariamente destacadas da domínio do solo.

Conforme elucida a doutrina (PINTO, 2000, p. 79), concedido o direito de superfície, ao superficiário pertencerá o edifício construído ou a plantação feita, continuando o solo a pertencer ao proprietário original, enquanto durar o prazo da concessão da superfície.

O art. 564-1 do Código Civil Catalão (1984) conceitua a superfície como “o direito real limitado sobre imóvel alheio, que atribui temporariamente a propriedade separada das construções ou plantações instaladas no imóvel. Em virtude do direito de superfície, é mantida uma separação entre a propriedade da construção e da plantação e a propriedade do solo onde elas são feitas” (livre tradução).

Sua natureza jurídica é a de uma propriedade resolúvel, porque gera os mesmos direitos do art. 1.228 do Código Civil, mas se extingue ao final do prazo convencionado. Por isso alguns autores, como FARIA-ROSENVALD (2008, p. 396), abordam-na como uma espécie de propriedade.

A superfície vem para substituir a enfiteuse, instituto jurídico que já não se afeiçoa à dinâmica do comércio jurídico e que, por isso mesmo, foi abolido pelo Código (art. 2.038). Dadas suas diferenças com o vetusto instituto, especialmente no tocante ao tempo de duração, que é sempre temporário, jamais perpétuo, abre ele novos horizontes nas titularidades reais, inclusive no tocante à função socioeconômica dos imóveis rurais.

4.2. Escorço Histórico

A superfície tem berço romano e nasceu da necessidade de ocupação de espaços físicos, na medida em que aumentavam os domínios territoriais do Império conquistador. Já se percebe, desde suas origens históricas, objetivos de regularização de titularidades no espaço rural. Para a doutrina, tem ela origem nos *usages*, que eram as construções feitas pelos particulares romanos em terrenos públicos (GIRARD, 1906, p. 382).

Numa fase mais remota da civilização romana, a autoridade concedia aos particulares o direito de construir ou plantar em terreno público, à semelhança de um arrendamento por longo prazo. Numa fase posterior, os próprios particulares pôem-se a conceder essa forma de arrendamento a outros particulares, disseminando assim as edificações e plantações. A faculdade de construir ou plantar em terreno alheio, contudo, não gerava ao titular um direito real, porquanto limitada ao campo obrigacional dos contratos e circunscrita ao princípio da acessão.

Com o passar do tempo, o pretor passa a conferir proteção possessória ao concessionario, através do interdito de *superficiebus*. Mercê da tutela interdital, a superfície acaba por assumir o caráter de um direito real, oponível *erga omnes* (ALVES, 2004, pp. 346-347). Sob Justiniano (527-565 d.C.), o instituto firma-se como direito real sobre coisa alheia, como se vê do Digesto (XLIII,18,1). Ao superficiário são atribuídas ações reais, como a ação de superfície, semelhantes à reivindicação; a ação confessória, destinada a demonstrar sua titularidade e a ação negatória, para declarar a inexistência de ônus sobre a coisa (TEIXEIRA, 1993, p. 20).

Na Idade Média, o instituto conheceu, tal como a enfiteuse, enorme expansão. Isso se deveu, particularmente, a dois fatores: a influência da Igreja Católica, ávida de legitimar as construções que fizera em solo público e o caráter nômade dos povos bárbaros, a valorizar mais o trabalho que o solo onde ele se exercia. As incursões germânicas e a consequente necessidade de defesa dos territórios impõem uma reorganização na forma de ocupação da terra, a gerar uma ruptura do modelo fundiário, agora baseado na superposição de domínios.

No medievo, vários titulares exercem poderes em graus diferentes, segundo o critério da concessão por títulos nobiliárquicos. Enfiteuse e superfície, por permitirem essa pluralidade de titulares sobre um mesmo imóvel, são os mecanismos que melhor atendem à nova ordem. Essa época assinala, inclusive, o nascimento da superfície sobre plantações.

A disseminação do modelo superficiário e enfítetico traz consigo, contudo, a servidão humana e a vassalagem, pelas quais o trabalhador se transforma num agregado da terra, devendo obediência irrestrita ao senhor feudal. A superfície do medievo, tal como a enfiteuse, é vista como atentatória da liberdade individual, razão pela qual o Código

Napoleão, de 1804, para acentuar o exclusivismo do direito de propriedade e evitar um retorno aos perfis medievais, preferiu esquecê-las.

O advento do Código Civil Austríaco, em 1811, assinala o reingresso do instituto nos sistemas europeus, opção que é seguida pelos Códigos Holandês (1824), Alemão (1896), Suíço (1907), Italiano (1942) e Português (1966). França, Bélgica e Espanha admitiram-na em leis especiais. Na América Latina, o instituto está presente nas legislações cubana, chilena, peruana e argentina (TEIXEIRA: 1993, p. 34).

No Brasil, a superfície vigeu desde o Descobrimento até 24.9.1864, quando foi abolida pela Lei 1.257. Influenciado pela legislação napoleônica, que consagra o absolutismo e a exclusividade do domínio, não a contemplou o Código de 1916, a despeito dos esforços da Comissão revisora para reintroduzi-la no sistema. O instituto somente renasceria em 2001, quando da edição do Estatuto da Cidade, achando-se afinal positivado no Código Civil de 2002.

Colhe-se desse escorço que a superfície foi criada já com uma função socioeconômica, consistente na necessidade de ocupação de espaços físicos. E é esse potencial que a torna viável para as políticas de Reforma Agrária.

4.3. Poderes de Ingerência Socioeconômica do Superficiário

Constituído o direito de superfície, o superficiário adquire os poderes de uso, gozo, disposição e reivindicação da coisa. Pode ele, portanto, usar pessoalmente o imóvel, habitando-o ou então alugando-o ou dando-o em arrendamento. No caso de superfície sobre plantações, poderá explorar pessoalmente o solo ou mesmo arrendar ou dar a cultura em parceria a um terceiro. Demais, pode transferir o direito, seja por venda, doação ou permuta, com isso deixando de ser superficiário.

É lícito ao superficiário, por outro lado, gravar de ônus as acessões. Em razão disso, poderá hipotecar a edificação, empenhar a plantação e dar em penhora uma e outra. É-lhe lícito, também, criar direitos reais de gozo, como o usufruto e a habitação, sendo certo que, ao fazê-lo, deverá levar em conta a transitoriedade do direito.

No caso de transferência da superfície, por exemplo, o adquirente saberá que o direito adquirido tem duração limitada no tempo. Atingido o termo final da concessão, o adquirente entregará as acessões do fundo. Como se adquire propriedade resolúvel, é claro que a venda se fará por baixo preço. Ocorrendo de o superficiário dar em hipoteca o imóvel, o credor terá a ciência de que a garantia se extinguirá de pleno direito ao final do contrato de superfície. Se o superficiário não pagar a dívida e a hipoteca for exequida, eventual arrematante também saberá que a aquisição se limita no tempo. Logo, arrematará a baixo preço também.

É o que decorre do referido art. 1.369, que é complementado pelo art. 1.372 do Código: “o direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros”.

Quanto se tem transferência entre vivos, nenhuma remuneração será devida ao dono do solo, por força da vedação prevista no parágrafo único do art. 1.372. Ao proibir a remuneração do *dominus soli* nos casos de transmissão da propriedade superficiária, quis o legislador estimular o comércio jurídico e a circulação de riquezas, visando ao cumprimento da função socioeconômica dos imóveis. A superfície afasta-se, nesse ponto, da enfeiteuse, que exigia o pagamento de um importe (laudêmio) sempre que o domínio útil fosse transferido.

Deve-se destacar, ainda, que, sendo o superficiário titular de direitos reais, tem ele posse sobre a coisa, razão por que poderá manejá-la para defendê-la, inclusive contra o dono do solo, que se mantém possuidor indireto, segundo a regra geral do art. 1.197.

Como claramente se percebe, a superfície se aproxima da propriedade, com a importante diferença de ser transitória.

Analise-se agora seu potencial nas políticas de Reforma Agrária.

5. Possibilidade de Aplicação da Superfície na Reforma Agrária

A superfície, já se vê, tem um forte potencial para o cumprimento da função socioeconômica dos imóveis rurais. Apesar disso, não está ela prevista como mecanismo para execução da Reforma Agrária, como se observa do art. 17 do Estatuto da Terra.

O Código Civil Brasileiro, a primeira codificação civil do Séc. XX, busca adaptar os direitos reais às demandas da contemporaneidade, tratando a propriedade e seus desmembramentos como uma relação jurídica geradora de obrigações. Como a superfície é uma forma de propriedade resolúvel, ou ao menos se assemelha a ela, resta claro que ela está voltada para o funcionamento dos imóveis, notadamente os rurais.

Nesse diapasão, FIÚZA (2005, p. 1.259) argumenta que a superfície está ligada à função socioeconômica e ambiental que os bens desempenham nos dias de hoje. Segundo diz, “a mola propulsora do direito de superfície é, sem dúvida, o incremento da função social da propriedade e o seu enquadramento para um determinado fim, em sintonia com os preceitos sócio-econômicos, políticos e jurídicos, e com o estado democrático de direito”.

No âmbito urbano, é certo que o instituto em apreço pode desempenhar grande papel funcionalizante. Como claramente se extrai do art. 182 e ss. do Texto Constitucional, um dos objetivos da Política Urbana é o de ocupação de espaços físicos. De fato, pelos

seus múltiplos problemas econômicos, sociais e ambientais, a lei combate os imóveis não utilizados, a ponto de punir o proprietário omisso.

Sendo a superfície um meio que permite a ocupação de espaços ociosos, encaixa-se ela com perfeição ao sobredito art. 182. Naqueles casos em que o proprietário de terreno urbano não tem condições econômicas de edificar, poderá ele, ao invés de alienar o bem, dá-lo em superfície, conservando consigo, portanto, a propriedade do solo. Assim, quem dará uma função ao bem será o terceiro.

Com isso, fica assegurado o cumprimento da função social urbana e o proprietário segue como proprietário.

No ambiente rural, aplica-se idêntica ordem de ideias.

A questão agrária é, no Brasil, problema complexo, tanto mais porque comprehende o conflito pela posse da terra, contrapondo os proprietários a grupos ideológicos como o MST. Como foi dito, o Estatuto da Terra, ao lado da Lei 8.629/93, elegeu a desapropriação como meio para realizar a Reforma Agrária e assentar pessoas à terra. Trata-se, contudo, de mecanismo demorado e extremamente caro, na medida em que envolve processo administrativo e judicial e indenização ao sujeito desapropriado, de acordo com o valor venal do imóvel.

Se ao invés da desapropriação, o Estado impusesse a superfície aos imóveis rurais não cumpridores da função socioeconômica, os gastos com a Reforma Agrária seriam sensivelmente reduzidos, pois não haveria a necessidade de indenizar o proprietário desapropriado, ou então menor seria a indenização, eis que o domínio se conservaria com ele. De fato, este permaneceria proprietário, mas o imóvel seria usado por assentados, que depois o devolveriam.

Relembre-se que, sendo a superfície direito real e temporário, que confere os mesmos poderes da propriedade, ela permitiria ao assentado, por exemplo, financiar a produção e dar em garantia a plantação. O crédito seria mais acessível do que nas hipóteses de concessão de uso, em que o possuidor não é proprietário das acessões. Além disso, o imóvel poderia ser transferido sucessivas vezes, beneficiando um número considerável de agricultores.

Isso não é possível nem nos institutos geradores de direito pessoal, como o arrendamento, nem nas formas de concessão de direito real, como o direito de uso, previstos na Lei 8.629/93. Estes possibilitam apenas o exercício da posse, mas não implicam poderes de propriedade. Logo, neles não pode o titular empregar a coisa em garantia nem transmiti-la, o que reduz o aproveitamento socioeconômico pelo assentado.

Diante disso, tem-se que a superfície traz duas vantagens nas políticas de reestruturação agrária. Primeiro, porque substituindo a desapropriação, isenta o Poder Público

a qualquer indenização, liberando-o para investir recursos para, por exemplo, dar uma maior assistência ao assentado, seja para o incremento de sua atividade agrícola seja para a melhoria de seu bem-estar.

Em segundo lugar, a superfície apresenta vantagens porque confere ao assentado poderes de ingerência econômica sobre o bem, que não existem quando o assentado recebe concessão de uso.

Malgrado as possibilidades e vantagens que apresenta, o direito de superfície não tem recebido dos agraristas brasileiros a atenção que merece. Isso se deve a sua curta existência no ordenamento jurídico, já que a modalidade agrária só foi instituída em 2002. Há, contudo, algumas vozes que vêm se levantando em seu favor.

Nesse sentido,

para facilitar ou mitigar a sistêmica e endêmica falta de acesso à terra pelas populações pobres - não só do Brasil mas de toda América Latina- o direito de superfície pode ser um meio de acesso à propriedade de tal modo que do ponto vista econômico seja um fator de estabilidade e, do ponto jurídico, seja o poder de fato transformado em poder jurídico (PACANARO; VELAZQUEZ: 2015, p. 18).

Diz, a propósito, VIANA (2002):

O Estado deveria se embasar no Direito alemão. Por exemplo, caso ele construísse casas, não precisaria dar todas aos pobres. A nossa reforma agrária é inútil, porque damos terras para os sem-terra. Daqui a pouco, eles vão se transformar em latifundiários. E os próximos sem-terra? O velho Prof. Waldemar Ferreira sabiamente dizia, há 50 anos, naquele tempo do compromisso, que o problema do Brasil não é dar terra ao homem, mas dar o homem à terra. Hoje pergunto: será que é assim? Como está a terra? Está acabando. O problema do Brasil não é só dar terra ao homem. Se assim procedermos, teremos a produção cíclica e não haverá mais terra para dar.

Adiante, sugere (2002):

O Estado daria construiria grandes campos urbanos e, ao invés de dar, cederia o direito de superfície. A pessoa ocupa o terreno por certo período e depois transfere para outra, como os judeus, na sua sabedoria, faziam com o ano sabático: emprestariam as terras por certo período e elas iam passando de mão e mão, e a riqueza circulava.

E, como lapidarmente pondera PIFSTER (2007, p. 182), o direito de superfície é essencial para a preservação do ambiente natural e para a solução do problema da Reforma Agrária no Brasil.

Diante disso, é de reconhecer o potencial socioeconômico da superfície. Tendo em vista tratar-se de um instituto ainda em desenvolvimento, não de todo assimilado pela sociedade e não utilizado pelo Poder Público, espera-se que, com o tempo, venha ele a ser amplamente empregado e praticado, notadamente na execução das políticas de Reforma Agrária.

6. Conclusões

Os problemas que afetam o ambiente fundiário brasileiro, e que compõem a chamada “questão” agrária, têm origem histórica e vieram se consolidando ao longo do tempo. Latifúndios e minifúndios são fruto de uma colonização que elegeu a grande propriedade, na forma de sesmarias, como propriedade padrão no território nacional e de uma legislação que não conseguiu acomodar os interesses do colono desprovido de recursos econômicos.

O enorme contingente de latifúndios, em evidente concentração da propriedade agrária, pode ser apontado como a causa dos conflitos pelo acesso à terra, que se iniciaram no Século XIX e nos dias presentes.

A reforma da estrutura fundiária brasileira é uma necessidade reconhecida pelo Texto Constitucional e seu objeto é o de reduzir gradativamente as figuras do latifúndio e do minifúndio, o que geraria, além da reconfiguração do espaço rural, a diminuição da violência no campo. A Reforma Agrária atende aos ditames da Ordem Econômica e Financeira, previstos no art. 170 do Texto e concorre para o atingimento dos objetos da República do Brasil.

O principal instrumento empregado pelo Poder Público para a execução da política reformista é o da desapropriação por interesse social. O uso dessa ferramenta é, contudo, caro e complexo, envolvendo grandes inversões de dinheiro. Isso faz com que a Reforma Agrária caminhe a passos lentos.

A introdução do direito de superfície viria em auxílio do Estado na execução da reconfiguração fundiária, porquanto apresenta a vantagem de não exigir o desembolso na desapropriação. Além disso, possibilitaria a ele maior poder de ingerência socioeconômica sobre o imóvel, que poderia ser dado em garantia para contrair financiamentos.

Diante de suas possibilidades e vantagens nas políticas de promoção da Reforma Agrária, o direito de superfície deve ser acolhido pelo ordenamento jurídico como um dos mecanismos das políticas fundiárias brasileiras.

7. Sugestão de *Lege Ferenda*

Considerando o que aqui foi exposto, sugere-se a positivação do direito de superfície na Lei 4.505/64 (Estatuto da Terra), cujo art. 17 ficaria assim redigido:

Art. 17. O acesso à propriedade rural será promovido mediante a distribuição ou a redistribuição de terras, pela execução de qualquer das seguintes medidas:

(...)

f) concessão do direito de superfície

8. Referências

- ALENCAR, Francisco A. G.; CUNHA, Gabriela B.; MATOS. Helaine S. Panorama dos conflitos e da violência no espaço agrário brasileiro de 1985-2014. *Conflitos no Campo Brasil 2014*. Goiânia: Comissão Pastoral da Terra, 2015. Edmundo Rodrigues Costa (coord.)
- ALMEIDA JR., Jair. *A Religião Contestada*. São Paulo: Fonte Editorial, 2011.
- BORGES, Paulo Torminn. *Institutos Básicos do Direito Agrário*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.
- _____. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). www.incra.gov.br.
- _____. Lei 4.504/64. Estatuto da Terra.
- _____. Lei 8.629/93. Lei Agrária.
- _____. Lei 10.406/2002. Código Civil.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª. Turma, Habeas Corpus 4.399, Rel. Min. Luiz Vicente Chernicchiaro, j. 12.mar.1996.
- CARVALHO, Eduardo. Disputas pela posse da terra mataram 15 índios em 2013, diz CPT. <http://globo.com/brasil/noticia/2014/04>. Sítio consultado em 11.mai.2015.
- CUNHA, Euclides. *Os Sertões*. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- FARIAS, Cristiano C; ROSENVALD, Nélson. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*. V. 2. São Paulo: Globo, 1991.
- FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GIRARD, Paul Frederic. *Manual Élémentaire de Droit Romain*. 4. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1906.

- HOLANDA, Sérgio B. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 1995.
- LIBERATO, Ana Paula Gularde. *Reforma Agrária. Direito Humano Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.
- LIMA, Manuel O. *O Movimento da Independência, 1821-1822*. 6. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- MACEDO, Wellington. Chacina coloca o Pará na liderança dos mortes por conflitos agrários. *Conlutas. Central Sindical e Popular*. <http://cspconlutas.org.br/2015/03>. Sítio consultado em 11.mai.2015.
- MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários e Função Social*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- MOGUEL, Julio. *Reforma Constitucional y luchas agrarias en el marco de la transición salinista. Autonomía y Nuevos Sujetos Sociales en el Desarrollo Rural*. México: 1992, Século XX Editores. BOTEY, Carlota; HERNÁNDEZ, Luiz; MOGUEL, Julio (org.).
- MOOG, Viana. *Bandeirantes e Pioneiros*. 11. ed. Porto Alegre: 1974.
- MOREIRA ALVES, J.C. *Direito Romano*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra). *Concentração de terra cresce e latifúndios equivalem a três Sergipe*. www.mst.org.br. Sítio consultado em 10.mai.2015.
- PACANARO, Renato Franco; VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina. Função Social da Propriedade e Direito de Superfície. <http://www.diritto.it/archivio/1/28362.pdf>. Sítio consultado em 26.mai.2015.
- PEIXOTO NETO, Pedro Accioly S. A luta contra o latifúndio: essencial na segurança alimentar e na sustentabilidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 2 (2013), no. 13. <http://www.idb-fdul.com>
- PFISTER, Milena Letícia. *O Direito Real de Superfície: um dos instrumentos garantidores da função social da propriedade*. Dissertação de Mestrado. Piracicaba: Unimep, 2007.
- PINTO, Rosane Abreu Gonzales. O Direito Real de Superfície e a Sistemática do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. No. 775, pp. 79-95, mai.2000.
- PRADO JR, Caio. *Evolução Política do Brasil*. Brasiliense, 1969.
- TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O Direito Real de Superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao Direito à Reforma Agrária*. Leme: Led, 1998.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O Novo Código Civil Brasileiro*. Seminário Câmara dos Deputados. Brasília, 05.nov.2002.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO IBERO-AMERICANO: BRASIL E ESPANHA

ÉMILIEEN VILAS BOAS REIS

Graduado em Filosofia (UFMG), mestre e doutor em Filosofia (PUC-RS). Pós-doutor em filosofia (FLUP-Porto). Professor de Filosofia e Filosofia do Direito do programa de graduação e pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara (BH). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Pensar a cidade: seus aspectos ambientais, jurídicos e sociais”.

MARIZA RIOS

Graduada em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Mestra em Direito, Estado e Constituição pela UnB – Universidade Nacional de Brasília, com pesquisa na Universidade de Coimbra sob a orientação de Boaventura de Souza Santos. Professora na Escola Superior Dom Helder Câmara. Doutoranda em Direito na Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Membro do Grupo de Pesquisa “Pensar a cidade: seus aspectos ambientais, jurídicos e sociais”.

Resumo

Inicialmente, o artigo debate o meio ambiente como direito fundamental, a partir de documentos históricos e análises jurídicas e filosóficas. Em seguida, debruça-se sobre o direito fundamental ao meio ambiente no contexto ibero-americano, especificamente, o Brasil e a Espanha. Num terceiro momento, o artigo caracteriza a democracia, a partir de Jürgen Habermas, como o regime que permite a convivência de diferentes discursos e a participação ativa da sociedade, o que possibilita a construção do direito fundamental ao meio ambiente, o cuidado com o ambiente e sua relação com a vida digna garantida pela Constituição.

Palavras-chave

Meio ambiente; Direito fundamental; Democracia; Participação.

Abstract

Initially, this paper discusses the environment as a fundamental right, based on historical documents and legal and philosophical analysis. Then focuses on the fundamental

right to environment in Ibero-American context, more specifically with Brazil and Spain. Thirdly, this paper characterizes democracy as of Jürgen Habermas, as the regime which allows the coexistence of different discourses and the active participation of society, which allows the construction of the fundamental right to environment, the care for the environment and its relationship with the dignified life guaranteed by the Constitution.

Key words

Environment; Fundamental rights; Democracy; Participation.

1. Introdução

O foco do presente ensaio é pensar o meio ambiente urbano no conjunto dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição do Estado, no contexto ibero-americano, nomeadamente, Brasil e Espanha, e, portanto, no rol dos direitos constitutivos dos pilares da Democracia. Tal enfoque chama a atenção para o resgate do princípio da participação social como condição importante no reconhecimento, na promoção e no respeito ao meio ambiente urbano.

Para tanto, em primeiro lugar, debruçamo-nos sobre o resgate conceitual a partir do olhar filosófico, entendendo o meio ambiente como direito fundamental historicamente ameaçado. Em segundo lugar, analisamos o contexto atual com foco nos instrumentos jurídicos de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente tendo o princípio da participação social um lugar de destaque no reconhecimento, cuidado, proteção e promoção do direito fundamental ao meio ambiente.

Por fim, o texto faz uma leitura conectiva entre direitos humanos, direitos fundamentais e democracia, a partir de Habermas, com o fim de apontar a necessidade do reconhecimento e do exercício da participação democrática como princípio basilar na concretização da proteção e da promoção de iniciativas públicas em favor do meio ambiente adequado.

2. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Uma Relação Necessária

Em um diálogo ocorrido há mais de dois mil anos, duas importantes figuras da antiguidade grega, o médico Hipócrates, e o filósofo pré-socrático Demócrito, mantêm uma conversa que toca na questão do que seria uma vida digna de ser vivida. A partir de uma genial intuição, o filósofo, muito antes da existência do modo exponencial destrutivo de vida contemporâneo, afirma que:

Pero yo sólo me río del hombre, lleno de estupidez, desprovisto de acciones rectas, [...] que con ansias desmesuradas recorre la tierra hasta sus

confines y penetra en sus inmensas cavidades, funde el oro y la plata, lo acumula sin descanso y *esfuerza por poseer cada vez más para ser cada vez menos*. No se avergüenza de llamarse feliz porque excava las profundidades de la tierra por medio de hombres encadenados: entre ellos, algunos mueren a causa de los derrumbes de tierra; otros, sometidos a una laríssima esclavitud, viven en esta prisión como en su patria. Buscan oro y plata, hurgando entre polvo y desechos, desplazan montones de arena, abren las venas de la tierra para enriquecerse, despedazan la madre tierra. (HIPÓCRATES *apud* ORDINE, 2013, p. 112) [grifos no original]

Demócrito, dirigindo-se a Hipócrates, afirma que não é feliz aquele que apenas extrai das profundezas do chão, despedaçando a “mãe-terra”. A fala do grego ilustra que a dignidade humana depende do cuidado que se tem com a natureza, aqui entendida também como meio ambiente urbano. Na verdade, pode-se perceber como a preocupação ambiental é uma forma de garantir uma vida digna de ser vivida.

Nesse sentido, o texto que se segue defende a tese de que a dignidade humana só se concretiza com as garantias ambientais – incluindo o meio ambiente urbano – que dependem fundamentalmente dos aparatos jurídicos para se consolidarem, pautadas, sempre, em uma ética como fundamento.

Direitos humanos são entendidos como aqueles intrínsecos às pessoas humanas, protegidos pelas constituições e ilustrados por muitos documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) com a finalidade de resguardar o ser humano contra atos que põem em risco a sobrevivência de toda a humanidade. No início da Declaração encontra-se:

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, [...].

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações [...]. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)

Uma das grandes dificuldades na contemporaneidade é a defesa e a sistematização dos direitos humanos. De acordo com Kaufmann:

Esses direitos, em primeiro lugar, pertencem ao homem enquanto homem, sem nenhuma outra qualificação, e, de fato, a todo homem independentemente de sexo, cor de pele, raça e posição social, em segundo lugar, eles não podem ser arbitrariamente descartados, sendo antes

inalienáveis. Possuímos tais direitos porque somos homens, e enquanto formos homens. Qualquer contrato por meio do qual alguém venha a abdicar de sua vida ou de sua liberdade já está invalidado de antemão. (KAUFMANN, 2013, p. 46)

Os direitos humanos podem ser entendidos como direitos inerentes à natureza humana e que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana.

Quando se fala de dignidade humana, entende-se uma dignidade que inere ao homem, que lhe é concedida independentemente de outro qualificativo, seja biológico, social ou moral. Desse modo, ela se distingue das diversas formas de dignidade contingente. Fala-se, por exemplo, de dignidade *social* em relação aos portadores de cargos políticos ou clericais; de dignidade *expressiva*, quando a aura de um homem sábio infunde reverência; por outro lado, fala-se da conduta indigna de um bêbado qualquer. A dignidade humana, ao contrário, consiste num conceito normativo, que deve proteger todo homem de ser tratado como meio, isto é, como um simples objeto para a consecução de seus fins. Isso implica que todos sejam tratados como possuidores de certo grau de dignidade contingente, o que é uma tentativa de proteger os homens de humilhações. (KAUFMANN, 2013, p. 55) [grifos no original]

Posto isso, devemos nos voltar para as questões ambientais e suas relações com os direitos humanos. A Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de 1972 originou-se do diálogo entre as nações, com o intuito de lidar com os temas pautados na tutela ambiental. Em seu Princípio 1 já se encontra a consideração de que o meio ambiente é um direito humano:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. [...]. (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO, 1972)

Na evolução dos direitos humanos, o meio ambiente foi compreendido por alguns como sendo direitos de terceira geração. A proteção à natureza pode ser encarada como uma maneira de assegurar a realização dos direitos humanos, pois, no momento em que acontece um estrago no ambiente, também ocorre a violação aos demais direitos fundamentais, tais como a vida, a liberdade e a proteção física.

Na medida em que o direito a um ambiente digno e saudável passou a ser considerado um direito humano de terceira geração, transgredi-lo é também uma infração aos direitos humanos. A citada Declaração de Estocolmo (1972) proclama de maneira explícita em seu item 1, a preocupação com o meio ambiente e com o ser humano ao mesmo tempo:

1. O homem é, a um tempo, resultado e artífice do meio que o circunda, o qual lhe dá o sustento material e o brinda com a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Na longa e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa na qual, em virtude de uma rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, por inúmeras maneiras e numa escala sem precedentes, tudo quanto o rodeia. Os dois aspectos do meio humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para que ele goze de todos os direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida. (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO, 1972)

A efetivação do meio ambiente como um direito humano fundamental torna-se necessária, pois estão fundamentalmente interligados. Sua realização significa a preservação e a melhora da qualidade de vida. A dignidade da pessoa humana, vista como direito fundamental absoluto, garantido a todos da espécie humana, tem como objetivo proporcionar uma vida digna a todos os povos. Mas a dignidade só se efetiva se o ser humano tem todos os direitos fundamentais cobertos. Se o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é transgredido, também é infringida a dignidade da pessoa humana.

Assim, todas as Nações, por meio de participação em todas as instâncias sociais, a partir de noções como solidariedade e equidade, devem unir esforços para manter o meio ambiente saudável e digno, para que todos os povos, de qualquer classe econômica e social, incluindo as futuras gerações, fiquem resguardados.

O humanista e jurista francês René Cassin, que estava presente e contribuiu para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma que nesta declaração “a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto dos Direitos das Gentes. Naturalmente, é cidadão de seu país, mas também é cidadão do mundo” (CASSIN *apud* PIOVESAN, 2008, p. 136). Para Cassin, a Declaração se caracteriza por: a) sua amplidão, que abrange um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual; b) sua universalidade, pois abrange as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, independentemente do regime político em que se encontram.

A relação entre meio ambiente e direitos humanos pode ser vista atualmente como inevitável. Sem a existência de uma natureza ecologicamente equilibrada, é impossível viver efetivamente os direitos expostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Kambumba ilustra tal visão com alguns interessantes exemplos:

De que serviria a liberdade de um indivíduo que, para aplacar sua sede, é obrigado a consumir água poluída por dejetos tóxicos, que está condenado a sofrer durante toda sua vida de um câncer causado pela poluição

atmosférica ou que se vê impelido a emigrar de seu país para viver em condições precárias, porque este foi o único recurso para evitar os efeitos da desertificação? (KAMBUMBA *apud* CARVALHO, Edson, 2011, p. 95)

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi consagrada no inciso III, do artigo 1º da Constituição de 1988:

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

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

No momento em que os direitos humanos são colocados em um texto constitucional, são considerados direitos fundamentais. Nas palavras de Pereira:

Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. (PEREIRA, 2006, p. 77)

Dessa forma, deve-se fundamentar a noção de que o direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado é um direito humano fundamental, derivando do princípio absoluto da dignidade da pessoa humana, que se encontra nos chamados direitos de terceira geração.

O direito ao meio ambiente, que se diferencia de um direito individual, consiste num direito-dever, no sentido de que o Estado, ao mesmo tempo que o titulariza, deve preservá-lo e defendê-lo, em níveis procedimentais e judiciais, consubstanciando-se uma verdadeira noção de solidariedade em torno do bem comum.

Nesse viés, enfatiza-se mais uma vez que os direitos humanos e o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado estão constitucionalmente protegidos e interligados, pois almejam a preservação da vida e procuram garantir a sobrevivência dos seres humanos e do planeta e, portanto, constitui um direito fundamental. Não podem ser vistos separadamente, já que a transgressão de um deles provoca múltiplos desequilíbrios ambientais, trazendo consequências, às vezes irreversíveis, que colocam em risco a existência da espécie humana e dos recursos naturais necessários para a manutenção vital do planeta:

O Direito Ambiental é em si reformulador, modificador, pois atinge toda a organização da sociedade atual, cuja trajetória conduziu à ameaça da existência humana pela atividade do próprio homem, o que jamais ocorreu em toda história da humanidade. Um Direito que surge para rever e

redimensionar conceitos que dispõem sobre a convivência das atividades sociais bem como para resolver problemas inter-relacionados de proteção ambiental, permeando praticamente todo o conjunto da ordem jurídica, superando, com isto, toda a classificação tradicional sistemática do Direito. (DERANI, 1997, p. 75)

O ideal para as relações sociais seria que os homens se preocupassem uns com os outros, sem a necessidade de intervenção exterior. Infelizmente, não é isso que vem ocorrendo ao longo do processo civilizatório. Por mais que se declame um discurso sobre o cuidado com a natureza e com o outro, a atuação do Direito é fundamental para a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A conscientização a respeito da natureza é algo que pode ser implantado com educação e costumes, mas as questões ambientais são urgentes e, por isso, dependem também da intervenção jurídica. Entretanto, isso não significa uma defesa simples de positivismos legais.

Hegel, um dos precursores do pensamento contemporâneo, chamava a atenção para a necessidade de o Estado garantir o cumprimento do que se pressupõe ético. Para Hegel, Kant decretou a separação entre as instâncias éticas e políticas, diferentemente dos gregos. O filósofo propõe a relação intrínseca entre as instâncias éticas e políticas. Veja-se o que diz Herrero a esse respeito:

Hegel, pelo contrário, na sua tentativa de recuperar a dimensão da eticidade grega nas condições da moralidade kantiana, insistirá em que a liberdade subjetiva do indivíduo e sua moralidade só podem se desenvolver e realizar no interior de um Estado formado por instituições sociais e políticas que correspondam à natureza desse indivíduo moral e livre e, onde, por sua vez, as instituições sociais e políticas só poderão sustentar-se sobre o fundamento de indivíduos que estejam verdadeiramente dispostos a viver a moralidade. Dito kantianamente: moralidade que não possa realizar-se objetivamente, externamente, na vida social e política, é como um sopro sem substância. Instituições sociais e políticas que não tenham sua realidade nos indivíduos, dispostos a viver sua verdadeira liberdade, são como carcaças vazias. O verdadeiro Estado só poderá sustentar-se, não pelo poder, pela força e coerção externa, mas pela identificação dos indivíduos com suas instituições sociais e políticas. (HERRERO, 2004, p. 153)

Hegel vislumbrou a perfeita sintonia entre a dimensão política e ética inicialmente na Revolução Francesa, mas logo mudou de opinião sobre tal evento histórico. Por mais que seja difícil conciliar essas dimensões, tal visão pode se tornar um norte para as realizações humanas.

Mesmo que o meio ambiente, em escala global, continue sendo negligenciado em muitos aspectos, é extremamente importante que vários documentos internacionais e as

diferentes legislações, inclusive a brasileira, garantam a preservação ambiental, por meio dos seus instrumentos legais. Junto a isso, é importante que uma ética ambiental sirva de fundamento para as relações sociais. A relação intrínseca entre os dois níveis pode evitar a arbitrariedade e a violência que muitas vezes a lei positiva gera, quando pautada em interesses escusos.

Também sendo contra a separação kantiana entre moral e direito, Lima Vaz, referido por Mac Dowell pensa que:

[...] o legislador, como quer Kant, não pode exigir que a ideia do dever seja o motivo da ação. Basta-lhe que a ordem que impõe a ação exterior seja obedecida. Nem por isso, a lei, como forma da ação justa, deixa de ter um caráter essencialmente ético. Sendo, com efeito, a ação justa um *ato da virtude da justiça*, a definição, aplicação e cumprimento da lei e o exercício do Direito devem estar compreendidos no âmbito da justiça, não só como regra, mas, sobretudo, como virtude naquele que administra o Direito e naquele que tem o dever de respeitá-lo. A separação moderna entre Ética e Direito resulta, convém repetir, do abandono da teleologia do bem, em geral, e do bem comum na compreensão da comunidade política, pela inversão da primazia do ser e do bem, própria da Ética clássica, em favor do primado do sujeito e do útil. Daí se segue o desaparecimento da perspectiva da justiça como virtude, i.e. como perfeição imanente ao sujeito na sua relação com o outro, que dá lugar à primazia dos interesses individuais sobre a comunidade ética e, por conseguinte, à hipertrofia da justiça legal e a um *legalismo* abstrato e muitas vezes injusto. (LIMA VAZ *apud* MAC DOWELL, 2007, p. 266-267) [grifos no original]

Os direitos humanos, incluindo um meio ambiente ecologicamente equilibrado, fazem a ligação entre direito e ética. Assim, o Direito Ambiental existe como garantidor da dignidade humana. Os princípios que norteiam os valores fundamentais da humanidade são garantidos a partir de um meio ambiente saudável.

A preocupação ambiental ilustra, na prática, uma abertura para o outro, seja o indivíduo vivo e aquele que ainda não veio a ser, os demais seres vivos, os seres não vivos, o planeta. É por isso que o conceito de dignidade está implicado na reflexão sobre o direito ambiental. Nos dizeres de Ricardo Timm:

O Outro é a condição da socialidade real, aquela que não é uma mera multiplicação de indivíduos e grupos, que é qualidade e não mera quantidade, que é conteúdo e não mera forma, e que pode reduzir as falsas sociabilidades, as sociedades falsas, baseadas na exploração do Outro e da natureza, à sua crua essência perversa, mostrando-as como, simplesmente, a disseminação da Totalidade que se disfarça interminavelmente em conceitos caros à tradição e que se transmuta a cada instante naquilo que o delírio quer ouvir: a paralisia do tempo e do espaço em torno ao pólo

único de sentido, a mônada solitária. Quebrar a lógica do sentido único, trincar irrevogavelmente a mônada solitária, é a condição da dignidade humana. (TIMM, 2008, p. 147)

3. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente

Uma leitura histórica do Estado Moderno, em termos constitucionais, leva-nos a perceber que sua consolidação ocorreu ao longo de século XIX, sob a forma de Estado de Direito. Nos países da Europa, consolidou-se, em sua grande maioria, o modelo monárquico constitucional e na América Latina, tem-se o federalismo como escolha predominante, nomeadamente, o Brasil.

Aponta Barroso que, sendo federalista ou monárquico, o núcleo fundante centrou-se nas normas de repartição, limitação de poder e proteção dos direitos fundamentais em face do Estado. No século XX foi que se aprofundou a questão da importância da legitimação do poder e da representação política na qual as questões que ocuparam centralidade foram, por exemplo, a fonte do poder, a maneira como se toma decisões e o que deve ou não ser decidido, ou seja: a fonte, o procedimento e o conteúdo da obrigação de fazer e de não fazer do Estado. Por essa razão, a consolidação do Estado Democrático de Direito vai ocorrer já no século XX.

Nesse contexto, afirma Barroso:

Quanto ao Estado de Direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. (BARROSO, 2015, p. 65)

Prosseguindo em sua doutrina, o autor fala sobre Democracia, indicando:

Já no tocante à democracia, é possível considerá-la em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais. [...] A Democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é mais do que governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais –, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. (BARROSO, 2015, p. 65)

A realização da Democracia requer, portanto, segundo o mesmo autor, o alargamento da obrigação positiva do Estado na promoção dos direitos sociais em um patamar mínimo de segurança da dignidade humana (BARROSO, 2015). Dignidade aqui entendida como princípio norteador dos princípios constitucionais o que já fora reconhecido

por Canotilho (2003) como princípio dos princípios onde a centralidade da vida digna ocupa a primazia.

Após essas considerações, trataremos de pensar o meio ambiente como direito fundamental constitucional especialmente no contexto das Constituições brasileira e espanhola.

3.1. A Constituição e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente

No cenário moderno, segundo José Afonso da Silva (2015), o direito ao meio ambiente passa a ocupar centralidade constitucional fazendo parte do bloco de direitos fundamentais que tem a solidariedade como centralidade e, assim, considerados novos direitos que foram paulatinamente integrados aos direitos fundamentais difusos no horizonte constitucional.

E, nesse sentido, o mesmo autor, citando Pontes de Miranda (1993), justifica que a presença desses novos direitos no contexto constitucional se deve a transformações social, econômica e cultural, ocorridas antes de serem incorporados à Constituição brasileira. Ou seja, foram as transformações citadas que apontaram para a necessidade de reconhecimento de novos direitos, inclusive o debatido em tela – meio ambiente –, em um processo que pode ser chamado de recriação da igualdade, políticas e meios capazes de dar conta de novas realidades que impulsionam o reconhecimento e a criação de novos direitos.

Antônio Augusto Cançado Trindade ensina como o meio ambiente poderá ser protegido como direito fundamental quando faz uma estreita ligação entre este e o direito ao desenvolvimento humano, também fundamental. Assim, quando pensamos no desenvolvimento sustentável, incluído está o cuidado com os limites que a própria natureza indica como constitutiva de sua sobrevivência.

José Afonso da Silva sintetiza a questão da denominação dos direitos de solidariedade, bloco no qual está inserido o direito fundamental ao meio ambiente, afirmando que:

[...] há de ser direitos de solidariedade, nunca ‘direitos solidários’, pois todos os direitos humanos são solidários entre si, no sentido de que se orientam harmonicamente pelo valor da dignidade da pessoa humana, enquanto a expressão ‘direitos de solidariedade’ se refere as novas categorias de direitos fundamentais, que como que solidariza os interesses das comunidades e dos seres humanos componentes dela. (SILVA, 2014, p. 538)

É de uma importância tão grande pensar a interligação da qualidade da vida das pessoas com a qualidade do meio ambiente sob a proteção da dignidade humana, que José Afonso da Silva reconhece:

A qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida,

que implica boas condições de bem-estar do homem e de seu desenvolvimento. (SILVA, 2014, p. 541)

E complementa:

A razão da tutela do meio ambiente manifesta-se no momento em que sua degradação ambiental passa a ameaçar não só o bem-estar mas qualidade de vida humana, senão a própria sobrevivência do ser humano. (SILVA, 2014, p. 541).

Entendido o meio ambiente, então, como um novo direito fundamental de caráter vinculante à sobrevivência da pessoa humana é, portanto, obrigação do Estado respeitar, promover e cuidar do bem jurídico meio ambiente. Assim, as Constituições modernas asseguram não somente o direito fundamental ao meio ambiente como reconhecem que a sua proteção garante a vida presente e futura da humanidade. E mais: os Estados determinam penalidades, ou seja, criminalizam quem o ofende e adotam políticas específicas de preservação do meio ambiente sustentável.

A propósito desse novo direito, objeto de debate e posterior reconhecimento na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, lembra José Afonso da Silva, citando em parte a própria Declaração, que uma de suas importantes decisões foi o reconhecimento de que,

[...] 'O homem é, a um tempo, resultado e artífice do meio que o circunda, o que lhe dá o sustento material e o brinda com a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral e espiritualmente. [...] Os dois aspectos do meio humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para que ele goze de todos os direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida'. Por isso, a proteção e melhora do meio ambiente é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro; é um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos. (SILVA, 2014, p. 541)

Tendo a qualidade da vida como centralidade do debate sobre o Direito Ambiental, afirma José Eugenio Soriano Garcia e Pedro Brufao Curiel,

Se trata este de un Derecho de la enorme amplitud del mandato de protección al que responde, en cuanto tiene por finalidad conciliar las afecciones que inevitablemente la vida moderna comporta para el medio ambiente con una adecuada calidad de vida de las generaciones presentes y futuras – haciendo realidad el logro de un desarrollo sostenible prevenir y hacer frente a las amenazas para el entorno y, cuando los daños se producen, proceder a su reparación y al restablecimiento de la funcionalidad de los recursos naturales. (GARCIA; CURIEL, 2010, p. 11)

No contexto internacional a Declaração de Estocolmo de 1972, como visto acima, reconheceu que “[...] o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna [...]” (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO, 1972) e, mais adiante, em 1992, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, promulgada após a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, reafirmou essa necessidade e esse compromisso quando diz que “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

Sob o contexto constitucional, Espanha e Brasil, podemos afirmar, preliminarmente, que ambos incorporaram em seus textos o meio ambiente como bem jurídico a ser protegido e promovido pelo Estado. Esse tema trataremos a seguir.

3.1.1. Contexto constitucional – Brasil e Espanha

Os direitos, do ponto de vista constitucional, para José Afonso da Silva são fundamentais,

[...] porque se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do ‘homem’ no sentido do que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecido, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2014, p. 450)

Nesse sentido, aponta o autor para a interligação entre o reconhecer, constitucionalizar e efetivar em função da vida digna do ser humano. Isso requer do Estado ações concretas que levam a cabo a preservação da vida e, nesse cenário sendo o meio ambiente protegido condição para a garantia da vida o constituinte assegurou que o mandato constitucional protegesse e promovesse o meio ambiente.

Por isso, reconhece Silva, citando a Declaração Universal dos Direitos do Homem que “[...] ‘a proteção e melhora do meio ambiente é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro; é o desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos’” (ONU *apud* Silva, 2014, p. 542).

E, levando a cabo esse mandato universal, a Espanha e o Brasil incorporaram em suas constituições o meio ambiente como direito fundamental à preservação da vida. Na Constituição espanhola, indica Fernando Simón Yarza, “[...] el derecho al medio ambiente

del art. 45.1 CE es un auténtico derecho subjetivo, y la de quienes, además, entienden que se trata de un derecho fundamental" (YARZA, 2012, p. 73). Assim, "[...] hemos de considerar el mandato estatal de protección del medio ambiente" (YARZA, 2012, p. 90). Ademais, comprehende o mesmo autor, ser a proteção do meio ambiente pressuposto básico da existência humana, portanto, consubstancial ao próprio Estado.

O texto constitucional brasileiro reconhece o meio ambiente em seu artigo 225 determinando que

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

Observa-se, em uma leitura sem maior esforço, que o meio ambiente na lei brasileira, da mesma forma que o entendimento constitucional espanhol, é um bem jurídico importante para a garantia da qualidade de vida das pessoas sendo, portanto, dever do Estado a sua proteção integral, direito fundamental por excelência, garantidor da dignidade humana.

A seguir, o cerne do debate nos leva à democracia como espaço de possibilidades concretas e, ao mesmo tempo, garantidor da legitimidade legislativa pelo princípio da participação, com prioridade ao entendimento de Habermas.

4. Democracia e Participação na Cidade

A cidade, como lugar de convivência com o outro, deve encontrar estratégias para a boa convivência. Nesse sentido, a democracia talvez faça a ponte necessária para que o cuidado, o reconhecimento e a participação social sejam elementos fundamentais na constituição da cidade. Debrucemo-nos sobre Jürgen Habermas a fim de comentarmos sobre o papel fundamental da democracia na cidade.

Habermas se insere dentro do que a tradição filosófica denominou "reviravolta lingüística", compreendida como o movimento em que

[...] a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a 'esfera dos fundamentos' de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser a 'filosofia primeira' à altura do nível de consciência crítica de nossos dias. (OLIVEIRA, 2001, p. 12-13)

A reflexão a partir do século XX passa a ter como base a reflexão sobre a linguagem, que pode ser vista como um "medium", pois o próprio pensamento tem como base a linguagem.

Habermas tem a preocupação, em suas reflexões, de ilustrar como ocorre a pretensão de entendimento entre ouvinte e falante, que o pensador alemão denominará ação comunicativa, já que a linguagem é compreendida como ação. Assim, o indivíduo que age comunicativamente busca em seus atos de fala “pretensiones universales de validez y supone que tales pretensiones pueden desempeñarse” (HABERMAS, 1997b, p. 300). O falante, com tal pretensão de validade, deve levar em consideração quatro pretensões universais: 1) expressar-se de modo compreensível; 2) dar a entender sobre algo (apresentar algo); 3) fazer-se compreender (manifestar uma intenção); 4) entender-se com os demais (gerar uma relação interpessoal). Tais pretensões possibilitam o entendimento, que é o “proceso de consecución de un acuerdo sobre la base presupuesta de pretensiones de validez reconocidas en común” (HABERMAS, 1997b, p. 301). Habermas denominará de Pragmática Universal o programa de investigação que busca construir a base universal de validade da fala.

O falante, que tem capacidade de comunicação, deve ter a preocupação em formular orações bem elaboradas que se refiram à realidade:

- para elegir el contenido enunciativo de suerte que refleje o (cumpliendo determinadas condiciones de verdad) mencione una experiencia o un hecho (de forma que el oyente pueda compartir el saber del hablante),
- para manifestar sus intenciones de suerte que la expresión lingüística reproduzca lo que el hablante tiene en mente (de forma que el oyente pueda confiar en el hablante),
- para ejecutar el acto de habla de suerte que cumpla normas reconocidas o responda a autoimágenes aceptadas (de suerte que el oyente pueda concordar en esos valores con el hablante). (HABERMAS, 1997b, p. 328)

Ou seja, a pretensão de comprehensibilidade toma o proferimento como: a) verdadeiro (representação de algo do mundo); b) veraz (expressão de algo falado); c) correto (referência às perspectivas socialmente conhecidas).

Pode-se trazer também a noção habermasiana de “linguagem ideal”, em que os interlocutores têm pretensões de entendimento que podem ser aceitas ou recusadas. Em tal situação, os falantes e ouvintes não são constrangidos por influências e coações exteriores. Habermas (1997a) afirma que na “linguagem ideal” há uma exigência de simetria que pressupõe quatro requisitos de igualdade de oportunidades para todos os que participam dos atos de fala. São eles:

- a) igualdade de oportunidades de todos os participantes de usarem os atos de fala, de maneira que possam sempre começar e continuar um discurso;
- b) igualdade de oportunidades de todos os participantes com respeito à tematização de afirmações, recomendações, explicações e justificações, além de poderem

- criticar a validade das proposições, de maneira que nenhum ditame prévio fique de fora da tematização e da crítica;
- c) igualdade de oportunidades de todos os participantes no que diz respeito ao uso dos atos de fala representativos, ou seja, a possibilidade de expressarem suas atitudes, sentimentos e intenções, dado que a recíproca concordância dos agentes permite serem verazes uns com outros;
 - d) igualdade de chances de todos os participantes no que diz respeito ao uso dos atos de fala regulativos: ordenar, depor, permitir, proibir, por exemplo. A reciprocidade de expectativas de comportamento, com a renúncia a qualquer exclusão unilateral, garante a igualdade de chances de um falante iniciar uma ação e prosseguir com ela sem ser coagido.

Em outras palavras, a igualdade dos atores participarem do debate público, a igualdade de condições para o debate, a veracidade e a não coação são os elementos da situação ideal da fala.

Com tais pressupostos, Habermas, em sua grande obra, “Teoria da Ação Comunicativa”, ilustra como o agir comunicativo, voltado para o entendimento, deve estar presente no “mundo da vida” para fazer frente à racionalidade econômica e burocrática (política) que adentraram em todas as instâncias sociais. Habermas tem a preocupação de descrever os tipos de ação que existem no “mundo da vida”.

No espírito da virada pragmático-linguística, o filósofo enfatiza que a normatividade da sociedade está pautada na ação comunicativa:

Si partimos de que la especie humana se mantiene a través de las actividades socialmente coordinadas de sus miembros y de que esta coordinación tiene que establecerse por medio de la comunicación, y en los ámbitos centrales por medio de una comunicación tendente a un acuerdo, entonces la reproducción de la especie exige también el cumplimiento de las condiciones de la racionalidad inmanente a la acción comunicativa. Estas condiciones se tornan accesibles en la modernidad - es decir, con la descentración de la comprensión del mundo y la diferenciación de distintos aspectos universales de validez. (HABERMAS, 1999, p. 506)

Para ilustrar o significado da ação comunicativa, baseado em uma nomenclatura popperiana, Habermas (1999) irá distinguir outros tipos de ações:

- a) ação teleológica: orientada para uma finalidade, tem um objetivo (ação estratégica). São exemplos a economia e a sociologia;
- b) ação normativa: orienta a relação em grupo, visando valores em comum. Espera-se uma obediência de todos em relação à norma;
- c) ação dramatúrgica: autorrepresentação perante o público.

Sobre a ação comunicativa, nas palavras de Habermas:

Finalmente, el concepto de acción comunicativa se refiere a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (ya sea con medios verbales o con medios extra-verbales) entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones. El concepto aquí central, el de interpretación, se refiere primordialmente a la negociación de definiciones de la situación susceptibles de consenso. En este modelo de acción el lenguaje ocupa, como veremos, un puesto prominente. (HABERMAS, 1999, p. 124)

Com esse arcabouço, Habermas é capaz de fazer uma distinção entre a ação comunicativa e a ação estratégica. Enquanto a primeira visa o entendimento entre os interlocutores, a ação estratégica será compreendida como aquela que visa o êxito dos participantes, que tomam decisões a partir de razões calculistas. As três primeiras ações explicitadas acima se encaixam na ação estratégica (HABERMAS, 1999, p. 137 e s.).

É claro que Habermas não tem a pretensão de que a ação comunicativa seja totalmente implantada na realidade, mas podemos entender tal concepção como um norte para as relações sociais entre os atores capazes de comunicação.

Após explicitar a ação comunicativa, outro interessante ponto de nosso estudo diz respeito ao conceito de “mundo da vida”. De forma geral, fazendo uma releitura de Edmund Husserl, Habermas comprehende “mundo da vida” como o horizonte que permite os processos de entendimento, denominados ação comunicativa, além de conter a cultura, entendida como o depósito de convicções comuns (HABERMAS, 1992, p. 176).

Partindo das noções de sistema de Talcot Parsons e Niklas Luhmann, Habermas (1992, p. 176) afirmará que na modernidade a racionalidade econômica e política (com o dinheiro e o poder sendo *medium*) passam a ser coordenadoras de todas as ações. Tais esferas são desconectadas do mundo da vida, que buscam, estrategicamente, um fim que não é o entendimento. Em tais sistemas, a linguagem é uma ferramenta para atingir seus fins. No caso do sistema econômico, o consumismo e o individualismo se tornam parâmetros para as ações. Por outro lado, a instrumentalização e a burocratização tornam desconexa a política do mundo da vida.

Após tais considerações, pode-se afirmar que para Habermas o Direito entra como aquilo que pode, na tentativa de superar o dinheiro e o poder como instrumentais, possibilitar a integração social. Tal objetivo caberia à ação comunicativa. Mas como essa linguagem ideal está longe de ser realizada integralmente, o Direito passa a ter um papel fundamental na sociedade:

A circulação comunicacional do mundo da vida é interrompida no ponto onde se choca com o dinheiro e o poder administrativo, meios que são

surdos às mensagens da linguagem coloquial; pois esses códigos especiais, além de se diferenciarem da linguagem coloquial, foram desmembrados dela. É verdade que a linguagem coloquial forma um horizonte de compreensão; em princípio ela é capaz de traduzir tudo em todas as linguagens. Porém ela é incapaz de operacionalizar eficientemente para todos os destinatários suas mensagens endereçadas ao comportamento. Para traduzi-las nos códigos especiais, ela depende do direito, o qual tem o contato com o dinheiro e poder administrativo. O direito funciona como uma espécie transformadora, o qual impede, em primeiro lugar, que a rede geral da comunicação, socialmente integradora, se rompa. (HABERMAS, 1997c, p. 82)

Ao falarmos em Direito, adentramos no aspecto que mais nos interessa neste artigo no que diz respeito ao pensamento habermasiano: a democracia. Habermas parte do pressuposto que o direito legítimo depende da democracia, e, assim, faz uma análise sobre o que comprehende como tal regime. Nas palavras de Habermas:

A fim de obter critérios precisos para a distinção entre princípio da democracia e princípio e princípio moral, parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros de direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. (HABERMAS, 1997c, p. 145)

Fica mais claro o percurso até aqui. A legitimidade do Direito para Habermas depende da democracia, pois ela é o regime que permite, em um Estado laico, levar em consideração os diferentes tipos de discurso. Essa democracia é a deliberativa, na qual os cidadãos devem participar ativamente das decisões democráticas: “o processo democrático, na medida em que satisfaz as condições de uma formação inclusiva e discursiva da opinião e da vontade, justifica uma presunção de aceitabilidade racional dos resultados” (HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 29).

O Estado Democrático de Direito permite, em sua constituição, a participação ativa dos seus cidadãos. Mas também é possível que um indivíduo nada tenha a contribuir para o processo democrático, sendo apenas um destinatário do Direito. É uma escolha individual:

De destinatários do direito espera-se apenas que, no exercício de suas liberdades (e pretensões) subjetivas, não ultrapassem os limites legais. Deles se exige que obedecam às leis obrigatórias da liberdade, mas de

cidadãos que exercem o papel de colegisladores democráticos, espera-se outro tipo de motivação e atitude. (HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 33-34)

Com tais considerações, é possível defender a democracia como sendo o regime propício para a participação social, que é fundamental no reconhecimento, na promoção e no respeito ao meio ambiente urbano.

4.1. Proteger e Promover o Direito Fundamental ao Meio Ambiente: A Participação Social

Sendo o meio ambiente um direito fundamental implícito na qualidade da vida humana, cerne do Estado Democrático de Direito e, portanto, recepcionado pelas constituições modernas, nomeadamente a brasileira e a espanhola, o passo seguinte não poderia ser outro que não os princípios da proteção e da promoção do meio ambiente saudável em que a Dignidade ganha centralidade. Isso nos conduz à garantia do espaço da participação como especificidade de legitimação pública das iniciativas em prol do meio ambiente saudável e seguro para as gerações.

Sobre o tema da proteção jurídica dos direitos fundamentais, fala Yarza sobre a importância da

[...] relevancia de la conexión entre medio ambiente y los llamados deberes de protección que no solo as intervenciones en los derechos fundamentales, sino también los 'peligros' para estos derechos, pueden dar lugar a abrogaciones positivas [...]. (YARZA, 2012, p. 102-103)

Tal constatação, nesse contexto, gera a obrigação estatal na promoção de iniciativas projetivas em prol do meio ambiente.

O meio ambiente, no contexto brasileiro, assegurado pelo artigo 225 da Constituição, adverte José Afonso da Silva que “[...] integra, na sua complexidade, a disciplina urbanista, mas se revela como social, na medida em que sua concreção importa em prestação do Poder Público” (SILVA, 2015, p. 320).

E, sobre a importância da participação nos termos da democracia descrita acima que delinea-la no processo de construção e de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente, adverte Miguel Angel Sanches Ramos:

El tema de la participación ciudadana está bastante ligado con la democratización como proceso de apertura de estructura y instituciones para acercar y organizar una relación entre gobierno y gobernados más directa y funcional. (RAMOS, 2009, p. 86)

O termo participação, utilizado por Ramos, citando Nohlen (2006), recebe a importância do tomar parte, congregar diferenças, organização das pessoas que guardam motivos comuns. Participar e intervir nos assuntos que podemos e devemos decidir, imprimindo o interesse individual no processo de formação e de governabilidade democrática.

Assim define Ramos: “Por participación ciudadana se entende aquel proceso por el cual los sujetos, a título individual o colectivo, desarrollan una acción tendiente a vincular una experiencia o una opinión con los ámbitos público o político” (RAMOS, 2009, p. 91).

Por fim, para efetivar direitos fundamentais necessário se faz pensar, dentro do processo democrático, a importância da participação cidadã e, mais, entendê-la como condição de legitimidade das decisões e iniciativas públicas em defesa da vida que passa pelo reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental.

5. Conclusões

O presente texto explicitou, em primeiro lugar, a ideia do enquadramento do meio ambiente como direito fundamental e, nesse sentido, a maioria dos autores justificam a inclusão do meio ambiente no rol dos direitos fundamentais pautado na ideia da primazia da vida, cerne unificador das constituições cujo o princípio basilar é a dignidade humana.

Assim, mesmo que o texto Constitucional não o consagre como fundamental, como é o caso da Constituição Espanhola, o fundamento basilar da necessidade de preservar e proteger o meio ambiente se funda na dignidade humana e, portanto, na centralidade da vida.

Por isso, Direitos humanos, no presente trabalho são entendidos como aqueles intrínsecos às pessoas humanas, protegidos pelas constituições e ilustrados por muitos documentos internacionais e direitos fundamentais os reconhecidos pelo texto constitucional com fundamento precípua na dignidade humana, na defesa da vida.

Nesse sentido, a democracia, no presente texto, se apresenta como ponte necessária para que o cuidado, o reconhecimento e a participação social sejam elementos fundamentais na preservação da vida. Assim, com Jürgen Habermas, buscou-se pensar o papel fundamental da democracia para a garantia da participação social em defesa da vida que tem como condição a preservação do meio ambiente em sua conexão com a garantia constitucional da vida digna e adequada.

Por último, em defesa da importância da participação democrática, o texto buscou delineá-la, no processo de construção e de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente, nos moldes que nos adverte Miguel Angel Sanches Ramos em que o tema da participação requer a democratização e abertura de estruturas e instituições, como forma de garantia do reconhecimento e da proteção do direito fundamental ao meio ambiente.

Assim, o meio ambiente se constitui em um direito fundamental implícito na qualidade da vida humana, cerne do Estado Democrático de Direito, recepcionado pelas constituições modernas, cujos princípios da proteção e da promoção do meio ambiente saudável garantirão à dignidade humana a centralidade da proteção da vida saudável e segura para as gerações.

6. Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 49^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Edson Fereira de. **Meio Ambiente e Direitos Humanos**. 2^a ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- CARVALHO, Newton Teixeira; RIOS, Mariza. Copa do mundo, olimpíadas e estado de exceção – Uma constante e permanente negativa de direitos fundamentais, inclusive com a suspensão de nosso ordenamento jurídico em prol da soberania Fifa. In: CARVALHO, Newton Teixeira; REIS, Émilien Vilas Boas (Coord.). **Cidade, Eventos Esportivos e Estado de Exceção**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992 – ECO-92 ou RIO-92. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Agenda-21/capitulo-01-conferencia-das-nacoes-unidas-sobre-o-meio-ambiente-e-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GARCIA, José Eugenio Soriano; CURIEL, Pedro Brufao. **Claves de Derecho Ambiental I**. Madrid: Iustel, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa II: Crítica de la razón funcionalista**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1992.

_____. Teorías de la verdad. In: HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Catedras, 1997a, p. 113-158.

_____. ¿Qué significa pragmática universal? In: HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Catedras, 1997b, p. 299-368.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. 1**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997c.

_____. **Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999.

_____; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**. Trad. Alfred J. Keller. Aparecida: Ideias e Letras, 2007.

HERRERO, Francisco Javier. O “ethos” atual e a ética. **Síntese Rev. de Filosofia**. Belo Horizonte, vol. 31, n. 100, 2004, p. 149-161.

KAUFMANN, Matthias. **Em defesa dos direitos humanos**: considerações históricas e de princípio. Trad. Rainer Patriota. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAC DOWELL, João Augusto. Ética e Direito no pensamento da Henrique de Lima Vaz. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 09, jan./jun. 2007, p. 237-273.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática**. São Paulo: Loyola, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano de 1972**. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc> Acesso em: 19 jan. 2015.

ORDINE, Nuccio. **La utilidad de lo inútil**. Traducción de Jordi Bayod. Barcelona: Acantilado, 2013.

- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais:** uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIOVESAN, Flávia C. **Direitos humanos e o direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAMOS, Miguel Angel Sanches. La participación ciudadana em la esfera de lo publico. **Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal.** Disponível em: <www.redalyc.org>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- TIMM, Ricardo. A dignidade humana desde uma antropologia dos intervalos – uma síntese. **Veritas.** Porto Alegre, vol. 53, n. 2, abr-jun. 2008, p. 120-149.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Meio Ambiente e Desenvolvimento: formulação, natureza jurídica e implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará.** Fortaleza, v. 9, n. 11, p. 11-42, 1992.
- VICHI, Bruno de Souza. **Política Urbana** – Sentido jurídico, competência e responsabilidades. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- YARZA, Fernando Simón. **Medio Ambiente y derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudos Políticos Constitucionais, 2012.

O DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO MECANISMO DE CONSTRUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

GABRIELA SOLDANO GARCEZ

Advogada e Jornalista diplomada. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Processual do Trabalho, pela Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Ambiental (bolsista CAPES) e Doutoranda em Direito Ambiental Internacional (bolsista CAPES), ambas pela Universidade Católica de Santos. Conciliadora capacitada pela Escola Paulista da Magistratura.

CONSTANÇA GONZAGA JUNQUEIRA DE MESQUITA

Sócia da “Da Costa Fernandes Advogados”. Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Doutora em Direito Civil, pela Universidade de São Paulo.

Resumo

É inegável, na atual sociedade globalizada e de informação, o papel fundamental dos veículos de comunicação de massa para a formação da opinião pública sobre os mais diversos temas. Daí, a importância da liberdade de imprensa, um dos pilares na edificação de um real Estado Democrático de Direito por exercer funções sociopolítica e cultural manifestas, na medida em que, através da concessão de informação de qualidade, tem o potencial de contribuir para a obtenção e execução de direitos fundamentais, tais como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista que contribui para a formação da opinião pública em prol do desenvolvimento sustentável. Nesta linha de raciocínio, o presente trabalho visa, primeiramente, analisar o direito à liberdade de imprensa, indicando de que modo a informação tornou-se condição essencial para a democracia. Em seguida, aborda a utilização da comunicação a favor do meio ambiente, ponderando sobre de que forma a atuação consciente dos veículos de comunicação de massa pode contribuir para o avanço no caminho do desenvolvimento sustentável. Por fim, avalia a promoção da cidadania por meio da informação de qualidade, no contexto atual de governança global e globalização.

Palavras-chave

Desenvolvimento Sustentável; Comunicação Social; Informação; Participação; Liberdade de Imprensa; Veículos de comunicação de massa; Democracia.

Abstract

It is undeniable, in today's global and information society, the fundamental role of the mass media for the formation of public opinion on various topics. Hence the importance of press freedom, one of the pillars in building a real democratic state, for exercise social, political and cultural functions, in that, by granting quality information, has the potential to contribute to the adoption and enforcement of fundamental rights, such as an ecologically balanced environment, considering that contributes to the formation of public opinion in favor of sustainable development. In this line of reasoning, this paper aims, at first, to analyze the right to press freedom, indicating how the information has become an essential condition for democracy. Then, it addresses the use of communication in favor of the environment, pondering how the conscious action of the mass communication media can contribute to the progress towards sustainable development. Finally, this paper evaluates the promotion of citizenship through quality information, in the current context of globalization and global governance.

Key words

Sustainable Development; Media; information; participation; Freedom of the Press; Mass communication vehicles; Democracy.

1. Introdução

A imprensa serve ao público através da informação.

A concessão de informação de qualidade permite repassar valores e questionamentos, contribuindo para cimentar a relação da comunicação e a grande massa receptora destas informações (a população), bem como destacar a influência que exerce sobre a formação da opinião pública, inclusive no que se refere a proteção e defesa do meio ambiente, ao colaborar para a construção de um futuro baseado no desenvolvimento sustentável.

Neste contexto, diante da importância dos veículos de comunicação de massa na atual sociedade da informação, o presente trabalho visa, primeiramente, analisar o direito à liberdade de imprensa, indicando de que modo a informação tornou-se condição essencial para o Estado Democrático de Direito.

Em seguida, aborda a comunicação a prol do meio ambiente, ponderando sobre de que forma a atuação consciente dos veículos de comunicação pode contribuir para o desenvolvimento sustentável.

Por fim, avalia a promoção da cidadania por meio da informação de qualidade, na medida em que fornece subsídios para a participação qualificada da população, que, po-

derá a partir daí, participar dos debates sobre a matéria, no contexto atual de governança global e globalização.

2. Do Direito Humano Fundamental à Liberdade de Imprensa – A Informação como Condição Essencial para a Democracia

Onde há vida há comunicação.

Os sistemas de comunicação deram início (ou ao menos contribuíram) aos avanços da civilização humana, uma vez que a partir do domínio dos mais variados meios de comunicação de massa iniciou-se as mudanças críticas na evolução humana.

Foi a crescente capacidade para comunicar-se cabal e perfeitamente que levou ao desenvolvimento crescente de complexa tecnologia e a mitos, lendas, explicações, lógica, hábitos, e às regras complexas para o comportamento que possibilitaram a civilização (DEFLEUR, 1993, p. 22).

Sempre que há mudança na comunicação, há evolução. Por isso, a história humana pode ser contada a partir do desenvolvimento da comunicação.

A primeira das grandes Eras da comunicação foi a Era dos Símbolos e Sinais, que surgiu na era pré-hominídea, muito antes do homem caminhar ereto. Nesta época, a comunicação dava-se através de respostas instintivas, por meio de ruídos e movimentos corpóreos, sendo certo que não havia quase nenhum comportamento adquirido através da comunicação com outros seres. Com o passar dos anos, os sinais foram ficando cada vez mais elaborados a partir do aprendizado adquirido observando os demais. Porém, ainda não havia qualquer sinal de linguagem falada.

As primeiras formas humanas se comunicavam através de sons primitivos, gestos, sinais, expressões faciais e posturas, que adotavam em relação aos demais. Os outros tinham de interpretar. Por esta razão, a comunicação entre os seres não era rápida, mas sim restrita ao que o outro podia deduzir naquele determinado momento.

Dessa forma, os meios de comunicação eram demasiadamente complicados e inefficientes. Entretanto, estes meios permitiam aos seres primitivos pensar e inovar. Este é um dos efeitos mais remotos da comunicação.

Com o aparecimento de uma das formas do Homo Sapiens, o Cro-Magnon, os seres humanos entraram na Era da Fala e da Linguagem. É neste período que surgem as tão famosas pinturas rupestres. Tais pinturas foram as precursoras da escrita e, consequentemente, as primeiras formas de armazenamento de informações.

Nesta época, a linguagem falada é a única conhecida pelos indivíduos. Foi com a linguagem que o ser humano pode aprender, lembrar e transmitir qualquer tipo de mensagem. A criação da civilização teria sido impossível sem a linguagem.

Posteriormente, houve a transição para a Era da Escrita, quando as letras passaram a significar sons.

A interpretação de determinada imagem gráfica passou a ser uma só para todos os indivíduos, o que facilitou a comunicação. A distância e o tempo não eram mais nenhum empecilho, mas sim a forma de transportar a escrita de um local para outro.

Para facilitar o transporte, os egípcios criaram o papel, utilizando o papiro. Esse foi o primeiro veículo de comunicação da História. Posteriormente, em 1455, foi produzido por Gutenberg, na cidade alemã denominada Mainz, o primeiro livro por uma prensa com tipos móveis fundidos em metal. Dava-se início a Era da Imprensa.

Antes da impressão, os livros eram de difícil acesso, uma vez que tinham de ser reproduzidos a mão e, por esta razão, eram extremamente raros e caros. Entretanto, com a invenção da prensa milhares de cópias podiam ser realizadas sem qualquer erro de grafia.

Já em 1621, surgiram os precursores dos jornais, os chamados Corantos, que traziam informações sobre o estrangeiro. Infelizmente, não tinham publicação regular, pois eram regulados pelo governo de seus respectivos países de origem.

Com o tempo e aperfeiçoamento das informações, surgiu o primeiro jornal. Com técnica rápida de impressão e baixo custo para a distribuição, o jornal ficou conhecido como “penny press”, ou seja, “jornal do tostão” (porque custava apenas “um tostão”), em 1830, na cidade de Nova York. Assim, o primeiro jornal de massa chegou às ruas de Nova York em 1834, criado por Benjamin H. Day, com o nome de New York Sun, sobre notícias locais, histórias de interesse coletivo e sensacionalismo.

O telégrafo e até o navio a vapor contribuíram para a coleta das informações e como meio de transporte para os jornais elaborados. A partir daí, o jornal de massa espalhou-se por todas as partes do mundo.

No Brasil, o primeiro jornal impresso surge em 1808: A Gazeta do Rio de Janeiro e, em 1822, o Correio Braziliense, sob direção de José Hipólito da Costa, em Londres.

Os “novos” veículos de massa (jornais, revista e livros) traziam mudanças na estrutura social e política, rompendo todas as barreiras até então existentes entre as pessoas nos mais diferentes lugares do mundo.

Há quatro fatores que tornam os novos veículos bem mais eficientes do que os processos de comunicação de qualquer sociedade anterior. Os novos meios eram mais eficazes, disse ele, em termos de: 1) expressividade, por incluírem uma ampla gama de ideias e sentimentos; 2) permanência do registro, ou a superação do passar do tempo; 3) presteza, ou a superação do espaço; 4) difusão, ou acesso a todas as espécies de homens (DEFLEUR, 1993, p. 40).

Assim, com o acesso de todos aos jornais e com o aumento das mídias elétricas (como o telefone) surge a Era da Comunicação de Massa, que sofreu um grande impulso no século XX, com a invenção da televisão (meio de comunicação de massa por excelência, pois é o que possui atualmente maior alcance), filme e rádio, que contribuem para a modificação da sociedade até hoje.

Recentemente, ingressamos na Era dos Computadores, com o advento da World Wide Web, o que contribuiu fundamentalmente para a modificação dos veículos de massa que conhecemos hoje.

Tais Eras foram os passos iniciais da História da Imprensa, que, atualmente, engloba qualquer meio de comunicação de massa, ou seja, os meios que passam informações diversas para a população em geral.

Ainda em 1776, a *Bill of Rights*, do Estado de Virgínia, nos Estados Unidos (que inspirou a Declaração dos Direitos do Homem, criada em 1789), ditava que: “*A livre comunicação do pensamento e da opinião é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, por conseguinte, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, porém, pelos abusos desta liberdade nos casos determinados em lei*” (MIRANDA, 1994, p. 41).

Tal preceito encontra-se na Constituição Federal, de 1988, no artigo 5º, incisos IX e XIV: “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”, e, “*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”.

Há respaldo, ainda, no artigo 220, da mesma Constituição Federal:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A conjunção de tais artigos leva ao entendimento de que, o direito à liberdade de imprensa configura um direito fundamental de primeira dimensão, na medida em que constitui uma liberdade pública, devendo ser respeitado pelo Estado, por garantir dignidade e condição de vida minimamente adequadas, proibindo os excessos do Estado, além de “*dar melhores condições no desenvolvimento da personalidade humana no contexto social*” (GUERRA, 2004, p. 37).

Percebe-se que, falar do direito à liberdade de imprensa é referir-se ao direito à informação, uma vez que os veículos de comunicação, além de exercerem o direito à libe-

dade de imprensa, garantem à “massa” o direito de informar e serem informados, pois a imprensa é, na atualidade, uma das poucas formas da população ter contato com os acontecimentos no Brasil e no mundo, sendo, portanto, “*o pulmão através do qual o povo respira*” (MIRANDA, 1994, p. 65).

O direito de informação (...) integra três níveis: o direito ‘de informar’, o direito ‘de se informar’ e o direito ‘de ser informado’. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito a ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado pelos meios de comunicação e pelos poderes públicos (...) (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 81).

É, portanto, a comunicação realizada em série, com o objetivo de atingir a maior quantidade de indivíduos possível: a “massa”, ou seja, todas as pessoas que estão submetidas aos meios de comunicação (dependentes e fascinados) e, que a eles fazem referência.

É certo que, nos primórdios de sua vulgarização, a palavra imprensa englobava num mesmo conceito todos os produtos das artes gráficas, das reproduções por imagens e por processos mecânicos e químicos envolvendo livros, gravuras, jornais e impressos em geral, hodiernamente em virtude de seu grande desenvolvimento, essas mesmas artes se subdividiram, esgalhando-se em planos distintos, firmando cada qual uma nova especialidade, não sendo mais possível jungir a imprensa ao conceito dos velhos tempos (GODOY, 2001, p. 59).

Assim, o direito a informação, antes entendido apenas como um direito individual, ganha nuances, na realidade, de direito coletivo, “*posto que abriga interesses particulares, coletivos e gerais*” (SILVA, 1989, p. 230).

O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses direito, em direitos de feição coletiva (GODOY, 2001, p. 59).

No âmbito internacional, o direito ao acesso a informação é garantido pelo Princípio 11, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Ademais, há previsão no Princípio 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Todos têm direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras.

Há, ainda, disposição sobre a matéria no artigo 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

A Constituição Federal de 1988 traz o princípio da informação no artigo 5º, inciso XXXIII:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Por informação entende-se, segundo o artigo 4º, inciso I, da Lei nº. 12.527/11, todos os “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”.

É fonte de conhecimento, tendo em vista que, no momento em que se informa, faz-se um registro daquilo que já existe ou que está em vias de existir, oferecendo a possibilidade de uma escolha fundamentada.

“Aquele que detém a informação coloca-se, inegavelmente, numa posição de vantagem aos demais” (RODRIGUES, 2002, p. 255), pois a partir deste conhecimento, a população pode ter voz ativa em debates, pois terá condições de compreender e orientar as discussões, influindo nos acontecimentos.

Isso ocorre, porque, conhecimento é o “*conjunto de declarações organizadas sobre fatos ou ideias, apresentando um julgamento ponderado ou resultado experimental, que é transmitido a outros por intermédio de algum meio de comunicação, de forma sistematizada*” (CASTELLS, 1993, p. 2003).

A informação torna-se, neste sentido, base e fundamento para a tomada de qualquer decisão, pois é condição para a análise dos fatos de forma segura.

O progresso tecnológico transformou a informação em um bem jurídico capaz não só de satisfazer a necessidade de saber, como também de influir decisivamente no seu uso. Proteger a capacidade de reflexão é o que se propõe o direito de informação (CARVALHO, 2003, p. 209/2010).

Com isso, a informação e, consequentemente, os veículos de comunicação têm função essencial para a sustentação da democracia, na medida em que fornecem meios suficientes e adequados para que cada cidadão tenha a habilidade e a capacidade de participar da vida pública, ao propiciar a formação de opinião, criando a possibilidade da chamada “*democracia deliberativa*” (THOMPSON, 2001, p. 220), onde a decisão será baseada num processo de deliberação geral, que parte do pressuposto de que o indivíduo deve receber a necessária informação para a avaliação de diferentes pontos de vista, para, somente então, formar a sua opinião sobre o assunto, influindo no resultado final.

Por democracia deliberativa, entendo a concepção de democracia que trata todos os indivíduos como agentes autônomos, capazes de formar juízos razoáveis através da assimilação de informações e diferentes pontos de vistas, e que institucionaliza uma variedade de mecanismos para incorporar os juízos individuais num processo coletivo de tomada de decisão. O processo de deliberação é necessariamente aberto. Quanto mais informação estiver disponível e mais os indivíduos poderem considerar os argumentos e reivindicações dos outros, tanto mais poderão gradualmente modificar seus pontos de vista, formar juízos de valor (THOMPSON, 2001, p. 220/221).

O efeito desta ideia, em relação aos veículos de comunicação de massa, é que estes são os responsáveis mediados por formar os juízos de valor nos indivíduos sobre assuntos

de seus interesses, podendo, inclusive, articular opiniões daqueles que seriam marginalizados ou excluídos de certa visibilidade pública e política.

Quanto mais os indivíduos forem capazes de participar na deliberação de questões que lhes dizem respeito, e quanto mais os resultados de tais deliberações forem alimentados com procedimento que realizem a decisão, maiores serão as chances da democracia na organização política e social que modelam suas vidas (THOMPSON, 2001, p. 222).

Assim, a democracia só existe com a possibilidade de acesso a informação. “*O desinformado é um mutilado cívico*” (MACHADO, 2006, p. 48).

3. A Comunicação em Prol do Meio Ambiente – A Construção do Desenvolvimento Sustentável por Meio da Atuação Consciente dos Veículos de Comunicação de Massa

Diante da relação intrínseca entre informação e democracia, percebe-se o compromisso dos veículos de comunicação para o exercício da liberdade de imprensa, pois, sob o pretexto de informar os fatos ocorridos, a mídia não pode violar direitos, tais como a intimidade, privacidade e honra.

Sempre que houver excesso no direito de informar, seja este excesso culposo ou doloso, caracteriza-se o abuso. “*Quer na exposição das ideias ou enunciação do pensamento, quer na maneira de buscar as fontes de informação, não pode o interessado transcender os lindes que a lei impõe, sem incursionar na área delituosa*” (MIRANDA, 1994, p. 129).

Todo cidadão que for atingido, considerando-se ofendido diante de uma matéria vinculada por meio de um determinado veículo de comunicação de massa, pode (e deve) repelir pelos meios legais toda a ofensa sofrida.

“*A imprensa é livre para a divulgação de informações, fatos, notícias, crônicas, críticas etc., não para divulgar ofensas, deturpar a verdade, pregar a sedição, fazer a apologia a crimes e servir de veículo a fins extorsionários*” (MIRANDA, 1994, p. 70).

Entretanto, não se pode confundir verdade com ofensa e, mesmo que o fato seja verdadeiro, não se pode exagerar ao veiculá-lo, tornando a notícia tendenciosa (difundida para atingir fim diverso daquele inicialmente pretendido).

“*Já que as notícias são o material que as pessoas usam para aprender e pensar sobre o mundo além de seus próprios mundinhos, o mais importante é que a informação seja boa e confiável*” (KOVACH; ROSENSTIEL, 2003, p. 61).

Estas restrições são necessárias para a manutenção da paz social, tendo em vista a influência que pode exercer sobre coletividade, por ser uma das poucas formas da população

ter contato com os acontecimentos no Brasil e no mundo, e, por isso, deve ter limites a serem seguidos.

Assim, a mídia de forma geral tem grande papel na opinião da população, uma vez que estes veículos produzem os mais variados tipos de conteúdo, tornando-se os meios de formação da opinião pública, pois entregam ao público os ingredientes necessários para formar sua opinião, exercendo controle social.

“Opinião pública é o julgamento formado e levado em consideração por aqueles que constituem o público e diz respeito a negócios públicos” (BAHIA, 1964, p. 59).

A opinião pública nada mais é, portanto, do que o julgamento que o público faz de determinadas notícias vinculadas pelos meios de comunicação. Daí, a responsabilidade e a obrigação de diligenciar para que as notícias tenham a característica primordial da verdade, transparecendo a atuação consciente dos meios de comunicação, conforme o que determina os princípios descritos no artigo 221, da Constituição Federal de 1988, que faz parte do Capítulo sobre a “Comunicação Social”.

Entre tais princípios, vale destacar os incisos I e IV, que descrevem, respectivamente, que a produção e programação devem dar *“preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”*, bem como respeitar *“os valores éticos e sociais da pessoa e da família”*.

Disso extrai-se que o jornalismo deve ter responsabilidade quanto as informações que concede à sociedade. Responsabilidade que se infere inclusive nas matérias referentes a temática ambiental.

A comunicação social deve estar voltada à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando a manutenção da qualidade de vida das presentes e futuras gerações, bem como privilegiando o desenvolvimento sustentável.

Esse preceito constitucional é de extrema importância para garantir à coletividade os meios de ação diante de atividades de risco. De fato, atitudes preventivas e corretivas somente poderão ser tomadas se as informações ambientais, geralmente concentradas em órgãos especializados, forem divulgadas junto à população (CODONHO, 2014, p. 110).

A comunicação é, atualmente, o viés capaz de enriquecer o caminho para um desenvolvimento baseado no conceito de sustentabilidade, proposto pelos novos paradigmas socioambientais.

O estudo denominado “Nosso Futuro Comum”, também conhecido como Relatório Brundtland (realizado entre 1983 e 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), criada pela Assembleia Geral da ONU), apresenta o conceito de “desenvolvimento sustentável”, tendo por base uma proposta

de estratégia ambiental de longo prazo, visando a cooperação entre os países pela preocupação ambiental.

[O desenvolvimento sustentável é] aquele que atende às necessidades (que são determinadas social e culturalmente) das gerações atuais sem comprometer a capacidade das futuras gerações terem suas próprias necessidades – utilizar recursos naturais sem comprometer sua produção, tirar proveito da Natureza sem devastá-la e buscar a melhoria da qualidade de vida à sociedade (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 10).

Desenvolvimento sustentável é, segundo a Comissão Mundial,

um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 9).

Dentre os mecanismos eficazes para a associação e equilíbrio entre o desenvolvimento socioeconômico e o respeito aos valores ambientais (estrutura do tripé econômico, social e ambiental, formador do desenvolvimento sustentável, conforme artigo 4º, inciso I, da Lei nº. 6.938/81, mais conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente, ao afirmar que o desenvolvimento econômico-social deve ser compatível com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, indicando assim os três pilares inseparáveis que compõe o desenvolvimento sustentável: econômico, ambiental e social), encontra-se a informação.

Assim, para que este “*processo de transformação*” (mencionado pela Comissão Mundial) possa alcançar o fim a que se destina, é necessário que a comunicação social esteja voltada para a mesma finalidade, para que a população possa (a partir da informação de qualidade) compreender as suas próprias necessidades primárias e as do outro, bem como as utilidades dos recursos existentes, ou seja, o objetivo da informação ambiental deve ser instruir toda a comunidade nos princípios de sustentabilidade, justiça social e ambiental, precaução e prevenção, entre outros, visando a melhoria da qualidade de vida.

“*A comunicação constrói sentidos que implicam associar, relacionar e contextualizar considerando que a trama de interações com o outro e com o meio reconfigura a realidade*” (ARAUJO; ROSSI, 2008, p. 71).

Neste contexto, reconhece-se aos veículos de comunicação de massa “*a força estimuladora de imaginários*” (SILVA, 2001, p. 176), pois a atuação destes permite alimentar o conhecimento da população acerca do que é necessário para a construção de um futuro baseado no desenvolvimento sustentável, ampliando a discussão sobre o tema.

É indispensável a relação do homem com o meio ambiente de forma consciente e racional, em que a sustentabilidade criará chances para a abertura do desconhecido, para um futuro apropriado e novo, invencível ao presente, em cujo processo de desenvolvimento participante todos deverão se envolver (ARAUJO; ROSSI, 2008, p. 70).

4. A Promoção da Cidadania por Meio da Informação de Qualidade, no Contexto da Governança Global

No atual contexto de governança global e processos intrínsecos de globalização, a importância da comunicação para o desenvolvimento sustentável deve ser reforçada, uma vez que tem o potencial de oferecer instrumentos para mudanças de pensamento em contextos muito mais abrangentes e, inclusive, geopolíticos.

A governança se tornou uma expressão comum, desde o início do século XXI, nas áreas das Ciências Humanas, Sociais Aplicadas e afins, como sendo imprescindível para os processos de desenvolvimento tanto econômico quanto social, além de solução para problemas comuns entre Estados e atores não estatais, tendo em vista que é

cada vez maior a preocupação em estabelecer formas e mecanismos de gestão compartilhada do poder, de maneira transparente, onde Estados, Organizações Internacionais, empresas multinacionais e organizações da sociedade civil possam ter papel relevante (GONÇALVES, 2014, p. 83).

A expressão “governança” assume caráter específico para designar a capacidade exigida de organizações e governos para a gestão adequada do desenvolvimento sustentável, “*adotando políticas sociais e ambientais mais rigorosas, e garantindo um papel mais ativo para cidadãos e agentes locais*” (GONÇALVES, 2014, p. 84).

O atual conceito surgiu através da Comissão sobre Governança Global, criado pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1992, como sendo:

a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pela qual é possível acomodar interesses conflitantes e realizar ações cooperativas. Governança diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e instituições (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996, p. 2).

O crescente interesse para o estabelecimento de formas de governança nas mais diferentes áreas do conhecimento decorre da globalização, que pode ser entendida como o processo de integração do que acontece no mundo com características de instantaneidade e velocidade, além de possuir caráter polissêmico e multifacetado, uma vez que abrange

mais de uma área, como, por exemplo: cultural, política, jurídica, econômica, entre outras, de modo complexo (SANTOS, 2005, p. 32).

Globalization is not a specific object, instead, it is a process. Or more precisely, globalization is a set of accumulating process, resulting from and generating a dialectical whole of political, economic technological, and cultural changes. I define globalization as a multidimensional phenomenon that embodies a shift in organization of human activity and the deployment of power from a local and national orientation towards global patterns, a rising interconnectedness on a global sphere, and a rising awareness of this interconnectedness (PIERIK, 2004, p. 454/455).

Com isso, percebe-se que, a globalização tem claramente encolhido as distâncias e aproximado as pessoas.

Não existe uma definição única e universalmente aceita para a globalização. Como acontece com todos os conceitos nucleares das ciências sociais, seu sentido exato é contestável. A globalização tem sido diversamente concebida como ação à distância (quando os atos dos agentes sociais de um lugar podem ter consequências significativas para “terceiros distantes”); como compressão espaço-temporal (numa referência ao modo como a comunicação eletrônica instantânea vem desgastando as limitações da distância e do tempo na organização e na interação sociais); como interdependência acelerada (entendida como a intensificação do entrelaçamento entre economias e sociedades nacionais, de tal modo que os acontecimentos de um país tem um impacto direto em outros); como um mundo em processo de encolhimento (erosão das fronteiras e das barreiras geográficas à atividade socioeconômica); e, entre outros conceitos, como integração global, reordenação das relações de poder inter-regionais, consciência da situação global e intensificação da interligação inter-regional (HELD; McGREW, 2001, p. 11).

Por conta disso, a globalização abre espaço para a solução dos problemas com base na governança global, uma vez que defende a participação dos atores interessados naquele determinado conflito, em nome de uma coexistência social harmoniosa.

Dessa forma, para a prática da “boa governança”, é necessário o reconhecimento de que problemas comuns exigem ações conjuntas, além da participação dos Estados, por meio da chamada “participação ampliada”, ou seja, atores não estatais, que podem ser definidos como todos os agentes que não pertencem a estrutura estatal, mas atuam num determinado plano (seja nacional ou internacional), produzindo seus efeitos e, consequentemente, gerando influência. Não é um processo, portanto, que exclui a participação dos Estados, mas sim que implica na participação dos mais variados agentes, pois permite a existência e influência de uma infinidade de atores, que contam com suas próprias estruturas e processos de decisão, o que é corroborado por uma das conclusões do relatório da

Comissão sobre Governança Global: “*uma enorme variedade de atores pode estar envolvida em qualquer área da governança*” (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996, p. 3).

Governança diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendem aos interesses de pessoas e instituições (...). No plano global, a governança foi vista primeiramente como conjunto de relações intergovernamentais, mas agora deve ser entendida de forma mais ampla, envolvendo organizações não governamentais (ONG), movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capital globais. Com estes interagem os meios de comunicação de massa, que exercem hoje enorme influencia (BIERMANN; PATTBERG, 2012, 281).

Em suma, “*governança é um fenômeno mais amplo do que governo; abrange as instituições governamentais, mas implica também em mecanismos informais, de caráter não-governamental*” (ROSENAU, 2000, p. 15/16).

Neste contexto, a informação exerce papel fundamental, uma vez que a sociedade torna-se dependente de informações, que produzirão efeitos em tempo real, tanto no aspecto global como local. O mundo vai tornando-se, aos poucos, uma grande “aldeia global”.

“*Quando o sistema social mundial põe-se em movimento, modernizando-se, vai-se transformando num espécie de aldeia global. De repente, tudo se articula em um vasto e complexo todo moderno, modernizante e modernizado*” (GUERRA, 2013, p. 454).

Este fenômeno de intensificação das relações em escala mundial é ampliado pela atuação dos veículos de comunicação de massa, principalmente nas últimas décadas com o advento da internet e das ferramentas de redes sociais, que conectaram localidades distantes de tal maneira ao ponto de acontecimentos locais modelarem eventos ocorridos a milhares de distâncias, “*estabelecendo uma globalidade das ideias, padrões e valores socioculturais inimutáveis*” (IANNI, 1995, p. 93), rompendo as fronteiras nacionais e influenciando culturas, regimes políticos e econômicos, entre outros fatores, e, por consequência, reorganizando a sociedade.

A informação passa então a ser o instrumento de conexão deste novo mundo reestruturado com bases na globalização. Com o advento de que, se de qualidade, esta informação tem o potencial de educar a população, inclusive no que se refere a edificação de uma sociedade sustentável, pois, ao influenciar a opinião pública, acaba por determinar os novos rumos do século XXI.

“*Faz-se necessária a difusão de educação capaz de auxiliar na construção do desenvolvimento sustentável, desenvolvimento esse que se dará de forma solidária com o apoio e organização da sociedade como um todo*” (GALLI, 2001, p. 178/179).

Dessa forma, o atual desafio da sustentabilidade ambiental requer uma melhor aplicabilidade de recursos naturais existentes, para garantir ao longo do tempo a interação entre homem e natureza de forma adequada.

As bases dessa nova interação devem estar fundadas na conscientização e na educação da população em relação ao meio ambiente, o que se faz, primordialmente, por meio da informação, que criará condições para que o cidadão se habilite, de maneira adequada, a defender o meio ambiente.

“De nada sirve establecer cauces de participación si la población no cuenta con la información necesaria para formar su propia opinión” (FERRER, 2013, p. 357).

Isso ocorre, porque, os cidadãos com acesso à informação de qualidade têm melhores condições de articular desejos e ideias e, principalmente, de tomar parte nas decisões que lhes dizem respeito diretamente, inclusive no que se refere a direitos indisponíveis, como, por exemplo, o meio ambiente, vez que quando se oferece uma quantidade de informação com qualidade (ou seja, estratégica e relevante para o engajamento ambiental), interfere-se na forma e na intensidade com que a população participará da vida social e política.

A qualidade e a quantidade de informação irão traduzir o tipo e a intensidade da participação na vida social e política. Quem estiver mal informado nem por isso estará impedido de participar, mas a qualidade de sua participação será prejudicada. A ignorância gera apatia ou inércia dos que teriam legitimidade para participar (MACHADO, 2006, p. 34).

O direito à informação torna-se, portanto, essencial à participação social no debate e nas deliberações sobre assuntos de interesse público, uma vez que a informação conduz a atuação e participação da sociedade.

A sociedade civil educada com enfoque ambiental terá visão ecossistêmica da ordem pública jurídica e social e poderá assumir um papel mais participativo no controle da comunidade e do Estado, já que estará melhor qualificada para conseguir provocar a ação socioambiental mais efetiva da Administração Pública (COSTA, 2002, p. 447).

De posse da informação, depois de formada a conscientização ambiental, o ser humano é resgatado da passividade, conquista sua cidadania e pode se envolver ativamente na condução de processos decisórios.

O tema do direito à informação tem uma interface necessária com o direito de o indivíduo ser conscientizado da relevância dos temas relacionados à proteção do meio ambiente e, enfim, como o direito subjetivo de participar das decisões político-administrativas do Estado sob o qual se encontra jurisdicionado (SOARES, 2003, p. 611).

Dessa forma, a informação ambiental é imprescindível para o efetivo exercício do direito (e também do dever) de participar, bem com essencial para avançar no caminho do desenvolvimento sustentável (conforme proposto pela Agenda 21).

“El aumento progresivo del acceso público a la información, la participación y la justicia, produce decisiones más efectivas, justas y legítimas en cuanto a políticas y proyectos, y forma parte de las garantías para transitar hacia el desarrollo sustentable” (GONZALÉZ, 2007, p. 416).

5. Conclusões

A verdadeira missão da imprensa, mais do que a de informar e de divulgar fatos, é a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade (MIRANDA, 1994, p. 51).

É certo que a mídia tem o poder (e a facilidade) de construir a opinião pública. Por esta razão, é função da imprensa não apenas obter e divulgar informações, como também contribuir para a formação de educação e conhecimento, inclusive no que se refere a defesa e proteção do meio ambiente, tendo em vista que grande parte da população somente tem acesso ao conteúdo das informações por meio destes veículos.

Esta situação é intensificada na atual sociedade, em decorrência dos processos de globalização, onde as fronteiras e barreiras geográficas encolheram, aproximando as pessoas e entrelaçando-as, tanto a nível nacional quanto internacional, o que intensifica as consequências sociais significativas da comunicação social.

O encolhimento geográfico e a aproximação de necessidades sociais dos mais diversos lugares e distâncias têm influência direta nos processos de governança, uma vez que, para haja participação efetiva da sociedade no que diz respeito as políticas públicas de meio ambiente, a população deve estar, primeiramente, informada a respeito.

Por isso, o jornalista deve se conscientizar que faz parte de uma das profissões que exigem maior responsabilidade social, tendo em vista que é um dos watchdogs (guardiões) da sociedade e, é claro, da liberdade de expressão e de imprensa.

Neste sentido, a informação torna-se um instrumento indispensável para a consciência da sociedade quanto a proteção do atual patrimônio ambiental disponível, bem como essencial para a edificação de uma sociedade baseada no desenvolvimento sustentável.

6. Referências

ARAUJO, Margarete Panerai; ROSSI, Alberto de Souza. A comunicação social e o desenvolvimento sustentável: caminhos da representatividade. In **Revista Conexão – Comunicação e Cultura**. v. 7. n. 13. Caixas do Sul: UCS, janeiro/julho de 2008.

- BAHIA, Juarez. **Jornalismo, Informação, Comunicação**. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1964.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05.10.1988 – volume 2**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BIERMAN, F; PATTBERG, P. **Global Environmental Governance Reconsidered**. Cambridge/London: The MIT Press, 2012.
- CARVALHO, Luiz G.G.C. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 7ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- CODONHO, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. **Desafios para a concretização da agricultura sustentável no Brasil: uma contribuição do direito para a regulação do uso dos agrotóxicos**. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2ed. Rio de Janeiro: Editora Getúlio Vargas, 1991.
- COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. **Nossa Comunidade Global - Relatório da Comissão sobre Governança Global**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.
- COSTA, José Kalil de Oliveira e. Educação Ambiental, um direito social fundamental. In BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). **Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde/ Imprensa Oficial, 2002.
- DEFLEUR, Melvin Lawrence. **Teorias da Comunicação de Massa**. 5ed. Tradução Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.
- FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. In **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, n. 3, pp. 347-368. Santa Catarina: set-dez 2013, p. 357. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>.
- GALLI, Alessandra. **Educação Ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de Imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.
- GONZALÉZ, Liliana A. Mendoza. Acceso a la justicia ambiental. In BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (orgs.). **12º Congresso Internacional de Direito Ambiental - Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP**. Volume 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.
- GUERRA, Sidney. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- _____. **Curso de Direito Internacional Público.** 7ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Alcindo. Governança Global e o Direito Internacional Público. In JUBILUT, Liliana Lyra (coord.). **Direito Internacional Atual.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- HELD, David; McGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- KOVACH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. **Os elementos do jornalismo.** Tradução de Wladir Dupont. São Paulo: Geração editorial, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e Meio Ambiente.** São Paulo: Malheiros, 2006.
- MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários a Lei de Imprensa.** 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- PIERIK, Roland. Globalization and Global Governance: A Conceptual Analysis. In HEERE, W. P. Heere (org.). **Government to Governance: The Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental – volume 1.** São Paulo: Max Limonad, 2002.
- ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. In ROSENAU, James N; CZEMPIEL, Ernst-Otto. **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial.** Brasília: Ed. UnB: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização: Fatalidade ou utopia.** 3ed. Porto: Afrontamento, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- SILVA, Juremir Machado da. O pensamento contemporâneo francês sobre a comunicação. In HOHLFELDT, Antonio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). **Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências.** Petrópolis: Vozes, 2001.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidade.** 2ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- THOPMSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia.** Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. Petrópolis: Vozes, 1998.

O PERCURSO TEÓRICO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA RECEPÇÃO JURISPRUDENCIAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais junto ao PPGD da UFPR. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil. Professora de Direito Civil do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo demonstrar como o princípio da boa-fé é subtraído do formalismo no qual esteve mergulhado sob a égide do positivismo jurídico do século XIX, e torna-se objeto de criação jurisprudencial, mas sem se libertar completamente dos laços de uma racionalidade positivista. Restrito aos parâmetros do formalismo, mostrou-se impreciso demais para ser aplicado pelo modo de pensar silogístico, o que demandou esforços da metodologia jurídica diante da técnica legislativa das cláusulas gerais, *standards* e princípios jurídicos, com vistas a delimitar seu domínio de aplicação. Eis o que foi alcançado pelas cortes germânicas do Segundo Pós-guerra; a concretização da cláusula geral da boa-fé em figuras típicas, que restam inadmissíveis em seu exercício: *exceptio doli generalis*, *venire contra factum proprium*, *Verwirkung*, *tu quoque*, inalegabilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado de direitos. Delimitado o tema do presente trabalho à função de controle da boa-fé no exercício de prerrogativas individuais, seu percurso encontrou tradução em outros sistemas jurídicos, nos quais ainda predominava o vazio de seu conteúdo. Elegendo-se como espaço de tradução da boa-fé a jurisprudência brasileira, submetem-se seus resultados a uma leitura crítica, revelando a especificidade da tradição jurídico-europeia no direito pátrio. Por fim, indagam-se os limites de uma boa-fé “*prêt-à-porter*”, para a manutenção do positivismo jurídico.

Palavras-chave

Princípio da boa-fé; Positivismo jurídico; Cláusula geral; Jurisprudência.

Abstract

The scope of this article is to demonstrate how the good-faith principle moved away from the formalism into which it was embedded under the aegis of legal positivism of the

19th century, to become the object of jurisprudential creation without, however, totally departing from a certain positivistic rationality. Restricted to the parameters of formalism, it has shown to be too imprecise to be included in a syllogistic way of thinking, which demanded juridical methodology efforts in face of the legislative technique of general clauses, standards and juridical principles in order to delimit its area of application. Here is what German courts in the post-war second period achieved; the concretization of the general clause of good-faith into typical legal concepts, the exercise of which remains inadmissible: *exceptio doli generalis*, *venire contra facum proprium*, *Verwirkung*, *tu quoque*, non *allegeability* of formal nullity, and the unbalanced exercise of rights. We have limited the topic of this article to the function of good-faith control in the exercise of individual prerogatives in the area of economics, and found that the concept is included in other legal systems that lacked it. Having chosen to investigate the concept of good-faith in Brazilian jurisprudence, we have submitted the results to critical examination, revealing the specificity of the European juridical tradition in our own Law. Lastly, we question the limits of a “*prêt-a-porter*” good-faith to maintain juridical positivism.

Key words

Good-faith principle; Juridical positivism; General clause; Jurisprudence.

1. Introdução

No cenário jurídico, assiste-se a uma “efervescência”¹ do princípio da boa-fé,² de modo a suscitar por parte dos juristas as mais diferentes apreciações, seja pelo sentido “subversivo”³ com o qual ele inunda o direito das obrigações, seja pelas dificuldades em conceituá-lo, o que lhe fez merecer a denominação de “*une mer sans rivages*”.⁴ Para tudo isso, há uma razão: a boa-fé apresenta-se como uma “fórmula mágica”,⁵ que invade a estrutura inabalável do contrato, suscitando novas categorias jurídicas, na medida em que confere abertura e mobilidade ao sistema jurídico.⁶

1 STORME, Marcel. *La bonne foi: expression de la postmodernité en droit*. In: DAVID-CONSTANT, Simone. [Org.] **La bonne foi.** Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.

2 Ao se falar do princípio da boa-fé, entende-se como tal a boa-fé objetiva, também denominada de boa-fé contratual ou obrigacional.

3 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: RT, 1999, p. 409.

4 DAVID-CONSTANT, Simone. *La bonne foi: une mer sans rivages*. In: _____. (Org.) **La bonne foi.** Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.

5 Rudolf WIETHÖLTER refere-se a fórmulas mágicas, das quais os juristas, privados de toda tutela originária e indiscutível de sua autoridade, procuram desfrutar das estruturas restantes do encantamento do Direito. (**Le formule magiche della scienza giuridica.** Roma-Bari: Laterza, 1975, p. 27-28)

6 Assim se refere Marcel STORME, op. cit., p. 6.

Voltar-se criticamente para este cenário de superação do positivismo jurídico e dele retirar argumentos em sentido contrário poderia se revelar como paradoxal, pois em períodos de alteração profunda dos dados econômicos e sociais, o princípio da boa-fé surge com vigor em áreas não reguladas pelas codificações, ocupando lugar de destaque na criação e adaptação do Direito.⁷

Ao seguir o traçado da racionalidade moderna, o princípio da boa-fé revela-se como objeto de transferência cultural.⁸ Também denominado transculturação, termo utilizado para designar o empréstimo mútuo de elementos culturais entre povos que mantêm um contato histórico.⁹ No âmbito jurídico, este processo assume a forma de um “transplante jurídico”:¹⁰ a situação de recepção de um Direito estrangeiro, tecnicamente superior, utilizado como elemento de transformação e correção do Direito estrito.¹¹

Dessa maneira, fórmulas típicas, inscritas pela jurisprudência e doutrina alemãs do Segundo Pós-guerra para concretização da boa-fé, são transplantadas para os tribunais brasileiros. Para demonstrar isso, toma-se a boa-fé em seu papel de controle ao exercício de posições jurídicas, delineado pela proibição do *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *Verwirkung (supressio)*, a inalegabilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado de direitos. Nesses casos, a boa-fé resta encerrada em fórmulas típicas, que concretizam os limites de sua aplicação, restando pronta e acabada, por assim dizer, “*prêt-à-porter*”,¹² não obstante o encanto da criação jurisprudencial do Direito.

Por meio desse diálogo com o positivismo, objetiva-se romper o encanto gerado pelo extraordinário desenvolvimento do princípio da boa-fé e submetê-lo a uma leitura crítica. Para tanto, o trabalho se utilizará do método dedutivo, sem descuidar de uma análise jurisprudencial sobre o tema, contextualizado no Direito brasileiro. Segue-se um plano de trabalho divido em duas partes: a primeira evidenciando o percurso do princípio da boa-fé em face da racionalidade jurídica moderna, que assiste sua afirmação e superação, resultando na precisão dos limites do conteúdo deste princípio; a segunda, delineada por um diálogo que se pretende entre o positivismo jurídico e uma boa-fé “*prêt-à-porter*”, encontrada na jurisprudência brasileira por obra de uma transferência cultural da experiência europeia, porém, guardando especificidades.

7 MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra : Almedina, 1997, p. 46.

8 O termo é tomado com base em MENEZES CORDEIRO, **Da boa-fé...**, p. 715.

9 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 147.

10 CAENEDEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 66.

11 CAENEDEM, op. cit., p. 66.

12 Expressão de: NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno** (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001, p. 134.

2. A Boa-Fé como “Um Mar Sem Fronteiras”: Afirmação e Superação da Racionalidade Jurídica Moderna

Inaugurando, entre nós, a concepção de obrigação como um processo, na década de setenta, Clóvis do Couto e Silva rompia o profundo silêncio encontrado no cenário jurídico nacional sobre o princípio da boa-fé, proclamando-o como uma “...vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico”.¹³ Valendo-se de suas incursões pelo direito comparado e de sua concepção do Direito como um sistema aberto, a doutrina nacional ensaiava os primeiros passos no sentido de constituir-se como verdadeira fonte do Direito. Semelhantes investigações ecoaram nas gerações de juristas que lhe seguiram, de tal modo, a se destacar “uma ‘modelagem brasileira’ da boa-fé objetiva de cunho fortemente jurisprudencial”, em uma cultura jurídica marcada por uma “forte tradição legalista de apego à lei em seu aspecto formal, à sua mais espessa literalidade...”.¹⁴

Ao ser resgatada da “inutilidade da interpretação positivista”, a boa-fé ingressa com vigor em épocas de “alteração radical dos dados sociais e econômicos” e em áreas não reguladas pela codificação ou nas quais o Direito estrito mostra-se insuficiente, promovendo a criação e adaptação do Direito.¹⁵ Neste momento, recolhem-se daquele autor pistas para compor um diálogo entre a boa-fé e o positivismo jurídico, indagando-se: é “possível transferir um Direito de uma comunidade jurídica para outra”? O Direito é um fenômeno social e, como tal, é possível de transmissão, ou apenas de aprendizagem?¹⁶ Para responder a estas questões, é necessário retratar a boa-fé em face da racionalidade jurídica moderna e das codificações que lhe seguiram.

2.1. A Boa-Fé e o Percurso da Racionalidade Jurídica Moderna

Ao buscar na Antiguidade as fontes subsidiárias para conter a incompletude de seu Direito, glosadores, comentadores e humanistas dividem-se no tempo, mas aproximam-se na tarefa de estudo de um Direito deslocado de sua época e sociedade, delineando-o sob o dogma da abstração. Em meio à diversidade, o Direito Romano clássico, corporificado no *Corpus Iuris Civilis*, resultou como projeção da unidade religiosa exercida pela Igreja:

13 **A obrigação como processo.** São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 15.

14 MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190.

15 “...assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos arcaicos, seja por fim, realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indicou”. (MENEZES CORDEIRO, **Da boa fé...**, p. 46)

16 **Da boa fé...**, p. 179.

“fiéis teólogos do direito”¹⁷ encontraram na razão escrita o fator de unificação do tecido fragmentado no medievo.

Congregando influências romanas e canônicas, a boa-fé é tomada das fórmulas do *bona fidei iudicium*, criadas pelo pretor, que relativizou o culto mágico da forma, adaptando o Direito estrito às transformações econômicas e sociais do período clássico romano. Ao ser transposta para o Direito Canônico, a boa-fé ganha um sentido teológico, próximo à ausência de pecado, restando subjetivada. Ambas as influências, lançadas no tecido medieval, conferiram à boa-fé o sentido com o qual ingressou no Direito moderno, e que se repetiria em meados do século XX, sob a linha de investigação das cortes germânicas.

Porém, recebida do Direito Romano como valor e experiência jurídica daquele povo, a boa-fé logo se sistematizou nas mãos do jurista moderno, por meio de uma racionalidade calculadora. Trata-se da mentalidade moderna, que é, em boa medida, a metalidade burguesa. Eis que a lógica mercantil requer a previsibilidade e o cálculo, aos quais ela une a abstração. Nestes termos, a recepção do Direito Romano e a ascensão econômica e cultural da burguesia partilham a mesma época, conjugando racionalidade jurídica e racionalidade econômica. Contudo, importou não tanto a absorção das categorias jurídicas delineadas pelos romanos, mas principalmente, o instrumental oferecido pelo seu “pensamento jurídico-formal.”¹⁸ Não obstante toda rejeição à Escolástica, promovida pela burguesia e pelo Humanismo, sob a égide de uma “depuração histórico filológica”¹⁹ das fontes romanas, a abstração converteu-se em seu tema.

Contradictrória em suas ações e intenções, ao mesmo tempo em que empreende um movimento de rejeição ao passado, subtraindo-se à mitologia do medievo, a modernidade inaugura novos mitos. Por conseguinte, a boa-fé revelou-se afeta a uma racionalidade mítica, na qual razão e ciência, antes tão somente esboçadas pela ascensão do capital, conjugam-se na tarefa de imprimir contornos sistemáticos ao Direito.

Da revolução cartesiana recolhe-se uma quebra de paradigmas: a fé deixa-se substituir pela razão. A racionalidade técnica toma lugar como resultado de uma transposição da lógica matemática para as ciências sociais. Eis o triunfo de uma racionalidade científica, que, desde então, não mais abandonaria o Direito. Cunhada por Descartes, em termos utilitaristas, é transposta para o jusracionalismo pelo contratualismo hobbesiano: o Direito transmuta-se em um conjunto de axiomas deduzidos da razão.

17 Expressão de: CASTANHEIRA NEVES, António. **Lições de introdução do estudo do direito.** Proferidas ao curso do 1º ano jurídico de 1968-69 por Castanheira Neves. Coimbra: datilografado por João Abrantes, 1968-69, p. 61.

18 Expressão de: WEBER, Max. **História geral da economia.** Tradução de Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Mestre Jou, [s.d.], p. 299-300.

19 Expressão de: HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia.** Portugal : Europa-América, 1997, p. 137.

Alinha-se uma razão destituída da emoção, do espírito, do ser, evidenciando-se como essencialmente técnica, em contradição à boa-fé que é essencialmente valor, e que se sistematiza nas mãos do jurista moderno. Essa herança sistemática, cunhada pelo jusracionalismo, permaneceria silenciosa na boa-fé até os dias atuais.

No século XVIII, tais contornos não foram dissipados, mas concluídos pelo projeto iluminista da razão: destituí-la de toda a transcendência e dos limites da revelação. Sob a contribuição do idealismo kantiano, o Iluminismo empreende a “crítica da razão pura”, conferindo-lhe fundamento na experimentação. Nestes termos, modificam-se os contornos da razão no século XVIII, em relação ao século XVII: deixa de ser considerada como conteúdo para ser considerada como energia.²⁰

Por conseguinte, após triunfar como “arma de combate” de uma burguesia revolucionária, na luta contra o Antigo Regime, sob a bandeira da codificação, o jusracionalismo é descartado pelo juspositivismo. Contudo, tal oposição delineia-se como uma “falsa simetria”,²¹ uma vez que o positivismo jurídico vale-se da racionalidade lógico-dedutiva e transforma o juiz em um geômetra: o modo silogístico de decidir confere segurança jurídica e aparta todo perigo de arbítrio judicial, que ameaçava a “tábua de valores” da burguesia, presente nos Códigos, na qual toda a sociedade oitocentista era chamada a se reconhecer. Transmuta-se a lógica do legislador racional, cunhado pelo jusracionalismo, para o jurista, sob a égide do juspositivismo.

Nesses termos, a boa-fé foi captada pela codificação. Expressão do monismo jurídico do “Estado da ditadura da burguesia”,²² a codificação oitocentista abriu “janelas” para o ético, das quais irromperam princípios como a boa-fé. Porém, sob o legado de uma racionalidade lógico-dedutiva deixada pelo jusracionalismo ao positivismo jurídico, domesticou suas potencialidades. Nos limites de uma interpretação cunhada pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos, a boa-fé sucumbe ao voluntarismo jurídico, restando subjetivada.

Prevista no *Code* como elemento moralizador do contrato, logo se perde diante do silêncio da doutrina e da jurisprudência, com vistas a preservar o individualismo e liberalismo econômico, inscritos na ordem jurídica burguesa, e afastar todo o solidarismo humanista. Movidos pela ascensão da autonomia da vontade como dogma e limitados pelo estreito diálogo com o texto da lei, moldado pela Escola da Exegese, os intérpretes do Código Civil francês de 1804, esvaziaram o artigo 1134, 3, de suas potencialidades, ao

20 CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997, p. 33.

21 GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 77.

22 BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, [s.d.], p. 80.

enunciar: “as convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes. Elas não podem ser revogadas senão por consentimento mútuo, ou por causas autorizadas pela lei. Elas devem ser executadas de boa-fé”.²³

Nesses termos, o princípio da boa-fé apresenta-se incômodo: a “lei natural”, fonte de novos deveres aos contraentes, capaz de apresentar-se como uma “exceção desconcertante”,²⁴ contrária às conquistas revolucionárias da burguesia, cristalizadas no *Code* e propícia à recuperação parcial do solidarismo. Segundo Portalis, a obrigação de julgar imposta pelo artigo 4º ao juiz, permitir-lhe-ia utilizar-se do direito natural para preencher lacunas, alcançando a completude do sistema jurídico.²⁵ Por conseguinte, a norma da boa-fé representaria um espaço aberto à “razão natural”, modificando os valores contratuais.²⁶

No entanto, tais potencialidades previstas à boa-fé contratual foram jogadas por terra, diante de um evento que se segue à instauração do *Code*: o caráter positivista traduzido na interpretação moldada pela Exegese. Consequentemente, a boa-fé ganha uma coloração singular no sistema jurídico francês: em face da interpretação positivista, assiste-se à sua atrofia, à sombra da hipertrofia da autonomia da vontade. Por outras palavras: encerrada nos limites do voluntarismo jurídico, transparece-lhe o significado de “boa intenção”, por oposição à má-fé, tornando-se insubstancial a *summa divisio* entre boa-fé subjetiva e objetiva, encontrada no sistema jurídico germânico. Isto se justifica, diante da pretensão de excluir toda intervenção judicial no contrato, restando, este último como reino da soberania da vontade individual. Trata-se de uma forte projeção juracionalista, à qual se rende o positivismo jurídico: o triunfo da vontade destaca-se como o laço que envolve a racionalidade jurídica a uma racionalidade econômica.

Enquanto o cenário jurídico francês assistia a atrofia da boa-fé objetiva, pela Escola da Exegese, este princípio florescia na prática comercial alemã. A intensificação das relações comerciais no Ocidente alemão, nos primeiros tempos do liberalismo, fez da boa-fé um “princípio geral do tráfego mercantil”.²⁷ As decisões dos tribunais alemães reportam-se à *bona fides* romana que, em sua acepção objetiva, limita o exercício de posições jurídicas. Topicamente obtidas, nem sempre as decisões dos tribunais comerciais referiam-se expressamente à boa-fé, contudo, ela guarda projeção nas modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas, ainda, que não mencionada. Transposta da jurisprudência para a codificação alemã que entrou em vigor em 1900, a boa-fé contratual está presente

23 Tradução livre de : «Art. 1134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que e leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.»

24 BROUSSARD, op. cit., p. 39.

25 Cf. Ibidem, p. 48.

26 Ibidem, p. 50.

27 MENEZES CORDEIRO, **Da boa fé...**, p. 323.

no BGB sob a forma de uma cláusula geral, no § 242: “o devedor deve executar a prestação como exige a boa-fé em consideração aos usos”.²⁸

Tal acolhimento ocorre sob as influências da ética da *cortesie* germânica e da *bona fidei iudicia*, o que lhe conferiu contornos diversos, que permitem contrapô-la à sua vertente francesa. Trata-se de uma contraposição de origem e de método: enquanto no *Code*, a boa-fé contratual é traduzida como presença do direito natural, o BGB apropria-se de toda rejeição kantiana ao jusnaturalismo, e fecha-se nas contribuições de um direito histórico, o Direito Romano ainda em vigor na Alemanha. Delimita-se com clareza a *Treu und Glauben*²⁹ da *Guter Glauben*, graças à diversidade lingüística germânica.³⁰ *Treu* é traduzida como lealdade, e *glauben* como crença, designando estados objetivados, que lançam suas raízes na ética da *cortesie* da cultura medieval germânica.

2.2. A Boa-Fé e a Superação da Racionalidade Jurídica Moderna: Da Incerteza à Precisão de seus Limites

Neste momento, revela-se um paradoxo acerca do princípio da boa-fé: as cláusulas gerais, técnica legislativa que já se fizera presente em sistemas jurídicos fechados, destaca-se, no século XX, como um dos principais instrumentos para torná-los abertos. Contudo tal paradoxo logo se desfaz: a boa-fé postula um juízo de valor contrário a toda rejeição antimetafísica do conceitualismo positivista, e que sob a forma de cláusula geral no parágrafo 242, não se adapta à subsunção, delineando o que Franz Wieacker denomina de “inutilidade da interpretação positivista”.³¹ Todavia, no decurso do século XX, o direito alemão assiste a uma inversão na interpretação da cláusula geral da boa-fé pelas cortes germânicas. Ao lançar seus esforços com vistas a despir o BGB de sua “dureza

28 Tradução livre de: «§ 242 - *le débiteur doit exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages.*»

29 “O BGB refere a boa fé objectiva (*Treu und Glauben*) em cinco das suas disposições. No § 157: ‘os contratos interpretam-se como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfego’; no § 162/1 e 2/: ‘Quando a verificação da condição seja, contra a boa fé, impedida pela parte a quem desfavoreça, tem-se por ocorrida’ e ‘Quando a verificação da condição seja, contra a boa fé, provocada pela parte a quem favoreça, tem-se por não ocorrida’; no § 242: ‘O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfego’; no § 320/2, a propósito da exceção do contrato não cumprido: ‘Quando, por uma das partes, apenas tenha havido uma prestação parcial, a contraprestação não pode, contudo, ser recusada quando a recusa, segundo as circunstâncias, em especial por causa da pequenez relativa do que falta, seja contrária à boa fé’; no § 815, a propósito do enriquecimento sem causa: ‘A restituição por não ocorrência do resultado visado com a prestação é excluída quando fosse, desde o princípio, impossível e o autor da prestação soubesse disso e quando este, contra a boa fé, tenha impedido tal resultado’”. (MENEZES CORDEIRO, **Da boa fé...**, p. 325)

30 Ibidem, p. 327.

31 WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe.** Tradução de José Luis Carro. Madrid : Civitas, 1982, p. 32.

individualista”,³² assiste-se a uma difusão inusitada do princípio da boa-fé, prevista no parágrafo 242.³³

Trata-se a um movimento de recuo ao positivismo jurídico. Jurisprudência dos Interesses, Livre Investigação do Direito e Escola do Direito Livre lançam toda sua crítica ao silogismo como única forma de decidir e à racionalidade lógico-dedutiva como única forma de pensar. Porém, essas escolas moviam-se nos próprios quadros do positivismo jurídico, invocando como fundamento de suas críticas as armas deste último: permaneciam encerradas no determinismo causal dos fatos em relação ao direito, não passando de um “primeiro nível de ataques ao silogismo”, e mantendo-se nos limites de um “positivismo attenuado”.³⁴

Era necessário dar mais alguns passos em direção à superação do positivismo jurídico, os quais foram dados pelo desenvolvimento tardio da Jurisprudência dos Interesses: a Jurisprudência das Valorações. Esse movimento dirige-se a uma correta localização dos valores, até então jogados na vala comum dos interesses. Atentando para a distinção entre ciências da natureza e ciências do espírito, reclama para estas últimas, um método e objeto próprios, apartando o Direito do naturalismo que lhe fora impresso pelo positivismo científico. Descortina-se uma racionalidade finalística adequada a uma ponderação de valores: “a transição da explicação do Direito a partir dos fins para uma criação do Direito ordenando aos fins”.³⁵

Porém, dissipado o temor de previsões normativas abertas pelo movimento acima descrito, ele se renova: a introdução de valores cultuados pelos regimes políticos totalitários, na Europa da primeira metade do século XX, tornando presente o arbítrio judicial e a ameaça à segurança jurídica. A reação a essa abertura mostrou-se paradoxal; as críticas opostas ao positivismo jurídico partilharam a mesma fonte, o neokantismo. Tencionando a pureza do Direito em relação às ciências naturais, o normativismo kelseniano acaba por desenhar o positivismo jurídico em sua forma mais acabada. Trata-se da transposição da lógica do jurista para a teoria pura do direito. Reagindo a esse formalismo, o culturalismo expressa sua maior contribuição: o Direito não é mero conjunto de normas, que enseja sua transposição de uma sociedade para outra, mas um produto cultural, que supõe sua aprendizagem e assimilação. Essa percepção cultural torna-se essencial à boa-fé objetiva, uma vez que desvenda a face valorativa do Direito, subtraindo aquele princípio do

32 WITZ, Claude. **Droit privé allemand**. Paris : Litec, 1992. v. 1: Actes juridiques, droits subjectifs. BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales d'affaires, p. 35.

33 Adverte MENEZES CORDEIRO: tem-se uma difusão aparente, uma vez que não passou de mera continuidade à prática jurisprudencial comercial alemã. (**Da boa fé...**, p. 315)

34 MENEZES CORDEIRO, **Da boa fé...**, p. 369-370.

35 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1967, p. 664.

empirismo que obstou seu desenvolvimento. Some-se a isso, ainda, o fato de se tratar do objeto de transferências culturais, necessitando superar o positivismo dessa receptividade.

No contexto desse debate, os tribunais germânicos do Segundo Pós-guerra apresentam valiosas contribuições: o sentido tópico da boa-fé, domesticado pela racionalidade positivista, é restaurado. No contexto do Estado Social de Direito, que se orienta pelo princípio da dignidade da pessoa humana, retiram-se os entraves à intervenção do juiz no reino da vontade individual, e o julgador procede ao reenvio extra sistemático, com vistas a recolher valores para a criação da norma de conduta que se impõe às partes. Delineia-se um novo percurso do princípio da boa-fé, que subtraída do formalismo em que estava mergulhada, supera o voluntarismo jurídico: novas figuras são criadas e princípios antes obscurecidos pelo dogma da vontade ganham vigor.

Promove-se o delineamento de uma jurisprudência suficientemente adulta para preenchê-las de uma nova ética jurídica e social,³⁶ no interior da qual o princípio da boa-fé cumpre com uma função “harmonizadora”, conciliando-se, assim, o “rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais”.³⁷ Proclama-se como um “direito equitativo”, contestando e, por vezes, rompendo com o Direito estrito, atuando na “transformação da moral econômica liberal numa outra adequada às idéias do Estado social”.

Sob os contornos de uma criação jurisprudencial do Direito, as cortes germânicas do Segundo Pós-guerra empreendem a tarefa de delimitação do domínio de aplicação da boa-fé objetiva, contida em funções e tipos jurídicos delineados por uma interpretação-aplicação tópica das cláusulas gerais, *standards* e conceitos indeterminados. Amparada pelo papel sistematizante da doutrina, a boa-fé resta delimitada em seu domínio de aplicação pela teoria da concretização, que tem por escopo afastar todo arbítrio judicial e insegurança jurídica. Isso se torna mais visível em seu papel de controle ao exercício de prerrogativas individuais: *exceptio doli generalis*, *venire contra factum proprium*, *verwirkung erwirkung*, *tu quoque*, a alegibilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado de direitos. Resta uma boa-fé standardizada, pronta e acabada, “*prêt-à-porter*”, precisa em seus limites e adaptada ao modo silogístico de decisão.

Em outros sistemas jurídicos, nos quais a boa-fé ainda permanecia vazia em seu conteúdo, essa concretização é tomada por empréstimo. Surge um debate entre duas tradições jurídicas: afeta à *faute*, ela resta subjetivada e implícita no direito francês, traduzindo-se em soluções paralelas àquelas obtidas no cenário jurisprudencial alemão, no qual é inscrita por uma tradição assentada na confiança subjacente à *treu und glauben*. Delineiam-se transferências culturais de ambas as tradições para outros sistemas jurídicos. Porém, elas

³⁶ WIEACKER, *História....*, p. 546.

³⁷ COUTO E SILVA, op. cit., p. 42.

não operam com o mesmo grau de intensidade, gerando em cada direito um quadro próprio acerca da boa-fé. Alguns sistemas revelam uma recepção mais limitada da tradição germânica, em continuidade à tradição francesa, como é o caso do direito italiano; outros mostram ampla receptividade da tradição alemã, substituindo quase por completo a tradição jurídica anterior, como o português, no qual se desenha um ambiente favorável à boa-fé, traduzido pelo artigo 334 do Código Civil, que recepciona a concretização alcançada pelas cortes germânicas. Categorias jurídicas esboçadas por esses tribunais são recortadas pela doutrina e transpostas para o Direito luso. Resta saber como a boa-fé, delineada sob semelhantes contornos, adentra no Direito brasileiro.

3. Um Diálogo com o Positivismo Jurídico: Rompendo o Encanto da Boa-Fé “*Prêt-À-Porter*”

No contexto do Pós-guerra, a abertura das cláusulas gerais tornava presente o perigo da introdução da ideologia dos regimes autoritários no ordenamento jurídico. Este renovado temor atinge em cheio o princípio da boa-fé, levando a doutrina personificada em Wieacker e Siebert, a dedicar-se à tarefa de delimitação das funções da boa-fé.³⁸ Se para alguns, semelhantes “diretivas” traduzir-se-iam em verdadeira ausência de limites reais,³⁹ para outros, guarda consigo a exigência de um controle racional de desenvolvimento das cláusulas gerais, ao cristalizar seu conteúdo em normas rígidas.⁴⁰ E tanto que a boa-fé como conceito de valor pertenceria à esfera das questões jurídicas passíveis de cassação nas cortes germânicas.⁴¹ Revelam-se os limites invocados à jurisprudência nascida da boa-fé objetiva: evitar o arbítrio judicial e garantir a segurança jurídica.

Não obstante o movimento de recuo ao positivismo jurídico, há um renovado temor do arbítrio judicial: considera-se a liberdade de decisão contida na cláusula geral de boa-fé uma porta aberta às manifestações de convicções pessoais do julgador, traduzidas em escóllhas políticas, sociais e econômicas.⁴² Semelhante temor deve-se ao fato de que as cláusulas gerais supõem o reenvio aos valores, rompendo a neutralidade que se pensava garantida pela subordinação do juiz ao legislador, constituindo-se em fator de insegurança.

Por conseguinte, todo temor de insegurança e valorização pessoal é dissipado em favor de um controle racional da decisão, na medida em que se tornam precisos os limites à

38 JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats.** Étude comparative de droit français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001, p. 286-287.

39 JALUZOT, op. cit., p. 290.

40 CATTANEO, Giovanni. Buona fede obbiettiva e abuso del diritto. **Revista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile.** Milano, a, 25, p. 613-659, 1971, p. 616-617.

41 HENKE, Horst-Ebehard. **La cuestión de hecho.** El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Europa-América, 1979, p. 261.

42 HENKE, op.cit., p.94.

aplicação da boa-fé objetiva, convertendo-a em norma passível de ser aplicada por subsunção. E, para além disso, revela-se uma autolimitação do poder judicial,⁴³ por obra da qual o poder de apreciação do juiz torna-se delimitado pelos próprios tipos que criou, subtraindo todo arbítrio e garantindo segurança jurídica.

Resta, agora, verificar como este panorama, delineado pela experiência europeia acerca do princípio da boa-fé ingressa na jurisprudência brasileira.

3.1. *Reflexos e Especificidades da Experiência Europeia: A Boa-Fé na Jurisprudência Brasileira*

Por obra do ideal progressista do positivismo jurídico brasileiro, o Código Civil se fez ideologicamente necessário, restando como reflexo da sociedade brasileira da segunda metade do século XIX. Porém, não se achou lugar para o princípio da boa-fé na codificação de 1916, uma vez que esta era reflexo da mentalidade do século XIX, norteada pelo individualismo e liberalismo econômico. Nele achou-se lugar tão somente para sua vertente subjetiva, pautada no voluntarismo jurídico.

Por conseguinte, nos tribunais brasileiros, encontra-se a projeção da racionalidade codificada. A ausência de uma cláusula geral no Código de 1916 conduziu a doutrina e jurisprudência a tecerem um profundo silêncio sobre o princípio. Reflexo da mentalidade capitalista dos oitocentos, a boa-fé revela-se subjetivada, tomada como “boa intenção” por oposição à má-fé. Esse teor de “atrofia” diante da “hipertrofia” da autonomia da vontade restou evidenciado na interpretação do artigo 1443 do Código Civil de 1916. Em algumas decisões, a boa-fé é referida, porém como mero preceito moral, pois seu conteúdo resulta privado de qualquer coloração jurídica:

SEGURO DE VIDA. ANTERIORIDADE E CIÊNCIA DA DOENÇA. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. CONTRATO DE ADESÃO.

Para legitimar a recusa ao pagamento da indenização, deve a seguradora comprovar cabalmente que a segurada já sofria da moléstia que a vitimou e que tinha ciência dela, falseando a verdade ao assinar a apólice. Seguro captado em agência bancária, sob pena de não-renovação de conta-corrente com cheque especial, não permite se suspeite, desde logo, de má-fé da segurada, que foi levada a firmar o contrato, que tem natureza adesiva. Prova testemunhal idônea a garantir a boa-fé da segurada. Sentença confirmada, sem discrepância.⁴⁴

43 Nesse sentido, STATI, Marcel. O. **Le standart juridique**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, p. 147.

44 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 597085406. 6^a Câmara Cível. Relator: João Pedro Freire. Porto Alegre, 17 jun. 1997. **Revista de Jurisprudência do**

Desse modo, conclui-se que por “inutilidade da interpretação positivista”, a boa-fé restou mergulhada no formalismo, subsistindo como uma “fórmula vazia”, da qual os tribunais desviaram a aplicação, recorrendo a figuras paralelas. O abuso do direito e a renúncia tácita têm seus limites alargados para rechaçar o exercício inadmissível de prerrogativas individuais. O sentido da boa-fé restou implícito e latente nessas decisões, ancorado na tradição jurídica francesa, que permaneceu mitigada, porém não dissipada no Direito pátrio.

A boa-fé mostrou-se permeada por uma aparente superação do positivismo jurídico. É subtraída do formalismo no qual estava mergulhada para se revelar como tributária da tradição jurídica germânica, sob os contornos de uma criação jurisprudencial do Direito. Para tanto, compõe-se um cenário favorável à boa-fé: as disposições expressas do Código de Defesa do Consumidor acerca do princípio são transpostas para os tribunais, acolhendo-se as figuras típicas de exercício inadmissível de posições jurídicas como a proibição do *venire contra factum proprium*:

Boa-fé. Contrato. O princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontra-se a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador.

Venire contra factum proprium. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.⁴⁵

Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Posteiros. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. Preparo. Férias.

1. Tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido a importância relativa ao preparo, tudo no período de férias forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC. Votos vencidos.
2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo expressamente

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, a. 32, v. 184, p. 347-350, out. 1997.

45 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 589073956. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 19 dez. 1989. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 145, p. 320-324, nov. 1990.

admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. Recurso conhecido e provido.⁴⁶

Sob a égide do voluntarismo jurídico, inscrito entre nós pela tradição francesa, o atraso desleal de um direito foi rechaçado pela figura da renúncia tácita. Porém, essa tradição foi rompida, na medida em que os tribunais brasileiros valeram-se da *supressio*:

CONDOMÍNIO – Ocupação, com exclusividade, por alguns condôminos, com a anuência dos demais, de área destinada, originalmente, a corredor – Situação consolidada há mais de vinte anos sobre área dispensável à existência do condomínio – Aplicação do princípio da *supressio*, fundada na boa-fé objetiva, mantendo-se o *status quo*.

Consolidada há mais de vinte anos a ocupação, com exclusividade, por alguns condôminos, com a anuência dos demais, de área destinada originalmente a corredor, totalmente dispensável à existência do condomínio, aplica-se o princípio da *supressio*, fundada na boa-fé objetiva, mantendo-se o *status quo*.⁴⁷

Em um momento no qual já se considerava a codificação como “modo superado de legislar”,⁴⁸ a recodificação de 2002 traz consigo a positivação do princípio da boa-fé. Reunindo influências do *Codice* italiano de 1942 e da codificação portuguesa de 1966, o novo Código Civil brasileiro conjuga a permanência da tradição jurídica anterior com as inovações alcançadas pela jurisprudência brasileira, ao longo do século XX.

Valendo-se de “tipos-ideais”⁴⁹ cunhados pela doutrina e jurisprudência, o princípio opera positiva e negativamente:⁵⁰ como norma de conduta (artigo 422),⁵¹ critério de

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 95.539-SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 03 dez. 1996. **Diário de Justiça**. Brasília, p. 39015, 14 out. 1996.

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 214680-SP. 4ª Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 10 ago. 1999. **Revista dos Tribunais**, a. 89, v. 774, p. 210-212, abr. 2000.

48 SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato de legiferare? **Rivista de diritto civile**. Ano XXIX, nº 2, marzo-aprile, p. 117-135, 1983. O autor quer demonstrar que, embora declare-se que “O código civil está morto. O tempo em que se codificava – especialmente, em que se codificava o direito civil – é um tempo superado”, a codificação permanece como instrumento técnico-jurídico.

49 Expressão de Teresa NEGREIROS. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140

50 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.

51 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

interpretação (artigo 113)⁵² e estabelecendo limites ao exercício de prerrogativas individuais (artigo 187).⁵³ Não obstante as críticas,⁵⁴ o artigo 422 traduz a boa-fé como “ar que circula em toda a vida do contrato”,⁵⁵ superando a concepção estática de relação jurídica obrigacional, para admiti-la em seu desenho dinâmico, partilhado pela doutrina e jurisprudência brasileiras por obra de uma transferência cultural. Isso suscita a presença de deveres instrumentais para além dos deveres principais de prestação e secundários, visualizando um “processo”, que tem por escopo o “exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade unificada finalisticamente, e considerados os legítimos interesses de ambos”.⁵⁶ Sob a forma de uma tipologia, que doutrina e jurisprudência⁵⁷ já sinalizavam para a tríade proteção, lealdade e informação, firmam-se deveres de conduta à obrigação, que não decorrem da autonomia privada ou da legislação, mas do princípio da boa-fé, cuja contrariedade pode suscitar os casos de responsabilidade pré ou pós-contratual, de violação positiva do contrato e de responsabilidade supracontratual.⁵⁸

52 “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

53 “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

54 Antônio Junqueira AZEVEDO aponta insuficiências do artigo 422: não define a boa-fé como norma cogente ou supletiva; não se refere à responsabilidade pré e pós-contratual; na fase estritamente contratual falta previsão das funções *suplendi*, como criação de deveres, e *corrígendi*, como vedação das cláusulas abusivas. (Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos tribunais**. São Paulo, ano 89, v. 775, p. 11-17, maio, 2000, p. 17) Ocorre que semelhantes omissões acerca da boa-fé podem ser recolhidas da doutrina e jurisprudência, em sede interpretativa, revela Judith MARTINS-COSTA: “Contudo, diante da verdadeira ‘exigência de explicitude legal’ que domina boa parte do pensamento jurídico nacional, como resquício do legalismo e pretensão de completude do Código Civil, o chamado ‘Projeto Fiúza’, modificativo do novo Código ora em tramitação no Congresso Nacional, modifica redação do art. 422, para fazer constar: ‘Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo o mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.’” (**Comentários...**, p. 47)

55 Trabucchi apud Stela BARBAS. **Boa fé**. In: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano II, Tomo II, Palácio da Justiça, Coimbra, 1994. p. 14-II.

56 MARTINS-COSTA, **Comentários...**, p. 36.

57 “Embora não se possa, como alertamos acima, apresentar uma ‘listagem taxativa’ dos deveres instrumentais, o estágio da doutrina e da jurisprudência já permite sinalizar dois grandes tipos ou grupos. A distinção opera entre os que têm um fim marcadamente *positivo* e os que visam proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, sendo, então, denominados *deveres de proteção*” (*Ibidem*, p. 38).

58 A responsabilidade supracontratual ou supranegocial é visualizada por Fernando NORONHA: “Faça-se em violação de deveres supracontratuais nos casos em que existe um contrato ou um negócio jurídico unilateral e em que há ofensa de deveres que são independentes da relação estabelecida, razão por que sempre se imporiam às partes, mesmo que o negócio não tivesse sido celebrado.” (**Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1, p. 457)

Com efeito, a boa-fé objetiva estabelece uma relação de “colaboração intersubjetiva”,⁵⁹ rompendo com o dogma da vontade para tutelar a confiança. Tal como ocorre com a imposição de deveres de conduta acima suscitados, orienta-se a interpretação do contrato pela boa-fé: valoriza-se a confiança gerada no destinatário da declaração, delineando efeitos jurídicos à aparência. Por conseguinte, a nova codificação inclui, para além do artigo 113, o sentido das cláusulas contratuais que favoreça a preservação do contrato – artigo 170⁶⁰ –, e que se mostre mais favorável à parte aderente – artigo 423.⁶¹ Contudo a interpretação do contrato segundo a boa-fé não poderá se restringir ao estrito papel de preenchimento de lacunas contratuais, devendo se constituir, antes, em fundamento para invalidá-las, como já propõe o artigo 51, IV,⁶² do estatuto consumerista.⁶³ Deste modo, o artigo 424⁶⁴ deve ser compreendido em atenção ao princípio da boa-fé, previsto no artigo 422.

Para além dessas disposições, que expressamente acolhem as funções da boa-fé, outros dispositivos fazem-lhe menção: com clara inspiração no *Codice italiano*,⁶⁵ o artigo 128⁶⁶ faz daquele princípio o fundamento para manter os atos já praticados em obrigações periódicas, por ocasião do implemento de condição resolutiva. Topicamente,⁶⁷

59 MARTINS-COSTA, *Comentários...*, p. 27.

60 “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

61 Trata-se de recepção de normas já existentes no Código de Defesa do Consumidor, respectivamente: artigo 51, § 2º, e artigo 47.

“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

62 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas infíquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade.

63 NEGREIROS, *Teoria...*, p. 138.

64 “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

65 Artigo 1360 “*Retroattività della condizione. — Gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso. Se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l'avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite.*” Tradução livre: “Retroatividade da condição – Os efeitos do implemento da condição retroagem ao tempo em que foi concluído o contrato, salvo quando por vontade das partes ou pela natureza da relação, os efeitos do contrato ou da resolução devam ser reportados a um momento diverso. Porém, se a condição resolutiva é convencionada em um contrato de execução continuada ou periódica, seu implemento, na falta de disposição em sentido contrário, não tem efeito em relação às prestações já executadas.”

66 “Art. 128. Sobreindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se apostar a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames da boa-fé.”

67 MARTINS-COSTA, *Diretrizes...*, p. 137.

mantêm-se as referências dos artigos 765 e 766, impondo o dever de informar em contratos de seguro.

Por conseguinte, quebra-se o silêncio da codificação de 1916, acolhendo-se a boa-fé como princípio geral do direito das obrigações, sob os contornos de uma cláusula geral, em seu artigo 422. Objeto de críticas por parte da doutrina, esse dispositivo traz consigo o debate acerca do temor das cláusulas abertas. A mera presença de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 não o afasta completamente do século XIX. Semelhantes “janelas” já existiam nas codificações oitocentistas, revelando-se inúteis diante da racionalidade positivista. A diretriz da “operabilidade” depende do papel do intérprete na tarefa de construção de conteúdo para as normas abertas, elevando o debate a uma questão hermenêutica.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça proclamou que o princípio da boa-fé não se esgota no Direito Privado,⁶⁹ “ecoando por todo o ordenamento jurídico”.⁷⁰ Desde 2001 o STJ tem aplicado o princípio da boa-fé, encontrando-se trezentos e vinte julgados que lhe fazem referência expressa. Porém, o conteúdo da cláusula geral de boa-fé somente começa a se fazer presente no Superior Tribunal de Justiça a partir de 2007, delineando decisões que se reportam ao *venire contra factum proprium*, à *supressio*, à *surrectio* e ao *tu quoque*, com fundamento naquele princípio. Por vezes, as decisões daquele tribunal fazem remissão àquelas figuras típicas, sem contudo, precisar o comportamento que o caracteriza em face no caso concreto:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PACTUAÇÃO, POR ACORDO DE VONTADES, DE DISTRATO. RECALCITRÂNCIA DA DEVEDORA EM ASSINAR O INSTRUMENTO CONTRATUAL. ARGUIÇÃO DE VÍCIO DE FORMA PELA PARTE QUE DEU CAUSA AO VÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUFERIMENTO DE VANTAGEM IGNORANDO A EXTINÇÃO DO CONTRATO. DESCABIMENTO.

1. É incontrovertido que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva.

2. Destarte, não pode a locadora alegar nulidade da avença (distrato), buscando manter o contrato rompido, e ainda obstar a devolução dos valores desembolsados pela locatária, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença.

3. Recurso especial não provido.

A decisão, acima exposta, recebe a crítica de Jan Peter Schmidt, segundo o qual a boa-fé objetiva mostra-se nos tribunais brasileiros, ora como um “floreio retórico”, ora como uma “vara de condão”. Em tais casos, a decisão limita-se ao uso de afirmações estereotipadas de fórmulas abstratas que não se concretizam no caso concreto, afirmado o autor:

A remissão do STJ à expressão *venire contra factum proprium e tu quoque* passa ao largo da questão (que dirá falar dos institutos jurídicos da perempção e da obtenção, que exigem certo comportamento regular durante determinado espaço de tempo). Havendo a exigência de forma, sua desatenção não pode ser simplesmente qualificada como erro. Da mesma forma que na remissão a um defeito de forma não repousa um comportamento contraditório reprovável. Justamente deve ser válida a nulidade de forma “por culpa própria”; a “quebra da palavra” aqui ocorrida foi prevista e aceita pelo legislador. Ter-se-ia um caso de *venire contra factum proprium* se o locador tivesse tratado o negócio, a princípio, como eficaz e tirado vantagens disso, mas na sequência exigido sua nulidade, ou se ele culposamente tivesse dado a impressão ao locatário de não querer se remeter à nulidade.⁶⁸

A boa-fé comparece nos tribunais brasileiros como um princípio adaptado ao modo silogístico de decisão, não obstante seu significado tópico, o qual não se presta a figurar como premissa maior de um silogismo, como assevera Teresa Negrerios ao proclamar que: “a boa-fé não tem conteúdo até o momento em que seu conteúdo é invocado”.⁶⁹ Em última instância, a boa-fé recai no formalismo, tornando possível o controle da motivação do juiz e dissipando todo o perigo de arbítrio judicial e insegurança jurídica. Eis que certeza, previsibilidade e segurança nas relações jurídicas, mostram-se como valores últimos do positivismo jurídico.

Não obstante a jurisprudência brasileira revele-se como reflexo da tradição jurídica europeia, guarda-lhe especificidade. Eis que há o empréstimo de categorias jurídicas encontradas em outros sistemas: a *substancial performance*, advinda do *Common Law*, e a doutrina dos atos próprios, do direito espanhol, também ingressam no Direito Privado pátrio para coibir o exercício inadmissível de prerrogativas individuais:

RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ARRETAS. EMBARGOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A DECISÃO. CORRETO O CONHECIMENTO DOS

68 SCHMIDT, Jan Peter. *Dez anos art. 422 CC – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa fé na práxis judiciária brasileira*. Inédito, p. 11-12.

69 *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 226.

EMBARGOS INFRINGENTES. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E DA EXCEÇÃO DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL.

I . Ação de reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de “leasing”, após o pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas.

I I .Processo extinto pelo juízo de primeiro grau, sendo provida a apelação pelo Tribunal de Justiça, julgando procedente a demanda.

III. Interposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados, com um voto vencido que mantinha a sentença, com determinação de imediato cumprimento do julgado.

IV. Antes da publicação do acórdão dos embargos declaratórios, com a determinação de imediata reintegração de posse, a parte demandada exauriu cópia integral do processo e impetrou mandado de segurança.

V. Determinação de renovação da publicação do acórdão dos embargos declaratórios para correção do resultado do julgamento.

VI. Após a nova publicação do acórdão, interposição de embargos infringentes, com fundamento no voto vencido dos embargos declaratórios.

VII. Inocorrência de violação do princípio da unirecorribilidade, em face da utilização do mandado dessegurança com natureza cautelar para agregação de efeito suspensivo a recurso ainda não interposto por falta de publicação do acórdão.

VI I IT. Empestividade dos embargos infringentes, pois interpostos após a nova publicação do acórdão recorrido.

IX. Correta a decisão do tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

X. O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ.

X I . RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.⁷⁰

Ao alcançar “precisão jurídico-teórica”: a boa-fé chama para si um conteúdo que não lhe era atribuído, evidenciando um papel sistematizador. Eis que as decisões sobre *venire contra factum proprium* já subsistiam no cenário jurídico nacional, mas, apartadas de sua fundamentação afeta à confiança e à boa-fé. Porém, logo se nota a existência de um movimento em sentido contrário: novas regras jurídicas cunhadas à luz da boa-fé ganham autonomia, dispensando a referência ao princípio.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 1.200.105-AM. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. D. J. 26/07/2012.

3.2. Para uma Leitura Crítica da Boa-Fé “Prêt-À-Porter”

A “precisão jurídico-teórica” da boa-fé, sob a égide de tipos jurídicos, rende-lhe contornos prontos e acabados, evidenciando uma “boa-fé *prêt-à-porter*”. Sob o encanto da criação jurisprudencial do Direito, resta neste estado de desenvolvimento da boa-fé a superação do positivismo jurídico. Certamente, voltar os olhos para esse cenário, e dele retirar argumentos em sentido contrário resultaria paradoxal. Com vistas a desfazer todo paradoxo, submete-se a boa-fé a um diálogo com o positivismo jurídico, em suas premissas fundamentais: i) a opção pelo direito que é, e não pelo direito que deva ser; ii) a exclusão de todo o horizonte metafísico na fundamentação do Direito e sua identificação com o direito posto pelos órgãos políticos legitimados para tanto; iii) o Direito revelado como forma, excluído todo finalismo.⁷¹

Guardados os méritos da recepção da experiência europeia, subtraindo a imprecisão e desvio da boa-fé objetiva, esta última ingressa no direito brasileiro como tributária do positivismo oitocentista, como revela Franz Wieacker:

...corresponde ao positivismo do século XIX conceber o Direito como a mera soma de normas ou princípios, que se possam sem mais transferir pra outras comunidades jurídicas, pois o positivismo despreza a dependência do Direito em relação aos seus representantes culturais e éticos e às suas oportunidades de realização social e histórica.⁷²

Há nisso uma forma equivocada de recepção: o Direito é um produto cultural inscrito pela história, não é uma realidade passível de mera transmissão, mas por importar em uma existência social, envolve aprendizagem e assimilação.⁷³ Da desconsideração desta especificidade, a boa-fé objetiva resta como “objeto material que se possa agarrar, transmitir e receber”,⁷⁴ guardando em suas entrelínhas, o primeiro dos postulados do positivismo jurídico: a opção pelo direito que é, e não pelo direito que deva ser.

O significado dessa recepção no cenário nacional deita suas raízes no centralismo jurídico, na medida em que o Direito do colonizador foi “enxertado” entre nós, relegando para a periferia os elementos culturais do povo colonizado.⁷⁵ Criou-se ambiente favorável para se pensar o Direito como ato de autoridade, traduzindo a grande receptividade que

⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, António. Metodologia jurídica. Problemas fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Iuridica. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 26.

⁷² Op. cit., p. 134-135.

⁷³ “Um processo próprio de desenvolvimento: um povo só pode adoptar e desenvolver um direito estranho, se ele transformar esse direito num elemento da sua própria vida e pensamento”. (Ibidem, p. 134)

⁷⁴ WIEACKER, **História**..., p. 133.

⁷⁵ **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27.

o normativismo kelseniano encontrou no Direito latino americano, sedimentando um legalismo que ainda predomina em seus tribunais.⁷⁶

O centralismo jurídico favoreceu o peso considerável da doutrina entre nós, suscitando grande interesse pelo direito comparado, diante da incompletude do Direito pátrio. Por conseguinte, categorias jurídicas foram recortadas da doutrina germânica, e transpostas para tribunais brasileiros, sem atentar, segundo crítica de Fillipo Ranieri, para a investigação das razões de decidir presentes em sua jurisprudência.⁷⁷ Isso postula pela captação do sentido que essas fórmulas doutrinárias encontram em um sistema jurídico, e que, ao serem recortadas e transpostas para outro ordenamento, apartado de seus pressupostos históricos, podem se converter em fonte de equívocos.

Com efeito, a jurisprudência brasileira rende-se aos tipos idealizados por uma doutrina estranha ao seu contexto socioeconômico, e a boa-fé objetiva é recepcionada com um conteúdo pronto e acabado, embora seja essencialmente tópica. É transposta em sua tipologia, que a tornou apreensível à subsunção, confundindo em última instância, segurança jurídica e científicidade do Direito, quando “descontinuidade e insegurança não são variáveis dependentes do recurso a esta ou aquela técnica jurídica”, mas dados da realidade.⁷⁸ Sob um certo conservadorismo dos juristas,⁷⁹ recepciona-se uma boa-fé objetiva “*prêt-à-porter*”, que recolhe sua positividade dos tribunais. Trata-se da tradução da premissa de um “direito posto (imposto) pelas prescrições do órgão ou órgãos político-social/legitimados para tanto”⁸⁰.

Reduzindo a atividade do jurista a uma racionalidade lógica, o positivismo jurídico ideologicamente nega o momento de criação jurisprudencial do Direito. Mas com isso, atinge o oposto de sua pretensão: acentua o arbítrio e mero subjetivismo.⁸¹ No auge dos

76 AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

77 RANIERI, Fillipo. **Rinuncia tacita e Verwirkung** : tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto. Padova: CEDAM, 1971, p. 67.

78 RODOTA, Stefano. Conclusioni: il tempo delle clausole generali. In: **Il principio di buona fede**. Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Scienze Giuridiche, economiche e politiche. Giornata di studio – Pisa, 14 Giugno 1985. v. III. Milano: Giuffrè, 1985, p. 256.

79 Referindo-se ao fenômeno da tipicidade contratual, revela Pedro Pais de VASCONCELOS: “...é também consequência de uma certa inércia na vida jurídica e de algum conservadorismo no modo de ser dos juristas. A tendência para manter fórmulas que dão bons resultados, para recorrer a práticas bem conhecidas, para procurar soluções seguras e experimentadas, e até para a imitação, não é de pouco peso no fenômeno de tipificação dos contratos. Esta tendência é tão forte, que se manifesta mesmo no recurso a tipos contratuais para finalidades diferentes das suas próprias.” (**Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 22-23)

80 CASTANHEIRA NEVES, **Metodologia...**, p. 26.

81 CASTANHEIRA NEVES, António. **Lições de introdução do estudo do direito**. Proferidas ao curso do 1º ano jurídico de 1968-69 por Castanheira Neves. Coimbra: datilografado por João Abrantes, 1968-69, p. 209.

regimes totalitaristas europeus, o Direito é totalmente entregue ao decisionismo, traduzindo-se no que pronunciavam os juízes. Por conseguinte, os juristas deixam de considerar a norma jurídica como portadora de valores jurídicos, para entregá-los à subjetividade do julgador.⁸²

Com vistas a desfazer toda identificação entre criação judicial e autoritarismo, segundo a qual os juízes se revelariam como minúsculos *Führers*,⁸³ buscam-se limites à liberdade de decisão, embora não se descartem as contribuições do decisionismo: a concretização da boa-fé em tipos é a maior expressão desse controle. Deste modo, o discurso científico passa a ser traduzido na sujeição das cláusulas abertas a formas de controle decorrentes do consenso.⁸⁴ E de tal modo, que a certeza e pretensão de científicidade do positivismo jurídico, restam perdidas na lei, para serem reencontradas na jurisprudência.⁸⁵ Em última instância, essa exigência de científicidade espelha a certeza e segurança jurídicas como valores capitais do Direito.⁸⁶ Torna-se possível afirmar com Marcel Stati que a evolução do Direito pela via jurisprudencial apresenta-se como verdadeira garantia contra sua evolução espontânea, o maior obstáculo à segurança jurídica.⁸⁷

Com efeito, diversamente do que a si proclama, o positivismo jurídico não está destituído de valores, antes os encontra na certeza e segurança jurídica. Neste contexto, a antinomia entre o justo e o certo resolve-se pela absorção do primeiro pelo segundo, exposta na generalidade e abstração de suas normas: resta a “certeza como específica eticidade do direito”⁸⁸

Há nisso certa dose de formalismo, outra premissa positivista à qual se rende a boa-fé objetiva, embora sua investigação insira-se na linha de força do finalismo. Eis que a imagem do jurista como um “engenheiro social”⁸⁹ parcialmente se desfaz em prol de uma técnica tradicional: a subsunção. A racionalidade silogística eleva o fato concreto ao conceito geral, depurando-o das particularidades que impedem seu enquadramento no fato hipoteticamente previsto,⁹⁰ submetendo-o a uma igualdade formal, ditada pela

82 Trata-se de resolver o problema dos valores em favor de teorias relativistas e psicologistas. Cf. SOLER, Sebastian. **Fe en el derecho**: y otros ensayos. Buenos Aires: TEA, 1956, p. 193.

83 SOLER, op. cit., p. 241.

84 LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideología do derecho**. Tradução de: Denise Agostinetti. São Paulo: Martínia Fontes, 2003, p. 143.

85 Princípios e cláusulas gerais têm sua imprecisão e inutilidade superadas pela tipificação casuística dos tribunais: “a certeza que o direito positivo (legal) directamente não garante vem indirectamente obtê-la através da ciência.” (CASTANHEIRA NEVES, **Lições...**, p. 199)

86 Ibidem, p. 196

87 STATTI, op. cit., p. 128.

88 Ibidem, p. 197.

89 BARCELLONA, Pietro. HART, Dieter.; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista**. (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica). Tradução de Carlos Lasarte. Madrid: Civitas, 1977, p. 25.

90 Ibidem, p. 34.

generalidade e abstração.⁹¹ Por conseguinte, por trás de uma operação puramente lógica, há uma “manipulação” dos fatos,⁹² de tal modo que os valores sociais são introduzidos no sistema, sem contradizê-lo.⁹³

É o que se passa com o tipo ideal da boa-fé objetiva: ditado pela cultura, o homem médio de ontem era sujeito de direito abstrato, o proprietário que mantinha patrimônio sob sua titularidade, recolhido da “tábua de valores” da burguesia, na qual toda a sociedade era chamada a se reconhecer. Já o homem médio de hoje é um sujeito de direito concreto, o consumidor, sujeito a debilidades, recolhido de um pluralismo de valores que se embatem no tecido social. Porém, ambos reúnem um dado em comum: são as vozes por trás das mercancias, que ocupam os polos da relação contratual. Trata-se de um modelo tomado por transferência cultural do cenário jurídico germânico: revela-se entre nós, como o homem abstraído de sua historicidade e generalizado de suas condições econômicas e sociais. Nesta perspectiva, a boa-fé objetiva revela-se arraigada aos postulados do positivismo jurídico: a abstração do tipo ideal rende-lhe contornos de uma operação lógica.

A figura do tipo ideal sinaliza para uma mudança no discurso jurídico: o individualismo proprietário da sociedade liberal deixa-se substituir pelo individualismo de consumo.

⁹⁴ Por conseguinte, torna-se justificável que a boa-fé objetiva destitua-se de toda a atrofia, cunhada à sombra da hipertrofia da autonomia da vontade, deslocando da subjetividade afeta à propriedade para se destacar como “novo paradigma das relações de consumo”.

Todavia, a boa-fé objetiva coloca-se para além do estrito debate de superação do voluntarismo jurídico. Eis que as cláusulas gerais mostram-se na acepção de Stefano Rodotà, como o “instrumento mais adequado para dar voz a um pluralismo de valores”.⁹⁵ E o julgador mostra-se como “representante da comunidade jurídica”, ao recolher do tecido social as máximas ético-sociais e regras da experiência, compondo o quadro de uma integração extra sistemática do Direito.⁹⁶ Não se trata mais de somente discutir a abertura e mobilidade dos valores que ela propicia ao sistema jurídico, mas de debater o teor destes valores. E nisto, destaca-se o papel do jurista, não se tratando apenas de voltar sua atenção para a política, a ética, e a prática, mas de abandonar o terreno seguro da sistemática que

91 BARCELLONA, *La formación...*, p. 35.

92 Ibidem, p. 37.

93 Ibidem, p. 32 e 34.

94 BARCELLONA, Pietro. **El individualismo proprietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 133.

95 RODOTÀ, Stefano. Conclusione: il tempo delle clausole generali. In: **Il principio di buona fede**. Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Scienze Giuridiche, economiche e politiche. Giornata di studio – Pisa, 14 Giugno 1985. v. III. Milano: Giuffrè, 1985. p. 247-272, p. 258

96 HENKE, Horst-Ebehard. **La cuestión de hecho**. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Europa-América, 1979, p. 96.

lhe confere o *status* de “homem da ciência”.⁹⁷ Com efeito, o tipo ideal da boa-fé resulta de uma tradição dos valores que sustentam as relações de poder em sociedade, comprometendo o plano de converter o “jurista teórico em um jurista capaz de incidir sobre a realidade”.⁹⁸

Com efeito, há nas entrelinhas da criação jurisprudencial da boa-fé objetiva um retorno ao seu ponto de partida:⁹⁹ não mais submetida à “tábua de valores” da burguesia oitocentista, mas à “tábua de valores” de uma sociedade de consumo. E nisto a boa-fé objetiva não remete para a completa superação do positivismo jurídico, revelando que a abertura do sistema jurídico e a efetividade da pluralidade de princípios e valores inscritos na Constituição da República, ocorre limitadamente. Por conseguinte, a casuística dos tribunais torna-se uma referência importante, ao retirar a boa-fé do vazio no qual estava mergulhada sua aplicação. Contudo, não pode ser tomada em sua exclusividade,¹⁰⁰ ao contrário, deve ser constantemente atualizada, mostrando-se receptível às mudanças sociais.

4. Conclusões

Para compreender o percurso do princípio da boa-fé no cenário da civilística nacional, mostrou-se necessário percorrer o itinerário, esboçado pela racionalidade jurídica moderna, no qual aquele princípio é chamado a se reconhecer e alterar seu sentido. Recebida do Direito Romano como valor e experiência jurídica daquele povo, a boa-fé logo sistematizou-se nas mãos do jurista moderno, que se vale de uma racionalidade calculadora. Para tanto, a recepção do Direito Romano e a ascensão econômica e cultural da burguesia partilham a mesma época, conjugando-se racionalidade jurídica e racionalidade econômica. A lógica mercantil requer a previsibilidade e o cálculo, importando não tanto a absorção das categorias jurídicas, mas principalmente do instrumental conferido pelo “pensamento jurídico-formal”.

No predomínio da cultura positivista, não se permitia ao jurista conferir vida à boa-fé legislada. O silogismo resta inútil para aplicação da boa-fé, que permanece como valor sob o tecido sistematizador da codificação. Prevista no *Code*, sob conotação jusracionista, doutrina e jurisprudência teceram um silêncio profundo acerca do princípio, com vistas a preservar o individualismo inscrito pelo liberalismo econômico na ordem jurídica e afastar todo o solidarismo humanista. Sob a égide da “inutilidade da interpretação positivista”, resta a “atrofia da boa-fé” diante da “hipertrofia da autonomia da vontade”. Seu sentido encerra-se nos limites do voluntarismo jurídico: mostra-se subjetivada, com o significado de “boa intenção”, por oposição à má-fé.

97 BARCELLONA, *La formación...*, p. 41.

98 BARCELLONA, *La formación...*, p. 20.

99 BARCELLONA, *La formación...*, p. 38.

100 RODOTÀ, op. cit., p. 267.

Esse cenário que sustentava o vazio da boa-fé assistiu a uma inversão na primeira metade do século XX, sendo necessário que a rigidez do positivismo jurídico recuasse. Contudo, restaram abertas as portas para a introdução de valores cultuados pelos regimes políticos totalitaristas. Em face deste temor, os tribunais germânicos do Segundo Pós-guerra concretizaram o conteúdo daquele princípio em funções e tipos jurídicos delineados a partir de uma interpretação-aplicação tópica de cláusulas gerais, *standards* e conceitos indeterminados. Amparada na doutrina, a boa-fé restou concretizada em tipos jurídicos, em sua função de controle ao exercício de direitos: *exceptio doli, venire contra factum proprium, Verwirkung, tu quoque*, inalegabilidade de nulidades formais e exercício desequilibrado de direitos.

Nos tribunais brasileiros, a boa-fé mostrou-se como projeção da racionalidade codificada. A ausência de uma cláusula geral no Código de 1916 conduziu a doutrina e jurisprudência a tecerem um profundo silêncio sobre o princípio. Reflexo da mentalidade capitalista dos oitocentos, a boa-fé objetiva revelava-se subjetivada, tomada como “boa intenção” por oposição à má-fé. Esse teor restou evidenciado na interpretação do artigo 1443 do Código Civil de 1916.

Posteriormente, a boa-fé mostrou-se permeada por uma aparente superação do positivismo jurídico. Subtraída do formalismo no qual estava mergulhada para se revelar como tributária da tradição jurídica germânica, sob os contornos de uma criação jurisprudencial do Direito. Neste quadro, a incompletude da boa-fé é contida pela transposição de figuras típicas que limitam o exercício de prerrogativas individuais no trânsito econômico. À semelhança das Cortes germânicas, encontram recepção as decisões sobre *venire contra factum proprium, tu quoque*, a inalegabilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado de direitos à luz da boa-fé.

Porém, o presente trabalho também recolheu da jurisprudência brasileira a especificidade em relação aos reflexos da tradição jurídica europeia. A transposição da tradição jurídica germânica ocorre indiretamente, sendo permeada pelos ensinamentos dos doutrinadores portugueses. Deste modo, a jurisprudência brasileira segue os passos dos tribunais lusos, revelados no acolhimento da figura da *Verwirkung*, sob a denominação de *supressão*. De outro modo não se passa com as decisões brasileiras, que fazem referência ao abuso do direito e ao *venire contra factum proprium*, sob o fundamento da boa-fé. Há nisto resquícios da tradição jurídica francesa que não se apagam totalmente.

Para além das transferências culturais contidas nos tribunais brasileiros, em relação ao Direito alemão e português, revelou-se o empréstimo de categorias jurídicas encontradas em outros sistemas: a *substancial performance*, advinda da *Common Law*, e a doutrina dos atos próprios, do direito espanhol, também ingressaram no Direito Privado pátrio para coibir o exercício inadmissível de prerrogativas individuais.

Daí os subsídios que levam a concluir pela especificidade da jurisprudência brasileira acerca do princípio da boa-fé: revela-se como tributária do positivismo jurídico, não obstante todo movimento de sua superação. Ao se revelar como pronta e acabada, sob os contornos de uma boa-fé “*prêt-à-porter*”¹⁰¹, o Direito é considerado como mero conjunto de normas, passível de empréstimo e não como um produto cultural, passível de aprendizagem e assimilação, que opera por meio de transferências culturais.

5. Referências

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos tribunais**. São Paulo, ano 89, v. 775, p. 11-17, maio, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BARBAS, Stela. **Boa fé**. In: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano II, Tomo II, Palácio da Justiça, Coimbra, 1994.
- BARCELLONA, Pietro. **El individualismo proprietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- _____. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, [s.d.].
- _____. HART, Dieter.; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista**. (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica). Tradução de Carlos Lasarte. Madrid: Civitas, 1977.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 260223 / PE AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0246429-3, 9, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, T2 - SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJ em 08/05/2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 214680-SP. 4^a Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 10 ago. 1999. **Revista dos Tribunais**, a. 89, v. 774, p. 210-212, abr. 2000.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 95.539-SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 03 dez. 1996. **Diário de Justiça**. Brasília, p. 39015, 14 out. 1996.

101 Expressão de: NALIN, op. cit., p. 134.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1087163 / RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0189743-0, Relator Ministra NANCY ANDRIGHI , T3 - TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 1.200.105-AM. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe. 26/07/2012.

CAENEDEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo.** 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Lições de introdução do estudo do direito.** Proferidas ao curso do 1º ano jurídico de 1968-69 por Castanheira Neves. Coimbra: datilografado por João Abrantes, 1968-69.

_____. Metodologia jurídica. Problemas fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito.** Stvdia Iridica. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CATTANEO, Giovanni. Buona fede obbiettiva e abuso del diritto. **Revista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile.** Milano, a. 25, p. 613-659, 1971.

DAVID-CONSTANT, Simone. La bonne foi: une mer sans rivages. In: _____. (Org.) **La bonne foi.** Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Tradução de: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HENKE, Horst-Ebehard. **La cuestión de hecho.** El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Europa-América, 1979.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia.** Portugal : Europa-América, 1997.

JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats.** Étude comparative de droit français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia geral.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito.** Tradução de: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa- fé no direito privado.** São Paulo: RT, 1999.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- _____ ; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra : Almedina, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno** (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações:** fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- RANIERI, Fillipo. **Rinuncia tacita e Verwirkung** : tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto. Padova: CEDAM, 1971.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 597085406. 6ª Câmara Cível. Relator: João Pedro Freire. Porto Alegre, 17 jun. 1997. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, a. 32, v. 184, p. 347-350, out. 1997.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 589073956. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 19 dez. 1989. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 145, p. 320-324, nov. 1990.
- RODOTA, Stefano. Conclusione: il tempo delle clausole generali. In: **Il principio di buona fede.** Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Scienze Giuridiche, economiche e politiche. Giornata di studio – Pisa, 14 Giugno 1985. v. III. Milano: Giuffrè, 1985.
- RODOTÀ, Stefano. Conclusione: il tempo delle clausole generali. In: **Il principio di buona fede.** Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Scienze Giuridiche, economiche e politiche. Giornata di studio – Pisa, 14 Giugno 1985. v. III. Milano: Giuffrè, 1985. p. 247-272.
- SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato de legiferare? **Rivista de diritto civile.** Ano XXIX, nº 2, marzo-aprile, p. 117-135, 1983.
- SCHMIDT, Jan Peter. **Dez anos art. 422 CC – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa fé na práxis judiciária brasileira.** Inédito.

- SOLER, Sebastian. **Fe en el derecho**: y otros ensayos. Buenos Aires: TEA, 1956.
- STATI, Marcel. O. **Le standart juridique**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927.
- STORME, Marcel. La bonne foi: expression de la postmodernité en droit. In: DAVID-CONSTANT, Simone. [Org.] **La bonne foi**. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.
- VASCONCELOS, Pedro Paes de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.
- WEBER, Max. **História geral da economia**. Tradução de Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Mestre Jou, [s.d.].
- WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro. Madrid : Civitas, 1982.
- _____. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1967.
- WIETHÖLTER, Rudolf. **Le formule magiche della scienza giuridica**. Roma-Bari: Laterza, 1975.
- WITZ, Claude. **Droit privé allemand**. Paris : Litec, 1992. v. 1: Actes juridiques, droits subjectifs. BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales d'affaires.

O TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL: DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL VERSUS MERCANTILIZAÇÃO DA PESSOA

MARA CONCEIÇÃO VIEIRA DE OLIVEIRA

Professora de Língua Portuguesa; Doutora em Letras – Universidade Federal Fluminense -UFF; Mestra em Teoria Literária – Universidade Federal de Juiz de Fora-UFJF; Professora no Curso de Direito da Estácio de Sá de Juiz de Fora. Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Direito, Arte e Literatura*, vinculado ao Programa de iniciação científica da Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora e membro do grupo de pesquisa “*Relações entre Literatura, Filosofia e Psicanálise na contemporaneidade*”, vinculado ao CNPq/UFF.

POLYANA VIDAL DUARTE

2- Professora de Direito Civil; Doutoranda em Direito – UNESA- Universidade Estácio de Sá; Mestra em Direito - UNESA; Professora no Curso de Direito da Estácio de Sá de Juiz de Fora. Membro do Grupo de Pesquisa *Direito, Arte e Literatura*, vinculado ao Programa de iniciação científica da Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora.

Resumo

Embora haja regulamentação no sistema jurídico brasileiro, o *Trafico de órgãos* é problema sério, e medidas de prevenção são pouco discutidas e/ou apresentadas. A atrocidade do crime torna-no pouco crível diante da sociedade, na qual muitos entendem o tráfico de órgãos apenas como mais uma lenda urbana. Este estudo pergunta: qual a efetividade da regulamentação da dignidade da pessoa humana, quando o corpo assume valor de “coisa”, ou seja, quanto custa uma pessoa ou parte dela quando transformada em produto numa sociedade de mercado? Quais os limites jurídicos e morais são violados quando um órgão é colocado à venda? Assim, objetiva-se, aqui, descrever o princípio da dignidade da pessoa humana e sua efetividade em relação a este crime, apontando o descumprimento do Código Civil Brasileiro. Para tanto, o procedimento metodológico escolhido se orientará pela pesquisa teórico-bibliográfica, realizando leituras legislativa e doutrinária; leitura crítica filosófica com Michael Sandel sobre a moralidade do mercado; e levantamento de dados com base na *CPI do Trafico de órgãos* - CPIORGÃO. Os resultados obtidos, até o presente momento, apresentam levantamento teórico e bibliográfico; ainda não se realizou análise aplicada aos casos específicos citados pela comissão, embora possam vir a ser estudados noutras etapas do desenvolvimento da pesquisa. A temática deste artigo, ao relacionar a

problemática do tráfico de órgãos, a dignidade da pessoa humana e a mercantilização do corpo, converge para o tema do evento: - **Participação, Democracia e Cidadania na perspectiva do Direito Iberoamericano** -, uma vez que nosso grupo de pesquisa também entende a questão neste cenário de crescente e complexo processo de globalização.

Palavras-chave

Tráfico de órgãos; Mercantilização; Dignidade da pessoa humana.

Resumen

Pese haya regulación en el sistema jurídico brasileño, el *Tráfico de órganos* es problema serio, y medidas de prevención son poco discutidas y/o presentadas. La atrocidad del crimen se vuelve poco creíble ante la sociedad, en la cual muchos entienden el tráfico de órganos sólo como más una leyenda urbana. Este estudio cuestiona: ¿Cuál la efectividad de la regulación de la dignidad de la persona humana, cuando el cuerpo asume valor de “cosa”? , es decir, ¿Cuánto cuesta una persona o parte suya cuando transformada en producto en una sociedad de mercado? ¿Cuáles los límites jurídicos y morales son violados cuando un órgano está puesto a la venta? De esta manera, se objetiva, aquí, describir el principio de la dignidad de la persona humana y su efectividad en relación a este crimen, señalando el incumplimiento del Código *Civil Brasileiro*. Para eso, el procedimiento metodológico elegido se orientará por la investigación teórico bibliográfica, al realizar lecturas legislativas y doctrinarias; lectura crítica filosófica con Michael Sandel sobre la moralidad del mercado; y recopilación de datos sobre la base de la *CPI del Tráfico de órganos* – “CPIORGAO”. Los resultados obtenidos, hasta el momento actual, presentan recopilación teórico bibliográfica; aún no se realizó análisis aplicada a los casos específicos citados por la comisión, a pesar de que puedan venir a ser estudiados en otras etapas del desarrollo de la investigación. La temática de este artículo, al relacionar la problemática del tráfico de órganos, la dignidad de la persona humana y la mercantilización del cuerpo, contribuye para el tema del evento: - **Participación, Democracia y Ciudadanía en la perspectiva del Derecho Iberoamericano** -, una vez que nuestro grupo de investigación también entiende la cuestión en este escenario de creciente y complejo proceso de globalización.

Palabras clave

Tráfico de órganos; Mercantilización; Dignidad de la persona humana.

1. Introdução

A discussão acerca do *Tráfico de Órgãos* movimenta um mercado significativo em âmbito mundial e nacional. Embora haja regulamentação no sistema jurídico brasileiro, medidas de prevenção são pouco discutidas e/ou apresentadas. A atrocidade do crime e a

falta de uma discussão séria tornam-no pouco crível diante da sociedade, na qual muitos entendem o tráfico de órgãos apenas como mais uma lenda urbana.

Este estudo pergunta: qual a efetividade da regulamentação da dignidade da pessoa humana, quando o corpo assume valor de “coisa”, ou seja, quanto custa uma pessoa ou parte dela quando transformada em produto numa sociedade de mercado? Quais os limites jurídicos e morais são violados quando um órgão é colocado à venda? Assim, objetivase, aqui, descrever o princípio da dignidade da pessoa humana e sua efetividade em relação a este crime, apontando o descumprimento do Código Civil Brasileiro, principalmente no que diz respeito ao art.14. O procedimento metodológico escolhido se orientará pela pesquisa teórico-bibliográfica, realizando leituras legislativa e doutrinária; leitura crítica filosófica com Michael Sandel sobre a moralidade do mercado e levantamento de dados com base na *CPI do Trafico de órgãos* - CPIORGÃO. Os resultados obtidos, até o presente momento, apresentam levantamento teórico e bibliográfico; ainda não se realizou análise aplicada aos casos específicos citados pela comissão, embora possam vir a ser estudados noutras etapas do desenvolvimento deste Grupo de pesquisa.

A relevância desta pesquisa consiste não apenas em apontar a falta de efetividade do respeito à dignidade da pessoa humana; como também, no âmbito do ensino Jurídico e Educacional, promover a formação leitora do estudante atrelada à pesquisa acadêmica. Este texto é fruto de pesquisa desenvolvida na Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora pelo Grupo Direito e Literatura, vinculado ao Programa de Iniciação Científica – PIC. O grupo de pesquisa realiza a princípio leituras literárias, as quais incitam investigações descritivas e analíticas no âmbito jurídico.

A temática deste artigo ao relacionar estudo entre a problemática do tráfico de órgãos, a dignidade da pessoa humana e a mercantilização do corpo converge para o tema do evento: - **Participação, Democracia e Cidadania na perspectiva do Direito Iberoamericano** -, uma vez que nosso grupo de pesquisa também entende a questão neste cenário de crescente e complexo processo de globalização.

A questão que se levanta aqui em torno do tráfico de órgãos foi lida primeiramente no conto *O anjo das marquises*, de Rubem Fonseca (disponível em apêndice no final deste texto), e sua urgência de discussão escapa da perspectiva em narrativa literária e encena narrativas “reais”, como aquelas citadas pela CPIORGÃO. Nesta perspectiva, aponta-se como hipótese que o trabalho de levantamento de dados e coleta de informações teve caráter investigatório para as alunas participantes do grupo, além de representar uma atividade acadêmica interdisciplinar.

2. Mercado Humano: O Relativismo Moral

O tráfico de órgãos é uma realidade que afeta o Brasil, assim como outros países do mundo, tendo impacto direto na economia ao movimentar valores consideráveis, que

giram em torno de US\$ 7 bilhões a US\$ 13 bilhões por ano (CPIORGÃO, 2004) e representa uma violação aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Essa prática constitui-se num crime que ocorre mediante dois grupos distintos: a formação de quadrilha, envolvendo profissionais especializados, como médicos, enfermeiros, agenciadores, entre outros profissionais; e pessoas carentes de recursos financeiros, que enxergam esta prática como “lucrativa”. O tráfico de órgãos é considerado um crime em praticamente todos os países do mundo, com exceção do Irã, e é tipificado no Brasil nos arts. 14 ao 20 da Lei nº 9.434/97 que regulamenta a matéria.

O tráfico de órgãos constitui-se numa prática ilegal de comércio de órgãos humanos, e é fomentado pela escassez de órgãos disponíveis para atender a grande demanda de pessoas que precisam ser imediatamente transplantadas. Por outro lado, essa prática se beneficia da pobreza que assola muitos países no mundo, como o Brasil, e também de legislações lacunosas, fato que não ocorre com o sistema jurídico brasileiro, que regula o assunto na CRFB/88, no art. 199, § 4º; no Código Civil/2002, no art. 13; além disso, possui uma lei específica para disciplinar a matéria, que é a Lei nº 9.434/97, que foi regulamentada pela Lei nº 10.211/01.

É considerado o terceiro crime organizado mais lucrativo no mundo, ficando atrás do tráfico de armas e de drogas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012). As vítimas desse crime ou vendem ou têm os seus órgãos clandestinamente roubados, enquanto ainda vivas, ou após a morte. Portanto, são vítimas desse crime, tanto aquelas pessoas que são sequestradas e têm seus órgãos retirados, passando por aquelas que têm os órgãos sadios removidos mediante procedimentos cirúrgicos irregulares; e ainda, aquelas que vendem conscientemente seus órgãos, porque precisam de dinheiro. Em relação a essa distinção acerca das formas de aquisição de órgãos, a CPIORGÃO apresentou a seguinte classificação:

Doações entre parentes vivos; doações de pessoas emocionalmente relacionadas com o receptor; doação altruísticas; doações com incentivo para o doador (“rewarded donors”); as doações recompensadas (“rewarded gifting”); comércio desmedido (...); e a doação por coerção criminosa. As quatro últimas categorias são mercantilistas e nenhuma delas é aceita em nosso País, pois entre nós há um consenso majoritário no sentido da rejeição da venda de parte do corpo, mesmo em situação de extrema necessidade terapêutica de transplante. (A.S. Daar, *apud*, CPIORGÃO, 2004, p.7)

Na realidade essa indústria clandestina de órgãos promove assassinatos que não conseguem ser contabilizados precisamente nas estatísticas governamentais. Não há fonte formal que apresente os números de vítimas, tanto em relação aos doadores, quanto aos receptores; também não é possível precisar o número de órgãos comercializados. Para investigar as organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos no Brasil foi

instalada uma CPI, em novembro de 2004. A CPIORGÃO, como foi denominada, deu publicidade e investigou inúmeros casos concretos ocorridos no país.

Estima-se que no Brasil o tempo de espera na fila por um transplante varia de cinco a onze anos, sendo que 70 a 80% dos candidatos dessa lista não conseguem sobreviver até a chegada do doador. Dados da CPIORGÃO indicam que existe no Brasil, atualmente, cerca de setenta mil pessoas na fila aguardando o transplante. O país tem a maior fila de espera do mundo. Em decorrência dessa situação, pessoas com maior poder aquisitivo acabam procurando o comércio ilegal de órgãos.

O Brasil tem um aparato legislativo que reforça a sua posição contrária à comercialização de órgãos. A Constituição de 1988, além de considerar o respeito à vida, como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, III, veda expressamente a comercialização de órgãos humanos no art. 199, § 4º.

A Lei que regulamenta o transplante de órgãos no Brasil, Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 é pontual ao determinar que, via de regra, a disposição do corpo, ou parte dele, somente poderá ocorrer de forma gratuita. De acordo com essa lei, posteriormente regulamentada pela Lei nº 10.211 de 2001, a doação de órgãos, entre vivos, não aparentados dependerá de decisão judicial, no intuito de inibir o comércio clandestino de órgãos.

O Código Civil de 2002, buscando proteger os direitos da personalidade, determina nos arts. 13, 14 e 15 sobre a disposição do próprio corpo, e reitera o conteúdo das legislações já em vigor, ao afirmar no art. 14 que a disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, somente poderá ocorrer de forma gratuita.

O tráfico de órgãos no país representa uma realidade em desacordo com a CRFB/88, por contrariar o fundamento da República, pois ele representa a coisificação da pessoa humana. A partir dessa realidade, cabe a reflexão acerca da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, frente à transformação da pessoa em produto na sociedade de mercado. Logo, este estudo buscará aproximar a leitura de Sandel (2012) - sobre os *limites morais do mercado* - da falta de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como apontar o descumprimento de dispositivo do Código Civil Brasileiro em seu art.14.

As necessidades humanas, segundo Sandel (2012), estariam suscetíveis ao mercado e essa lógica de compra e venda requer um questionamento moral¹. A materialização de muitas necessidades humanas coloca a venda “coisas que o dinheiro não compra”, ou pelo

¹ O presente texto, embora entenda que a questão acerca do tráfico de órgãos acene para uma reflexão ética, não a fará, pois na esteira de Sandel, buscará estabelecer diálogo com a perspectiva moral. Sandel interpreta a atitude do comportamento humano em relação ao crime de órgãos, por exemplo, como comportamental, por isso cabendo análise moral.

menos deveria não comprar, mas isso ocorre, principalmente, quando uma *sociedade de mercado*² se sobrepõe à *economia de mercado*³. Assim, as necessidades e atitudes humanas são corrompidas na medida em que são mercantilizadas. Ao se tornarem produtos, sua utilidade é ressignificada e se perde os parâmetros da liberdade individual pela própria força do liberalismo econômico, delineando um quadro degradante em que o relativismo moral é preocupante e passa a violar a dignidade humana.

Ao fundamentar proposição de que o mercado teria se desvinculado da moral, Sandel (2012) apresenta exemplos assustadores nas mais distintas áreas das atividades humanas: saúde, educação, segurança pública, justiça penal, proteção ambiental, recreação, procriação, etc.

... a invasão das escolas públicas pela publicidade comercial; a venda de “direitos de nome” a parques e espaços cívicos; a comercialização de óvulos e esperma “de grife” para a reprodução assistida; a tercerização da gravidez da mãe de aluguel no mundo desenvolvido; um sistema de financiamento de campanhas eleitorais que chega perto de permitir a compra e venda das eleições. (SANDEL, 2012, p. 13).

A desigualdade e a corrupção são para Sandel (2012) duas características fortes deste mercado, onde tudo está à venda em função do aumento da “ganância” e do aumento da importância do dinheiro. Surge, portanto, a necessidade de se repensar o papel do próprio mercado, que contabilizará o lucro das escolas, hospitais, prisões, guerras, de modo que a desigualdade não aponta mais só na direção das vantagens em comprar iates, carros, férias no exterior, por exemplo; mas também no direito de se adquirir escola, segurança e saúde. Com isso se delineia a necessidade de um debate público sobre os limites morais do mercado na esfera pública. Mas como promovê-lo se a própria política e os políticos estão também preocupados com o lucro na atividade de suas funções?

Para esta e outras tantas perguntas não temos encaminhamento de respostas, se não analisarmos quais os valores regulam as diferentes áreas da vida cívica e social. Como resposta provisória, Sandel diz que no momento que em decidimos que determinado bem pode ser vendido ou comprado, estamos mercantilizando-o, ou seja, tratando-o como instrumento de lucro e uso. Para tanto, elucida como exemplo a venda de crianças. Não podemos vender crianças, porque entendemos - ou devíamos entender - que crianças precisam de amor e cuidado. Ainda que o comprador a trate assim, há nesta atitude uma ressignificação dos conceitos de cuidado e amor. Neste caso não pode prevalecer a “lei do dinheiro”, mas da dignidade da pessoa humana.

2 *Sociedade de mercado*: segundo Sandel (2012) é o modo de vida em que valores do mercado permeiam a atividade humana.

3 *Economia de mercado*: segundo Sandel (2012) organiza e promove a atividade produtiva.

Se não temos condição moral e cívica para decidir o que é e não é mercadoria, estaremos suscetíveis aos crimes de tráfico de órgãos. Além disso, falta dever jurídico no que diz respeito à pessoa humana; falta discernir *coisa* de *pessoa*. Como será visto neste estudo, a noção kantiana de que coisas têm preços e pessoa dignidade, de modo que atitudes intrínsecas à pessoa humana são merecedoras de respeito não apenas na perspectiva moral, mas também em decorrência de um Direito fundamental e constitucional.

3. Pessoa Humana como Centro Referencial de Proteção

O caráter cosmopolita alcançado pelos ideais liberais da Revolução Francesa fez com que os direitos inseridos na Declaração dos Direitos Humanos de 1789 influenciassem os diversos ordenamentos jurídicos do mundo. Assim, os Direitos Fundamentais nasceram nas Constituições liberais do século XVIII, dando início a uma importante etapa no desenvolvimento teórico destes direitos.

Porém, a plena afirmação dos Direitos Fundamentais só ocorreu no século XX, mais precisamente a partir da Segunda Guerra Mundial. Com o pós-guerra, importantes transformações aconteceram em defesa dos Direitos Humanos. O pós-guerra impulsionou o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, mediante um sistema de monitoramento e fiscalização internacional desses direitos, demonstrando ser de legítimo interesse da comunidade internacional a proteção dos Direitos Humanos.

As extremas violações ao ser humano e a seus direitos, ocorridas durante as guerras que se sucederam no século XX, resultaram na criação da ONU (Organização das Nações Unidas), em 1945, e na proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Segundo João Baptista Herkenhoff:

A Carta das Nações Unidas, que criou a ONU, estabeleceu como um dos propósitos desse organismo internacional promover e estimular o respeito aos Direitos Humanos. Em atendimento a esse objetivo, o Conselho Econômico e Social, órgão responsável por esta matéria no seio da ONU, criou a Comissão de Direitos Humanos. A Comissão de Direitos Humanos, como sua primeira empreitada, discutiu e votou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, submetida depois à Assembléia Geral. (HERKENHOFF, 1998, p. 33-34)

A partir de então, a humanidade caminha no sentido de considerar a pessoa humana o bem mais importante a ser protegido e promovido. A tutela da dignidade da pessoa humana se transformou na ideia central do sistema jurídico mundial, para ela convergindo a fundamentação dos direitos fundamentais. A esse respeito, é muito interessante o esclarecimento de Vicente Barreto:

... os direitos humanos remetem a exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana, que podem ser resumidas na idéia de dignidade

humana. A manutenção da dignidade humana constitui, assim, o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, todas asseguradoras da realização integral da pessoa. (2002, p. 521)

A Declaração Universal de 1948 deu nova dimensão aos Direitos Humanos⁴, que, a partir de então, passaram a caminhar no sentido de sua plena efetivação. Os direitos proclamados em 1948 foram sendo gradativamente inseridos no texto das Constituições dos diversos Estados.

A Constituição Federal brasileira de 1988 deu ampla acolhida aos Direitos Humanos proclamados em diversos documentos internacionais. Em clara demonstração de apoio à normativa internacional, a Constituição declara, logo no primeiro artigo, a proteção à dignidade da pessoa humana, como norma que fundamenta o Estado brasileiro. Tal princípio funciona como suporte axiológico de todo o sistema jurídico nacional, para ele convergindo todos os demais direitos fundamentais presentes na Constituição Federal.

4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Sistema Constitucional Brasileiro

A Constituição de 1988, no art. 1º, inciso III, estabelece que a República Federativa do Brasil está fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana. Tal dispositivo colocou o ser humano como objetivo central do ordenamento jurídico, orientando e fundamentando todo o sistema, a fim de que todo ele esteja sistematicamente direcionado para a sua proteção.

Assim concebido, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que as Constituições e os instrumentos internacionais ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. Esse princípio orienta toda a atividade legislativa, judiciária, administrativa e privada, à realização do indivíduo como interesse superior e primeiro.

A proteção à dignidade da pessoa humana localiza-se no Título I, fato que pela técnica legislativa adotada revela a importância de tal dispositivo, que precede a todos os demais capítulos constitucionais, servindo de base interpretativa para eles. Este princípio confere unidade axiológica ao sistema jurídico-constitucional, vinculando o aplicador do direito que, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas deverá primar pela proteção da pessoa humana.

⁴ É importante observar, no entanto, que o desenvolvimento dos Direitos Humanos não se estabilizou com o texto aprovado em 1948. Muito pelo contrário, a noção de Direitos Humanos continua se desenvolvendo, apresentando-se, na prática, a necessidade da declaração de novos direitos para atender às necessidades que surgem.

Portanto, o sistema jurídico em geral, e os direitos fundamentais em especial, encontram seu fundamento na pessoa humana. Entender o conteúdo substancial do princípio da dignidade da pessoa humana é compreender que o ser humano é a bússola a nortear todo o sistema. Nessa perspectiva de análise, suas necessidades têm que ser consideradas concretamente, não podendo se sujeitar aos modelos tradicionalmente abstratos de proteção. Como assinalou Fábio Konder Comparato,

... a ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, tal como enunciados nos artigos XXII a XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos. (COMPARATO, 2004, p. 24)

A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si mesmo, e não simplesmente como meio para se atingir outro fim. Nesse sentido, Kant afirma que "... o sujeito dos fins, isto é, o ser racional mesmo, não deve jamais ser posto como fundamento de todas as máximas das ações como simples meio, mas como condição suprema restritiva no uso dos meios, isto é, sempre ao mesmo tempo como fim". (KANT, 2005, p. 68)

Portanto, as normas jurídicas criadas pelo homem encontram seu fundamento de existência, ou seja, a sua finalidade, no próprio homem. A dignidade da pessoa humana consiste no respeito ao outro, traduzida na máxima kantiana (KANT, 2005, p. 59): "... age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio". Atribui-se ao pensamento kantiano as bases teóricas da noção da dignidade da pessoa humana. Para Kant, as coisas têm preço; a pessoa, dignidade. Assim, determina o autor:

No meio dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, comprehende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidade do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento (...); mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. (KANT, 2005, p. 65)

Para Maria Celina Bodin de Moraes quatro princípios compõem o substrato material do princípio da dignidade da pessoa humana, são eles: a igualdade; a integridade física e moral; a liberdade e a solidariedade. Segundo a autora em tela:

... quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social. (MORAES, 2003, p.117)

A dignidade da pessoa humana é direito inviolável e preexistente ao próprio ordenamento jurídico⁵, pois os textos que a estabelecem são declaratórios e não constitutivos. Maria Celina Bodin de Moraes acrescenta que “a dignidade humana (...) não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida” (MORAES, 2003, p. 115). A dignidade é inerente à própria condição natural do homem, sendo sua proteção um dever moral e legal de todos. Ingo Sarlet descreve a dignidade da pessoa humana como sendo

.... a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, 62)

Portanto, a dignidade da pessoa humana relaciona-se com os valores morais e materiais de subsistência, os quais, transpostos para a ordem jurídica se transformam no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio constitui-se pela junção de vários direitos indispensáveis a uma vivência digna do ser humano. Os direitos que compõem o conteúdo material deste princípio se encontram tanto no plano dos denominados direitos individuais, quanto no plano dos direitos sociais.

O desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana foi o grande estigma do século XX, marcado pela intolerância, discriminação, fome, violência, desigualdade social, guerras. A luta pela afirmação deste princípio representa o grande desafio dos novos tempos.

5 Em sentido contrário, encontra-se Pietro Perlingieri (2002) sustentando que a centralidade e a primazia da existência humana frente a todas as demais situações tuteladas pelo Direito têm fundamento na própria norma positiva.

5. Constitucionalização do Direito Civil

O Código Civil brasileiro, de 1916, assim como ocorreu em vários países, foi inspirado no Código Napoleônico, que atendia os anseios da classe burguesa pelo liberalismo econômico. Nesse passo, o Código Civil brasileiro primava pelos instrumentos de circulação de riqueza, como o contrato, a propriedade e o testamento. Em relação ao ideal burguês, afirma Cláudio Luiz Bueno de Godoy que:

À classe burguesa que ascendia, cuja atividade de produção alterava a índole agrária da economia da Idade Média, convinha a instrumentalização jurídica ou a ideologia mesmo da liberdade contratual, a absolutização, quase que completa, da autonomia da vontade, quando revelada pela tríplice e intocável prerrogativa de escolher contratar, o que contratar e com quem contratar, de resto tanto quanto sucedia com o instituto da propriedade, longe de ser admitida como uma relação jurídica complexa, que impusesse também deveres ao proprietário e criasse direitos a centros de interesses opostos, não-proprietários. (GODOY, 2004, p. 4)

O Código Civil de 1916 não fugiu ao modelo liberal da época e, no intuito de garantir a estabilidade das atividades privadas, protegia o patrimônio em detrimento da pessoa, o *ter* e não o *ser*. Para ser sujeito de direito, ou seja, para poder contrair obrigações e adquirir direitos, o indivíduo teria que possuir um patrimônio, pois, para o Código, somente importavam as situações jurídicas de cunho patrimonial.

O indivíduo era abstratamente considerado, na medida em que suas necessidades básicas eram tratadas de forma indiferente tanto pelo Estado, quanto pela sociedade. A proteção dos interesses extrapatrimoniais do ser humano era vista de forma secundária, marginal.

O Estado não interferia nas relações privadas, inexistindo deveres sociais por parte deste. A intervenção do Estado era considerada arbitrária pela ideologia liberal, operando-se uma divisão entre o direito público e o direito privado. Tais órbitas do direito eram vistas como compartimentos estanques, sem qualquer interpenetração, sendo que o direito público disciplinava unicamente a estrutura e funcionamento do Estado, enquanto que o direito privado normatizava unicamente as relações intersubjetivas. Tratando do tema, Gustavo Tepedino esclarece:

Afirmava-se, significativamente – e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos –, que o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado. (...) O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo,

todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular. (...) Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. (TEPEDINO, 2004, p. 2-3)

Em decorrência do surgimento do Estado Social, o legislador começou a intervir no campo da legislação privada, limitando a autonomia da vontade dos sujeitos de direito, em prol de interesses coletivos. O Estado inicia um movimento intervencionista na economia, através do denominado dirigismo contratual, além de implementar programas assistenciais. Ele passa a interferir na autonomia da vontade para garantir uma desigualdade que possa equilibrar a situação das partes, proporcionando uma igualdade fática entre elas.

Essa tendência obrigou o direito civil a se redimensionar. Em uma primeira fase, observou-se o surgimento das leis excepcionais, que regulavam setores não disciplinados pelo Código, em caráter emergencial ou excepcional. Na segunda etapa desse processo, diante do crescente aumento das lacunas no Direito Civil, nasceram as leis especiais, que disciplinavam de forma especializada e ampla, determinados temas, não mais em caráter excepcional. Nessa fase de especialização, o Código Civil perdeu seu caráter de estatuto exclusivo das relações patrimoniais privadas.

Posteriormente, sucedeu-se uma terceira fase, na qual o legislador passou a criar leis bem abrangentes, que tratavam amplamente de determinados assuntos subtraídos do Código Civil. Evidenciou-se, então, a proliferação dos chamados microssistemas, na denominada *Era dos Estatutos*. Pode-se citar como exemplo de produção legislativa da época, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei dos Direitos Autorais, da Lei de Locações, entre outras.

O Código Civil passou a assumir o papel de fonte residual na legislação de algumas matérias. A legislação especial se expandiu e o âmbito de abrangência do Código Civil se estreitou. Nesta fase, também se verifica a inserção de princípios e normas de conteúdo privatista nos textos constitucionais, no intuito de limitar a autonomia privada e estabelecer deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada.

Por seu turno, as Constituições passam a abordar temas antes exclusivos do Código Civil, como a função social da propriedade e a organização da família. O Código Civil, até então definido como a Constituição do direito privado, cede espaço para o Direito Constitucional. Sobre esta questão, afirma Gustavo Tepedino:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao

Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos das decorrentes. (TEPEDINO, 2004, p. 7)

As Constituições democráticas, surgidas no pós-guerra, e estruturadas no princípio da dignidade da pessoa humana, apresentaram um descompasso com a filosofia liberalista da legislação civil. Essa incompatibilidade entre a legislação constitucional e a legislação civil aconteceu em vários países.

A Itália foi o primeiro país a proclamar uma nova Constituição após a Segunda Guerra Mundial. O texto constitucional italiano acolheu plenamente a proteção e a defesa da dignidade da pessoa humana. O direito civil italiano, cujo Código havia sido promulgado em 1942, era baseado na produtividade do período fascista e na propriedade individual, marcando, assim, um descompasso com o texto da nova Constituição.

Esta discrepância levou os doutrinadores italianos a conduzirem seus estudos de modo a compatibilizar o direito civil com os preceitos constitucionais. Todos os conceitos civilistas, até então firmados, foram submetidos a uma releitura sob o filtro constitucional. Surgiu, então, o movimento denominado de Direito Civil Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil, entre outras denominações. De acordo com Teresa Negreiros, “o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social.” (NEGREIROS, 2002, p. 11)

Esse movimento influenciou a doutrina brasileira, tendo em vista que o Código Civil de 1916 refletia a filosofia individualista da Revolução Burguesa. O texto constitucional de 1988 inaugurou nova fase, conferindo novo papel para o direito civil, levando a doutrina nacional a repensá-lo sob à luz dos fundamentos constitucionais. Operou-se, assim, verdadeira mudança paradigmática do direito civil brasileiro.

Atualmente, portanto, deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código, como ocorria. Assim, surge a perspectiva civil-constitucional, isto é, nasce um direito civil informado pelos princípios estabelecidos na Constituição, que passou a ser a mais legítima das fontes de irradiação dos valores que devem unificar axiologicamente todo o conjunto normativo. Como ressaltou Teresa Negreiros:

As relações jurídicas de natureza civil, não importando a sua natureza específica – familiar, obrigacional, real ou sucessória –, passam a

disciplinar-se não apenas pelas normas contidas ou derivadas do Código, mas, igualmente, por princípios e regras constitucionais. A hierarquia da normativa constitucional, desde há muito reconhecida sob o ponto de vista teórico, torna-se um objetivo a ser concretizado na prática. (NEGREIROS, 2002, p. 50)

O patrimônio, neste novo cenário, perde a sua centralidade no ordenamento civil em detrimento da pessoa, mas não uma pessoa no perfil do Código oitocentista, vista de forma abstrata, ou seja, como titular de direitos e obrigações, separada das condições dignas de vivência, porém uma pessoa concretamente considerada. Heloísa Helena Barbosa presta interessante esclarecimento ao assunto, ao firmar que:

...substituiu-se a ótica liberal, individualista, patrimonialista do século passado, por uma visão que se pode denominar humanista. O homem continua como centro de estruturação do sistema jurídico, porém, não mais como produtor e motor da circulação de riquezas, e sim como ser humano, que deve ser respeitado e assegurado em todas as suas potencialidades *como tal*. O patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar *instrumento* da realização das pessoas humanas. Em outras palavras, o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas regente das atividades econômicas. Insista-se: o homem deve servir *do* patrimônio, não *ao* patrimônio. (BARBOSA, 1998/1999, p. 33)

Nos códigos oitocentistas, o centro de gravidade dos direitos subjetivos era a propriedade privada. Resguardava-se a autonomia privada, que tem na propriedade o seu símbolo maior, partindo-se do pressuposto de que, teoricamente, sendo todos igualmente livres para o exercício deste direito, todos podiam ser proprietários. O Código limitava-se a tutelar a atividade econômica do homem-proprietário, tais como o contrato, o testamento, os direitos de sucessão e os regimes de bens da relação matrimonial.

As codificações editadas após a Segunda Guerra Mundial mudaram o foco de atenção, passando a tutelar os direitos referentes à personalidade. Inicia-se um movimento de despatrimonialização do direito civil, em que a proteção da propriedade deixa de ser a meta central do sistema, passando o ser humano a ocupar o centro valorativo do ordenamento jurídico.

Se o patrimônio foi considerado atributo da personalidade, quando essa era analisada abstratamente, atualmente admite-se a pessoa concreta, observando-se suas reais necessidades, anseios e sentimentos. É a chamada *repersonalização do direito*, termo usado por Luiz Edson Fachin que, ao explicitar seu significado, afirma que:

Esse movimento coloca no centro as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como a habitação minimamente digna. Não se trata de acaso, mas uma vez, o fato de, atualmente, aparecer a noção de defesa

do patrimônio mínimo: o módulo rural passa a ser impenhorável e o bem legal de família se insere neste momento em homenagem, não a valores patrimoniais, mas, sim, a certos valores que retiram a possibilidade da execução creditícia. (FACHIN, 2003, 78)

Com efeito, a dicotomia entre direito público e direito privado se ofusca diante da interpenetração dos seus conteúdos⁶, que é concretizada, por exemplo, através da atribuição constitucional da função social da propriedade, do reconhecimento constitucional da igualdade entre todos os filhos, do dirigismo contratual, entre outros.

Constata-se que muitas relações jurídicas, tidas tradicionalmente como privadas, extravasam o interesse das partes envolvidas, passando a interessar também à coletividade. Por outro lado, o Estado se vale da normativa privada em suas relações com particulares. Acrescenta Gustavo Tepedino, em relação a *summa diviso* entre direito público e direito privado:

Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores. (TEPEDINO, 2004, 19-20)

Nesse movimento, assumem relevância jurídica as necessidades humanas. O ordenamento jurídico, no intuito de promover o princípio da dignidade da pessoa humana, passa a primar pelo desenvolvimento do indivíduo em todas as suas potencialidades, levando em consideração as condições específicas da pessoa, conferindo, para isso, regimes diferenciados. A leitura constitucionalizada do direito civil prima pelo *ser* sobre o *ter*. Portanto, caminha-se no sentido da despatrimonialização do direito civil. Porém, como ressalta Pietro Perlingieri:

6 Hannah Arendt (1993, p.68) faz uma importante observação sobre a noção indivisa de público/privado, alegando que “é em relação a esta múltipla importância da esfera pública que o termo ‘privado’, em sua concepção original de ‘privação’, tem significado. Para o indivíduo, viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação ‘objetiva’ com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privatividade reside na ausência de outros; para estes, o homem privado não se dá a conhecer, e portanto é como se não existisse. O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros.”.

Com isso, não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estatístico-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser “radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado”. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exautorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos “valores”, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. (PERLINGIERI, 2002, p. 33)

O legislador do Código Civil/2002 recorreu às chamadas cláusulas gerais, também denominadas de cláusulas abertas, para viabilizar a entrada dos princípios e valores previstos na Constituição Federal, na interpretação das normas contidas no atual Código Civil. As cláusulas gerais podem ser definidas como normas incompletas, cujo enunciado não traça pontualmente a hipótese e as suas consequências. Assim, não possuem autonomia típica de outras normas jurídicas, sendo destinadas a concretizar-se no âmbito dos programas normativos de outras disposições, ainda que essas outras disposições, com normatividade e tipicidade autônoma, sejam princípios.

As cláusulas gerais foram um importante instrumento utilizado pelo legislador brasileiro para a constante atualização dos preceitos contidos no Código Civil/2002, além de servir como porta de entrada dos princípios e valores constitucionais.

Assim, a Constituição Federal brasileira de 1988 passou a ser a mais legítima das fontes de irradiação dos valores que devem unificar axiologicamente todo o conjunto normativo. Ela tornou-se o foco de informações, e o Código Civil de 2002, passou a ser um corpo de normas com cláusulas abertas para viabilizar a atuação dos princípios e valores constitucionais.

6. Conclusões

A ideia de proteção ao homem, na Era Moderna, ganhou impulso a partir de três importantes declarações: o *Bill of Rights*, em 1689; a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789; e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), em 1945, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem por ela proclamada, o direito busca efetivar, em nível internacional, a

proteção aos Direitos Humanos. Assim, vários Tratados, Protocolos, Pactos e Declarações estão sendo firmados nesse sentido.

No plano interno dos Estados, as Constituições, que até então eram formadas, em grande parte, de normas com conteúdo programático, voltadas principalmente para a organização política do Estado, passam a garantir a proteção aos Direitos Fundamentais. No Brasil, a tutela da dignidade da pessoa humana se transformou em princípio fundador da ordem constitucional, a partir de 1988, com a primazia axiológica sobre os demais princípios e regras, tornando-se o bem mais importante a ser protegido e promovido pelo direito. Este princípio orienta a atividade legislativa, judiciária, administrativa e privada, à realização da pessoa. Ele confere unidade axiológica ao sistema jurídico, pois, ao integrar o conteúdo material de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, faz com que elas persigam a mesma finalidade.

A dignidade da pessoa humana se fundamenta no respeito ao ser humano com necessidades concretas e não ao indivíduo considerado abstratamente, numa visão individualista. Respeitar a dignidade humana requer um olhar para o outro e não apenas para si mesmo. Assim, na medida em que se respeita a dignidade do outro, está-se promovendo a própria dignidade.

A partir da constitucionalização do Direito, os Direitos Fundamentais se irradiaram para o plano infraconstitucional, passando a incidir nas relações interprivadas de forma direta e imediata, já que admitir o contrário é tirar das regras e princípios que compõem a Constituição a eficácia normativa. Nessa perspectiva, os Códigos Civis inspirados no Código Civil Napoleônico de 1804, como o Código Civil brasileiro, de 1916, tiveram que se reestruturar.

No contexto liberal no qual se inseria o direito civil oitocentista, a lei primava pela proteção do patrimônio em detrimento da pessoa. Para receber proteção jurídica, a pessoa tinha que possuir um patrimônio, tendo em vista que o Código primava pelos instrumentos de circulação de riqueza; ou seja, pelas relações contratuais, proprietárias e testamentárias. O direito, nessa época, encontrava-se dividido em dois ramos estanques: o direito público e o direito privado.

No Brasil, após o advento da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 teve que ser analisado à luz da principiologia constitucional, operando-se a denominada constitucionalização do direito civil, fato evidenciado no Código Civil de 2002 que se estrutura em torno da proteção da pessoa. Nesse novo cenário, o patrimônio perde sua centralidade para a promoção da pessoa concretamente considerada.

Diante desse contexto legislativo, de forte proteção da pessoa humana, tem-se a paradoxal realidade da coisificação do corpo humano, principalmente, quando os valores da economia de mercado permeiam o comportamento humano. Há nisso, uma inefetividade da regulamentação da dignidade da pessoa humana e uma lassidão dos limites jurídicos e

morais, de modo que a temática passa a ganhar relevo pela urgência de observância. Essa inefetividade em relação ao tráfico de órgãos foi preocupação deste artigo, que constitui grupo de pesquisa acadêmica em Centro Universitário, e aponta convergência para o tema deste evento: Participação, Democracia e Cidadania na perspectiva do Direito Iberoamericano.

7. Referências

- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BARBOSA, Heloísa Helena. Perspectivas do Direito Civil Brasileiro para o Próximo Século. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, UERJ/Renovar, n° 6 e 7, 1998/1999, p. 27-39.
- BARRETO, Vicente. Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimização dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL. *Código Civil*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão de Integração Nacional, Desenvolvimento Regional e da Amazônia*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/caindr/audiencias-publicas/audiencias/noticias/trafico-de-orgaos-e-terceiro-crime-mais-lucrativo-segundo-policia-federal>. Acesso em: 14.05.2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CPIORGÃO. *Comissão Parlamentar de Inquérito*. Relatório. 2004. Disponível em: <http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/CPI%20ORGaos.pdf>. Acesso em: 14.05.2015.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: _____ (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 317-324.
- _____. Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LXXVI, 2000, p. 129-152.

- _____. Ensaio sobre a incidência dos Direitos Fundamentais na Constitucionalização do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo a partir do Direito Civil-Constitucional no Brasil. In: BRAGA, Renata (Coord). *Direitos Fundamentais e Novos Direitos*. 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*: os novos princípios contratuais. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2004.
- HERKENHOFF, João Batista. *Direitos Humanos*: uma idéia, muitas vozes. Aparecida: Editora Santuário, 1998.
- KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra*: os limites morais do mercado. Trad. Clovis Marques. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012.
- SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____ (Org.). *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: _____ (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Apêndice - Considerações sobre o Conto: *O Anjo das Marquises*

O conto *O anjo das marquises*, de Rubem Fonseca, expõe um problema social, trazendo no seu enredo cenas da realidade brasileira, ainda que de modo distorcido na percepção do protagonista Paiva, que muitas vezes enxergava um mundo “perfeito”. Paiva após uma vida inteira de trabalho resolve se aposentar e aproveitar o tempo com a esposa, mas a mesma vem a falecer, ficando assim solitário. Uma vez que não tinha nem amigos e nem família, encontra-se numa vida vazia e sem sentido, buscando uma ocupação desesperado por um novo propósito.

Andando pelas ruas sem rumo, algo que fazia habitualmente, passou a notar o tamanho descaso, abandono e desprezo sofrido pelos transeuntes que usavam as marquises para dormir a noite. Sentindo-se culpado por nunca ter percebido o que se passava no quarteirão de sua residência, ficou comovido com tamanho descaso do Estado com aquela parte da sociedade e sentiu-se egoísta, já que possuía dinheiro e conforto. Viúvo e solitário viu a necessidade de fazer alguma coisa por aquelas pessoas e por ele mesmo.

Numa dessas noites, em que caminhava em busca de algo que nem ele mesmo sabia o que era, depara-se com uma atitude, a qual, na sua concepção, significava um ato de bondade e caridade. Isso lhe comoveu. Aqueles que Paiva chamava de “Anjos das Marquises” estavam recolhendo um homem debaixo de uma marquise para transportá-lo para uma ambulância. Pasmo, aproxima-se e se voluntaria imediatamente para ajudar no trabalho deles e indaga:

- Vocês são de alguma organização vinculada ao governo?
- Somos uma organização particular, queremos evitar que essas pessoas morram abandonadas nas ruas.

Tomado pela intenção de colaborar, Paiva passa o seu contato e espera retorno durante uma semana. Ainda que sem resposta, acreditava ter encontrado motivação para sua vida e uma oportunidade de fuga do seu mundo solitário.

Após noites de buscas, Paiva reencontra os *anjos das marquises* e é informado que eles haviam perdido seu telefone; todavia, comprometeram-se novamente a entrar em contato o mais breve possível.

Paiva não percebe motivo nesta falta de contato por parte da “organização” e nem mesmo busca informações oficiais sobre este grupo; todavia, isso já aponta para o leitor do conto um indício de má fé, que levanta, inclusive, suspeita a respeito da “organização particular”.

No dia seguinte, Paiva recebe uma ligação e a notícia de que foi aceito para trabalhar na organização, marcando assim um encontro, para o qual não haveria lugar melhor do que sob as marquises. Chegou ao local mais cedo, pois estava muito ansioso, e em seguida chegou

José, um dos integrantes que dirigia a ambulância. Neste dia, Paiva percebeu - em olhar mais atento - que a ambulância não possuía nada que a identificasse, nenhuma inscrição.

Talvez o desejo de encontrar uma real motivação para sua vida, tivesse deixado Paiva de olhos vendados aos perigos das ruas, ou ainda inebriado pela ilusão que tivera construído.

Chegando às instalações da organização, Paiva observa desde um motoqueiro, aparentemente, desinquieto até a limpeza do ambiente. Isso lhe trouxe uma imensa felicidade, a qual foi repentinamente interrompida quando é surpreendido por dois enfermeiros que o imobilizam. Atado em uma maca depois de todo um processo de higienização, foi anestesiado. Retiraram-lhe sangue e indagaram-se friamente sobre quais os órgãos de Paiva seriam de proveito, além de expressarem pressa, pois o motoqueiro continuava a esperar das encomendas. Retiraram-lhe as córneas e retalharam o corpo de Paiva.

OS POVOS TRADICIONAIS E O MITO DO CRESCIMENTO ECONÔMICO EM HARMONIA COM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA CRÍTICA À LUZ DA DOUTRINA PROTECIONISTA DO MEIO AMBIENTE

CARLA VLADIANE ALVES LEITE

Doutoranda em Direito pela PUC/PR. Bolsista pela FAPEAM. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA/AM. E-mail: carla_vladiane@hotmail.com / cv_advocacia@hotmail.com

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e do Programa de Pós-Graduação da PUCPR. Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra com bolsa da Capes. Consultor das Faculdades Atenas de Paracatu e Bolsista de Produtividade da Fundação Araucária. josequerinotavares@gmail.com

Resumo

Nos últimos anos os impactos do desenvolvimento econômico sobre o ambiente natural intensificaram-se de maneira geométrica em um âmbito mundial da problemática do esgotamento de recursos e devastação do meio ambiente para se adquirir matéria prima, colocando em risco os ecossistemas que sustentam todas as dinâmicas da humanidade, principalmente os povos tradicionais que habitam nesses lugares. Essa realidade não é recente, tendo sido alvo de discussões desde o inicio do século passado. Por conta disso, a complexidade e a urgência das questões ambientais levaram a comunidade global a unir esforços a fim de estabelecer uma nova perspectiva e novos caminhos para o desenvolvimento sustentável ambiental, a qual pudesse fazer conviver em harmonia a necessidade de se desenvolver econômica e socialmente, porém com o direito a uma vida saudável e ambientalmente protegida, já que se trata de um bem fundamental a dignidade da pessoa humana, reconhecido no mundo todo. Para isso, novas políticas públicas estão sendo implantadas e muitas das antigas estão sendo revistas. Diante da importância da problemática que o debate suscita, o presente trabalho pretende fazer um estudo acerca das

reflexões doutrinárias envolvidas do tema à luz do direito difuso e à proteção dos povos tradicionais. Para tanto, observar-se-á a evolução do conceito, suas esferas e perspectivas doutrinárias e jurídicas frente a uma legislação protecionista internacional do Direito Ambiental e dos povos tradicionais.

Palavras-chave

Desenvolvimento; Sustentabilidade; Meio Ambiente; Povos Tradicionais; Políticas Públicas.

Abstract

In recent years the impact of economic development on the natural environment intensified geometric way in a world of problematic context of resource depletion and devastation of the environment to acquire raw material, endangering the ecosystems that sustain all the dynamics of humanity, especially the indigenous peoples that inhabit these places. This reality is not new, having been the subject of discussion since the beginning of the last century. As a result, the complexity and urgency of environmental issues have led the global community to work together to establish a new perspective and new ways for the environmental sustainable development, which could do live in harmony the need to develop economically and socially But with the right to a healthy and environmentally protected life, since it is a fundamental right to human dignity, recognized worldwide. For this, new public policies are being implemented and many of the old are being revised. Given the importance of the issue that raises debate, this paper intends to make a study of the doctrinal considerations involved theme in the light of diffuse rights and the protection of traditional peoples. Therefore, it will be observed the evolution of the concept, his balls and doctrinal and legal perspectives front of an international protective legislation Environmental Law and traditional peoples.

Key words

Development; Sustainability; Environment; Traditional Peoples; Public Policy.

1. Introdução

Com o passar dos anos, os problemas ocasionados pela utilização inconsequente e pela falta de consciência de reutilização e reinserção dos recursos naturais foram se alastrando e tomando proporções alarmantes.

A humanidade só passou a ter consciência de que os bens naturais teriam sua finitude muito após o inicio da degradação do meio ambiente, o que fez correr com ideias

para resolver ou ao menos diminuir os problemas ambientais já presentes em todo o planeta terra.

A partir da necessidade de se preservar o meio ambiente, conceitos sobre sustentabilidade e questionamentos se iniciam para resolver um dilema que ainda é necessário de resolução: a necessidade de harmonizar o crescimento econômico e a preservação do meio ambiente.

A comunidade global passou a partilhar reflexões sobre um novo paradigma de desenvolvimento e crescimento econômico baseado em preceitos sustentáveis para o próprio ecossistema e para a humanidade como um todo. Para isso, esforços de varias partes do planeta se mobilizaram e questões têm sido trazidas à discussão em vários fóruns de debates, dentre elas a questão de ambientes que habitam povos tradicionais.

Dessa forma, o presente estudo vem trazer a análise dos conceitos de crescimento econômico no aspecto de desenvolvimento e sustentabilidade do meio ambiente.

Nessa perspectiva de discussão da complexidade de questões ambientais, vem tratar de ambientes atingidos por esses termos de crescimento e desenvolvimento econômico em ambientes envolvendo os povos tradicionais e sua relação com a sociedade como um todo, trazendo o chamado Direito Socioambiental.

Serão consideradas as relações da economia emergente, a preservação ambiental e o respeito aos povos tradicionais em face do paradigma de sustentabilidade por meio de bases teóricas do direito interno e internacional que tratam da problemática em questão, além das dificuldades de implantação dos preceitos harmônicos envolvidos.

Com esse objetivo do presente artigo adotou-se o método de abordagem dedutivo, articulado à documentação indireta e à pesquisa bibliográfica a partir de livros, periódicos, artigos em revistas especializadas, além dos veículos virtuais compatíveis.

2. A Questão do Crescimento Econômico e do Desenvolvimento

A partir do século XIX a Europa passou a ser o modelo para o resto do mundo e sua supremacia se espalhou e se consolidou através da burguesia europeia no mundo todo.

O homem burguês, que tinha a ideia de acumulação de riquezas através do individualismo, veio desenvolver um sistema econômico para proteger e garantir seus bens e status.

Tendo como marcos inicial a revolução industrial e a revolução francesa, a preocupação tornou-se a produtividade, o lucro, a “dominação” da natureza de forma indiscriminada, o crescimento econômico como base do desenvolvimento, apresentando como finalidade primordial a acumulação de riqueza.

Essa burguesia se prevalecia, pois tudo podia em relação aos coloniais e proletários, por meio de um modelo político autoritário, centralizador, repressivo e desigual.

Como consequência, o resultado de toda essa dominação em busca das riquezas foi a destruição do planeta.

Herdamos um ambiente fragmentado, mutilado e estéril pela lógica de um sistema de produção que não vê a natureza como parte de nós e que pouco se preocupa com sua destruição, cuidando apenas para que o Paraíso daqueles que o comandam esteja garantido, tendo, portanto o mundo de ricos e pobres em grandes contrastes.

Com isso, passamos de um modo de produção para um modo de depredação do planeta todo e de seus recursos naturais, pois o sistema passou a ser não só explorador da força de trabalho, mas aniquilador do trabalhador, destruidor da natureza, uma ‘fábrica de necessidades’ que confunde, convenientemente, qualidade de vida com quantidade de coisas compradas.

Neste contexto, a proteção jurídica do meio ambiente passou a ter caráter urgente e emergente e iniciou-se a partir do momento em que a degradação do planeta passou a ameaçar não só a qualidade da vida, mas a própria sobrevivência dos seres vivos, constatando-se a limitação, quantidade e existência, dos recursos naturais, e, por conseguinte, a necessidade, cada vez maior, de seu manejo adequado e racional, assim como dos resíduos gerados nos processos que envolvem sua utilização, como afirma PORFIRIO JUNIOR (2002: p.28-32), que vem a repensar vários conceitos, entre eles o do próprio desenvolvimento.

Por isso, os fóruns e as discussões em reverter tais problemas iniciaram e colocou-se em cheque a ideia de desenvolvimento visando somente o aspecto quantitativo, tal como preconizado pela imensa maioria dos economistas entre os anos 1950 e 1970.

As discussões foram tão grandes e que chegaram a conceitos para diferenciar desenvolvimento da ideia de crescimento econômico, o que ganhou força principalmente a partir da publicação do primeiro “Relatório do desenvolvimento Humano”, em 1990, onde a ONU passou a divulgar anualmente um índice de desenvolvimento que não se resumia ao Produto Interno Bruto (PIB) *per capita* ou à renda por trabalhador, passando a enfatizar informações como expectativa de vida, mortalidade infantil e outros indicadores de qualidade de vida.

Portanto, o aspecto qualitativo e inclusivo do que seria desenvolvimento foi se implementando e ganhando força no decorrer dos anos e teve suas bases revistas para diminuir cada vez mais os impactos da ganância no meio ambiente.

Nas palavras de FURTADO (2004, p.484):

[...] o crescimento econômico, tal qual o conhecemos, vem se fundando na preservação dos privilégios das elites que satisfazem seu afã de

modernização; já o desenvolvimento se caracteriza pelo seu projeto social subjacente. Dispor de recursos para investir está longe de ser condição suficiente para preparar um melhor futuro para a massa da população. Mas quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento.

SACHS (2009, p.47-61) enfatiza que o desenvolvimento vai além do crescimento econômico, do mercado, da superação norte-sul, da economia ecológica, entre outros. Em trabalhos realizados em 2002 e 2004, o autor salienta que desenvolvimento envolve também a ideia de aspectos qualitativos essenciais que possam estimular os indivíduos a desenvolverem suas capacidades, seus talentos, criatividade e imaginação na busca da auto realização e da felicidade, mediante esforços individuais e coletivos, combinação de trabalho autônomo e heterônomo e de tempo gasto em atividades não econômicas. Maneiras viáveis de produzir meios de vida não combinam com empregos mal remunerados exercidos em condições insalubres, com prestação inadequada de serviços públicos, como educação e saúde e de padrões subumanos de moradia e alimentação.

No relatório de 2004 diz que as pessoas são as verdadeiras riquezas das nações e que na verdade, o objetivo básico do desenvolvimento é alargar as liberdades humanas.

Portanto, o processo de desenvolvimento deve expandir as capacidades humanas, aumentando o leque de escolhas que as pessoas têm para viver, pois as pessoas são ao mesmo tempo beneficiárias desse desenvolvimento, mas agentes deste mesmo desenvolvimento e da mudança que provocam. Já que este processo deve beneficiar todos os indivíduos equitativamente e basear-se na participação de cada um deles no meio em que vivem.

No entanto, forçoso reconhecer que estamos diante de um desafio enorme frente a uma crise ambiental e frente à imensa necessidade diária de desenvolvimento e crescimento econômico, já que nos faz pensar se há como harmonizar tais aspectos e se conviver em um ambiente ecologicamente equilibrado.

3. Questão do Desenvolvimento Sustentável e da Harmonia com o Crescimento Econômico

A situação que estamos vivendo em relação das ações para a proteção do meio ambiente é chamada de crise ambiental, pois segundo estudiosos do tema como LEFF (2002), BOFF (2009), OST (1995) e SEN (2010) numa perspectiva holística significa não só as negatividades no meio ambiente natural, assim como a falência da forma de conduta do ser humano em face dos recursos naturais.

Enrique Leff sustenta que pela primeira vez, que a crise ecológica não é resultado de uma transformação natural, pois envolve transformações de natureza metafísica, filosófica, ética, científica e tecnológica. Para o autor, a solução para referida crise passa pelo

questionamento epistemológico do pensamento pautado nos pilares da uniformidade e homogeneidade (LEFF, 2002, p. 194).

A crise ambiental trata-se, portanto, de repensar as transformações do meio ambiente numa perspectiva complexa, considerando os conhecimentos e saberes arraigado também nas cosmologias, mitologias, ideologias e saberes práticos que compõem a civilização contemporânea (LEFF, 2002, p. 196).

Assim, diante das proporções dessa crise ambiental surgem algumas alternativas de congregar esses fatores no sentido de combatê-la e de resgatar valores relacionados à defesa da vida. Dentre tais alternativas, nota-se a via do chamado desenvolvimento sustentável, através do qual se defende a necessidade de se buscar formas de efetivar a ideia da máxima compatibilização nas relações entre o ser humano e a manutenção de seu meio, mostrando-se de grande relevância, nesse sentido, as iniciativas para combater o conjunto de negatividades ocasionadas pelo modo de produção atualmente vigente.

A ideia do conceito de desenvolvimento sustentável ganhou uma dimensão global através do Relatório Brundtland, em 1987, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Esse Relatório conhecido como “*Nosso Futuro Comum*” determinou que da expressão “desenvolvimento sustentável” depreende-se que a fruição dos recursos naturais pela presente geração, não deve prejudicar o mesmo direito das gerações futuras. A ideia de sustentabilidade a ser empregada remeterá à “noção de uma gestão ambiental não apenas no espaço, mas também no tempo” (SILVA, 2004, p. 81).

É essa ideia trazida pelo desenvolvimento sustentável que se pauta a preocupação com as políticas socioambientais, uma vez que os sentidos desse termo (socioambiental) apontam para a “inevitável necessidade de procurar compatibilizar as atividades humanas em geral com o crescimento econômico em particular – com a manutenção de suas bases naturais, particularmente com a conservação ecossistêmica” (VEIGA, 2007, p. 91).

Com isso, nota-se que a construção de políticas públicas em harmonia com o socioambiental deverá levar em conta as atividades humanas de forma que sejam incluídos os distintos modos de vida existentes sob o mesmo ordenamento jurídico, nesse campo, podem-se incluir todos, principalmente os povos tradicionais.

Portanto, a proteção dos recursos naturais ainda encontra obstáculos na forma como se desenvolvem as relações de produção vigentes (FRACALANZA, 2005), bem como na dificuldade e complexidade na realização de uma exploração de recursos que observe os princípios do desenvolvimento sustentável, surgindo como problemática a vasta gama de tentativas de rever o comportamento da humanidade em face de seu trato para com o meio ambiente.

Por isso, a cultura desenvolvimentista que se presencia baseia-se, primordialmente num ideal de crescimento econômico incompatível com a realidade fática das sociedades e dos recursos que poderiam ser disponibilizados para tanto.

Lutzenberger (2000, p. 10) exemplifica a questão do desenvolvimento e crescimento econômico com a dificuldade de harmonização de sustentabilidade ao sustentar que “o simples dogma básico do pensamento predominante, que diz que uma economia tem que crescer sempre, já é um absurdo. Nada pode crescer sempre, muito menos num espaço limitado”, demonstrando o entendimento de que o crescimento econômico não deve prevalecer acima dos valores sociais que o sustenta. A busca pelo desenvolvimento, igualmente, não será saudável se não levar em conta essa necessidade: o resgate a respeito das mudanças que se buscam através dele.

Amartya Sen, em sua obra “Desenvolvimento como Liberdade” contribui de forma valiosa para o estabelecimento de uma visão de desenvolvimento mais voltada ao atendimento das necessidades sociais, o mais próximo possível daquela terceira forma de conceber a ideia desenvolvimentista proposta por Veiga:

[...] atenta-se particularmente para a expansão das “capacidades” das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam – e com razão. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo. Essa relação de mão dupla é central na análise aqui apresentada. (...). O êxito de uma sociedade deve ser avaliado, nesta visão, primordialmente, segundo as liberdades substantivas que os membros dessa sociedade desfrutam (...). Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento (SEN, 2010, p. 33).

Com isso, ao observar-se a falta ou deturpação da consideração dos valores norteadores das atividades humanas, na ideia de Amartya Sen, é oferecida uma alternativa coerente rumo a uma nova concepção dos valores caros à humanidade. Mais do que pensar a questão do desenvolvimento como o aumento do desempenho econômico de determinado Estado, é preciso pensar, antes, no oferecimento de oportunidades às pessoas de desenvolverem suas capacidades, de acordo com o estilo de vida que julgarem adequados às suas necessidades.

Portanto, especificamente, ao pensar no trato do ser humano para com o meio ambiente, deve-se buscar a observância dessa mesma liberdade. Uma vez que sejam recuperados o sentido do vínculo e do limite, sabiamente relembrados por Ost (1995), o ambiente será visto como algo inseparável da essência humana e, portanto, necessário à plena realização de suas capacidades.

No entendimento de Sen e Kliksberg, a noção de desenvolvimento sustentável trazida pelo Relatório Brundtland (1987) estaria sendo errado por desconsiderar o conjunto de valores que devem ser observados além das necessidades econômicas:

“ver as pessoas somente em termos de suas necessidades pode nos proporcionar uma visão um tanto acanhada da humanidade... não somos apenas pacientes, cujas necessidades exigem atenção, mas também agentes, cuja liberdade de decidir quais são seus valores e como buscá-los pode estender-se muito além da satisfação de nossas necessidades” (SEN e KLIKSBERG, 2010, p. 65).

Importante salientar, que enquanto outras análises sobre desenvolvimento se restringir ao universo do poder do Estado e da política sem a participação da sociedade, sempre se estará diante de seres humanos sem liberdade, tal como lembra oportunamente Amartya Sen (2000), para quem a liberdade é central no processo de desenvolvimento, pelo fato de implicar na assimilação de uma *razão avaliatória*, que se dá pela verificação do aumento das liberdades das pessoas; e pela *razão de eficácia*, que ocorre com a realização do desenvolvimento, dependente da livre condição de agente das pessoas.

Portanto, as críticas contra a noção de desenvolvimento convergem, de forma geral, à necessidade de humanizar esse entendimento, tornando o desenvolvimento um ideal mais compatível com a condição humana.

(...) desenvolver significa tirar o invólucro, descobrir o que estava encoberto; envolver significa meter-se num invólucro, comprometer-se. Desta forma, poderíamos dizer que desenvolver uma pessoa ou comunidade significa retirá-la do seu invólucro ou contexto ambiental; descomprometê-la com o seu ambiente (VIANA, 2006, p. 43).

Essa ideia corrobora os autores citados anteriormente tendo em vista que defende que as pessoas devem pretender chegar ao desenvolvimento através do exercício de suas potencialidades, envolvendo-se com os valores que considerarem importantes, incluindo-se, indubitavelmente, um tratamento adequado para com o ambiente que lhe circunda, tendo em vista que este compõe a unidade da existência e condição necessária à realização dessas potencialidades.

Urge aprender a entender o sentido de vínculo e de limite sobre o qual nos alerta François Ost que unem ser humano e meio ambiente. Do contrário, a natureza seguirá apenas o insustentável caminho de fonte inesgotável de recursos e depositária de resíduos.

Nessa possibilidade em relação ao Brasil quanto ao desenvolvimento sustentável, Sachs lembra que o Brasil possui o cenário ideal para que seja possível a concretização do princípio:

O Brasil é um país abençoado com a maior biodiversidade e a maior floresta tropical do mundo, amplas reservas de terras cultiváveis, boa disponibilidade de recursos hídricos na maior parte do território, climas favoráveis à produção vegetal (o sol é e sempre será nosso), gente disposta

a trabalhar a terra [...] e excelentes agrônomos e biólogos. (SACHS, 2004, p. 106)

Portanto, quando se observa a exposição do autor, bem como o ideal de sustentabilidade apregoados nacional e internacionalmente, é possível inferir que no Brasil naturalmente haveria subsídios para a efetivação de um desenvolvimento pautado no conceito de sustentabilidade: o atendimento das necessidades das presentes gerações sem comprometer as gerações futuras (na perspectiva do Relatório Brundtland) ou como aquele defendido pelo próprio Sachs. Em sua visão, o desenvolvimento deve ser pautado em cinco pilares: a) social; b) ambiental; c) territorial; d) econômico e c) político.

4. Dificuldades de Aplicação do Desenvolvimento Sustentável

Os conceitos doutrinários e discussões em todo o mundo acerca do que se entende sobre desenvolvimento sustentável levam a um denominador comum: a preocupação em harmonizar as necessidades econômicas e a preservação do meio ambiente.

A ideia de desenvolver e o crescimento econômico de maneira sustentável passaram a ser uma questão de sobrevivência para a própria humanidade.

Considerando a urgência da questão ambiental, hodiernamente o desenvolvimento sustentável, tende a ter contornos mais palpáveis, para tanto, foram traçados alguns objetivos para que o princípio se concretize.

Dentre os objetivos do desenvolvimento sustentável cita-se àqueles que formaram as diretrizes da RIO+20, vejamos:

- 1 - erradicar a pobreza extrema, inclusive a fome;
- 2 - alcançar o desenvolvimento dentro dos limites planetários;
- 3 - assegurar o aprendizado efetivo de todas as crianças e jovens para a vida e a subsistência;
- 4 - alcançar a igualdade de gêneros, a inclusão social e os direitos humanos;
- 5 - alcançar a saúde e o bem-estar para todas as idades;
- 6 - melhorar os sistemas agrícolas e aumentar a prosperidade rural;
- 7 - tornar as cidades mais inclusivas, produtivas e resilientes;
- 8 - refrear as mudanças climáticas e garantir energia limpa para todos;
- 9 - proteger os serviços ecossistêmicos, a biodiversidade e a boa gestão dos recursos naturais;
- 10 - ter uma governança voltada para o desenvolvimento sustentável.

Essas metas, mesmo que não concretas com prazos de cumprimento, os objetivos traçados demonstram o novo sentido que se quer dar as práticas até então adotadas.

Para que o mundo possa de fato comprometer-se nos níveis econômico, político e social com a preservação dos recursos naturais, essas metas devem ser levadas em consideração.

O desenvolvimento econômico é muito importante para os países mais pobres, mas o caminho a seguir não pode ser o mesmo adotado pelos países industrializados, por vários motivos, mas, principalmente porque o meio ambiente não resistiria a um processo tão devastador quanto o modelo adotado pelos países industrializados.

Por conta disso, a complexidade ambiental não é a ecologização do mundo, pois o pensamento complexo desborda a visão cibرنética de uma realidade que se estrutura e evolui através de um conjunto de inter-relações e retroalimentações, como um processo de desenvolvimento que vai da auto-organização da matéria à ecologização do pensamento (MORIN, 1986).

Complementa Prigogine (1997) que a complexidade não é somente a incorporação da incerteza, do caos e da possibilidade na ordem da natureza, deve ser algo concreto que se aplique de maneira uniforme e efetiva.

Leff afirma que para todos tem que haver educação para se chegar ao resultado que se espera.

Por fim, é preciso refletir sobre o alerta de Samuel Benchimol (2002, p. 25):

O futuro não acontece por si mesmo. O seu fabrico é produto da ação planejada, da inovação da iniciativa privada, do desejo político e da sociedade de criar um horizonte de vida, trabalho e bem estar, que contemple a todos sob o pálio da justiça e da fraternidade.

Acontece que infelizmente, denota-se a infec  cia global do direito internacional do desenvolvimento sustentável, em decorrência, principalmente, das normas internacionais caracterizarem-se como normas não cogentes, ou seja, normas que exigem um cumprimento tão somente moral (MORENO, 2002, p.797).

O príncipio ao desenvolvimento sustentável é configurado como uma normativa vaga e por tal motivo acata-se a sugestão de Herrero (2000, p.101) no sentido de ser necessário estabelecer a rela  o de um príncipio vago a pontos referenciais, em fun  o de diferentes príncipios, valores e escalas. A base teórica, portanto, fornece os dados elementares ´a compreensão da inten  o conservacionista ´as gera  es futuras.

Na prática, para cada segmento tomado como referência necessitará de uma análise multidisciplinar, local e temporal, a fim de se elaborar um parecer final quanto aos graus de sustentabilidade e caminhos ou meios para seu alcance.

Desse modo, cada país deverá tomar a iniciativa na cria  o de mecanismos jurídicos próprios, de acordo com as normativas internacionais, para dar aplicabilidade e fazer

inserir em seus ordenamentos jurídicos nacionais, o princípio do desenvolvimento sustentável.

Desenvolver de maneira sustentável é um desafio, mas um desafio possível se houver vontade política e o comprometimento de toda a sociedade em adotar e incentivar práticas sustentáveis.

5. A Problematização em Relação aos Povos Tradicionais

Em relação aos povos tradicionais, verificamos que o crescimento econômico vem trazer grandes impactos para a realidade desses povos, pois os mesmos muitas vezes devem sair de suas moradias e locais tradicionalmente ocupados para dar lugar ao desenvolvimento.

Quando faz uma análise das crises postas à humanidade, bem como as respostas ofertadas a elas, é possível notar alguns pontos de convergência como a necessidade da revisão do modo de produção vigente, bem como das bases éticas que sustentam as relações da sociedade entre si mesma e com o entorno.

Tendo em vista as consequências dessas bases, que acabavam atendendo a interesses voltados para somente a manutenção do sistema através do lucro, nota-se a premente necessidade de retorno à consideração do bem-estar da sociedade por meio de um consenso mínimo, a que Leonardo Boff (2009) que se refere, na obra “Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos”.

Nesse sentido, cabe destacar que já é possível observar o atendimento à construção desses Ethos. Um dos exemplos mais significativo deste esforço na América Latina remete às novas constituições da Bolívia e do Equador, que consagram esse consenso como a Suma Qamaña, ou “vivir bien” ou “bien vivir”.

A Constituição Boliviana (2009) traz em seu texto a noção de “vivir bien” como princípio ético-moral da sociedade plural, fazendo dela o objetivo primordial da sociedade.

Com isso, a educação, o modelo econômico e a eliminação da pobreza deverão estar orientados para o “vivir bien”.

Em relação à natureza, é possível observar a defesa de sua gestão respeitando a soberania e o interesse do povo. Também é possível observar nessa Constituição a remissão expressa à observância do ideal de desenvolvimento sustentável e de respeito à natureza.

A Constituição Boliviana prevê, ainda, a soberania dos povos indígenas sobre os recursos existentes em seus espaços, segundo as normas legais para sua proteção, mas utilizando-se de suas próprias normas e formas harmônicas de relação com a natureza.

Sem ser diferente a Constituição equatoriana, utiliza-se de um termo parecido, o “buen vivir” também como princípio a ser observado, mas elenca uma série de direitos

necessários à sua constituição. Estabelece, ainda, que as pessoas poderão beneficiar-se dos recursos naturais de acordo à noção desse “buen vivir” e que as políticas públicas de modo geral deverão ser orientadas por ela.

A mediação de conflitos deve ser orientada pelo “buen vivir”, assim como as formas de desenvolvimento, que também deverão respeitar as diferenças. Também é possível observar nessa Constituição a presença de um rol de deveres do Estado, das pessoas individualmente e das sociedades organizadas para a consecução do chamado “buen vivir”. Além disso, há todo um título da Constituição dedicado ao estabelecimento de como o Estado, juntamente com a sociedade deverão alcançar esse ideal.

Com isso, é importante pensar que as experiências que se tem buscado espaço num mundo adepto da lógica mercadológica, mas que busquem dar a ele uma nova forma possa ajudar na construção de uma sociedade mais justa, equilibrada, e que busque resguardar os direitos socioambientais aos povos altamente agredidos e desrespeitados, a partir de uma visão realmente abrangente, integrada e conciliadora.

Por este motivo, é de extrema importância se observar e tentar extrair exemplos que vem mudando a visão de direitos e o respeito aos povos tradicionais em relação aos entares e direitos protegidos diante do crescimento econômico e o desenvolvimento, visando atingir a tão debatida concretização do mais próximo possível à ideia de desenvolvimento sustentável.

6. Conclusões

A crise ambiental que passa o planeta terra em torno dos recursos naturais afeta a sociedade em seu sentido mais amplo e, em consequência também os povos tradicionais, exercem pressões e influências na reconstrução do Direito como ciência que vem regular essa crise.

O papel das instituições jurídicas, nesse sentido, é para a produção de respostas ao embate entre desenvolvimento e crescimento econômico e a preservação ambiental, o que é de fundamental importância para gerar estruturas que permitam a gestão dos recursos naturais em face das necessidades da sociedade e dos problemas ambientais de diversos alcances.

As questões relativas aos desequilíbrios socioambientais, portanto, remetem, a um só tempo, às questões econômicas, culturais, sociológicas e ecológicas, que precisam ser observadas pelo Direito enquanto ciência e enquanto norma aplicada.

Nesse sentido, várias são as alternativas que tentam congregar tantos fatores, muitas vezes controversos. Assim, no âmbito teórico, a via proposta pelo desenvolvimento sustentável parece apontar de forma mais clara para este caminho e, por tal motivo, tem

tomado destaque como norte pelo qual tem se pautado as políticas ambientais instituídas no âmbito do Direito, políticas essas que devem ser urgentes para não gerar maiores problemas tanto à sociedade como um todo, como aos que tanto já sofreram com esses problemas ambientais, os povos tradicionais.

Essa nova forma de ver a realidade, sobretudo, dos povos tradicionais, passa por uma superação das concepções centradas na exploração predatória e sua (re)definição a partir da inserção de uma nova forma de ver a relação homem/natureza que se depreende, não de uma forma de desenvolvimento fundada na mudança dos processos decisórios que não se limitem aos espaços políticos tradicionais, mas na inclusão de atores referentes pelo envolvimento sustentável (VIANA, 1999).

7. Referências

- BENCHIMOL, Samuel. **Amazônia**: Formação social e cultural. Manaus: Valer, 1999.
- BENCHIMOL, Samuel. **Desenvolvimento Sustentável da Amazônia**: Cenários, perspectiva e indicadores. Manaus: Editora Valer e Universidade do Estado do Amazonas, 2002.
- BOFF, Leonardo. **Ethos mundial**: um consenso mínimo entre os humanos. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BOLÍVIA, **Constitución Política Del Estado**. Disponível em: <<http://www.transparencialegislativa.org/wpcontent/uploads/2013/04/ConstitucionCC81n-Bolivia.pdf>>. Acesso em: 06.04.2015.
- BRASIL, **Fundação Amazonas Sustentável**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,onu-lanca-rascunho-de-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel,1029869,0.htm>>. Acesso em: 06.04.2015.
- BRASIL, **Diretrizes do texto da Rio+20**. Disponível em: <<http://revista.brasil.gov.br/especiais/rio20/entenda-a-rio20/desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 06.04.2015.
- CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**: Ciência para uma vida sustentável. Tradução Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002.
- FONSECA, Ozório J. M. **Pensando a Amazônia**. Manaus: Valer, 2011.
- FRACALANZA, Ana Paula. **Água**: de elemento natural à mercadoria. Revista Sociedade & Natureza. Uberlândia: Editora, v. 17, 21-36, dezembro 2005.
- FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. Companhia Editora Nacional, 14^a ed., S. Paulo, 1976.

- HERRERO, Luis M. Jiménez. **Desarrollo Sostenible**. Transición hasta la coevolución global. Madrid: Pirámide, 2000.
- LEFF, Enrique. **Epistemología ambiental**. 2ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- LEFF, Enrique. **Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2001. Via Livros em PDF. Acesso em 06.04.2015.
- LUTZENBERGER, José. **Manual de ecologia: do jardim ao poder**. v. 1. Porto Alegre: L&M, 2006.
- MEIRELLES FILHO, João Carlos. **O livro de ouro da Amazônia**. 5.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.
- MORENO, Javier Caño. **Desarrollo sostenible**. In: Estudios Jurídicos en Memoria de Jose María Lindón. Bilbao, Espanha: Universidad de Deusto, 2002. p.791-204.
- OST, Françoais. **A natureza à margem da Lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PORFIRIO JUNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do Dano Ambiental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SACHS, Ignacio. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Organização: Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: includente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. _____. Sobre ética e economia. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVA, Solange Teles. **Princípio da precaução**: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- VEIGA, José Eli. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007. _____. Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.
- VIANA, Virgílio. **As florestas e do desenvolvimento sustentável na Amazônia**. Manaus: Valer, 2006.

_____. Envolvimento sustentável e conservação das florestas brasileiras. **Ambiente e Sociedade** – ano II – nº 5 – 2º semestre de 1999.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **O Direito Ambiental e o princípio do desenvolvimento sustentável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2974>>. Acesso em: 06.04.2015.

QUAL O ALCANCE DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES? BREVE ANÁLISE DE RELACIONAMENTOS AFETIVOS NÃO TRADICIONAIS, SOB AS PERSPECTIVAS DA LIBERDADE E DA CIDADANIA

ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS

Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ/UFPB). Vice-diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ/UFPB). Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra/Portugal. Email: robson.antao@gmail.com

DUINA PORTO

Professora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (CCJ/UFPB). Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e pesquisadora na Université de Lausanne (UNIL/CH). Mestra em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Email: duinaporto@hotmail.com

Resumo

O artigo trata da humanização do Direito Civil no âmbito das relações familiares no intuito de perscrutar seu alcance quanto aos relacionamentos afetivos não tradicionais, quais sejam, aqueles que não se formam a partir das regras solenes do matrimônio descrito na lei civil: famílias parentais, monoparentais, pluriparentais, uniões estáveis hetero e homoafetiva e, notadamente, relacionamentos poliamorosos. Para tanto, a abordagem inclui a apreciação de questões relacionadas às transformações da família e do direito que a respalda ao longo do tempo, com foco na repersonalização e na constitucionalização do Direito de Família e nos princípios daí decorrentes: dignidade humana, solidariedade, convivência familiar, igualdade, liberdade e afetividade. A análise da temática é feita sob as perspectivas do exercício da liberdade e da cidadania, suscitando a reflexão acerca do equilíbrio que deve existir entre a autonomia privada e a ordem pública para a guarda de direitos fundamentais em uma sociedade plural e democrática.

Palavras-chave

Direito de Família; Humanização; Liberdade; Cidadania.

Abstract

This paper discusses the humanization of civil law in the context of family relationships, and it aims to examine how it influences non-traditional relationships, such as those which don't follow the rules of solemn marriage described in the civil law: parental families, single-parent and pluriparental families or hetero and homo-affective common-law marriages and especially polyamorous relationships. Therefore, the approach embraces issues related to family transformation and the legal rights that support family over time, focusing on the humanization and constitutionalization of family law and its principles: human dignity, solidarity, family life, equality, freedom and affection. The analysis is based on the perspectives of freedom and citizenship, raising questions about the balance that must exist concerning private autonomy and public order to assure fundamental rights in a pluralistic and democratic society.

Key words

Family Law; Humanization; Freedom; Citizenship.

1. Introdução

O Direito Civil – em especial o Direito de Família – vem passando por profundas mudanças ao longo do tempo, uma vez que a evolução dos costumes e dos padrões comportamentais na sociedade afetou (e continua afetando) diretamente as relações familiares e, portanto, sua regulamentação jurídica. A inserção da pessoa no centro protetor do direito, denominada *repersonalização* ou *humanização*, fortalece cada vez mais o debate acerca das confluências e das dissonâncias entre esse ramo jurídico privado e os Direitos Humanos. A apreciação do tema no presente artigo dar-se-á notadamente no que concerne às relações afetivas não tradicionais e a configuração desses relacionamentos enquanto entidades familiares no âmbito do direito brasileiro.

Diante desse mister, no primeiro tópico serão feitas considerações sobre a humanização das relações familiares, a partir de um breve e necessário traçado sobre a origem e a importância da família, tendo como parâmetros o pensamento de Rousseau e de Engels sobre o assunto. A humanização das relações familiares será analisada através da compreensão dos significados da codificação e da constitucionalização para o Direito de Família, destacando-se a aplicabilidade dos princípios fundamentais da dignidade humana, da solidariedade, da convivência familiar, da igualdade e da liberdade.

No segundo tópico, a discussão girará em torno do alcance dessa humanização no tocante ao reconhecimento das estruturas familiares não convencionais, quais sejam, aquelas que fogem do padrão tradicional da família advinda do matrimônio formal, como

as famílias parentais, monoparentais, pluriparentais, as decorrentes das uniões estáveis hetero ou homossexuais e – o caso mais polêmico – aquelas oriundas das relações poliafetivas ou poliamorosas. O princípio da afetividade enriquece (e justifica) a apreciação da temática, e sua abordagem no texto será aliada aos postulados da liberdade e da cidadania e das tensões entre a esfera da vida privada e a ordem pública, tudo isso em defesa do reconhecimento de uma família pluralista e democrática.

2. Direito de Família e Humanização das Relações Familiares

A família é uma entidade universal presente em todos os tipos de sociedade, podendo ser conceituada como uma realidade sociológica que constitui a base do Estado, a célula fundamental em que repousa a organização social. O vocábulo *família* abrange pessoas ligadas por vínculos sanguíneos ou não, compreendendo cônjuges, companheiros, a prole, parentes e afins. Enquanto construção cultural, a família configura uma estruturação psíquica na qual cada um de seus integrantes ocupa um lugar e exerce uma função simbólica, tendo como principal papel conferir suporte emocional ao indivíduo.

Considerada a instituição humana mais sólida da sociedade, a família pressupõe alianças. Roudinesco (2003) destaca que há pelo menos duas abordagens sobre o fenômeno familiar: a primeira - sociológica, histórica ou psicanalítica – que privilegia o estudo vertical das filiações e das gerações, insistindo nas continuidades ou nas distorções entre os pais e os filhos e na transmissão dos saberes e das atitudes herdadas entre as gerações; a segunda – mais antropológica – ocupar-se-ia sobretudo da descrição horizontal, estrutural ou comparativa das alianças, enfatizando-se que cada família provém sempre da união (e, portanto, também do estilhaçamento) de duas outras famílias.

Para além das realidades supracitadas, a família insere-se em um contexto institucional profundamente político tanto nos fatores que a condicionam como em seus desdobramentos, definindo-se em um conjunto de normas, práticas e valores que têm seu lugar, seu tempo e uma história (BIROLI, 2014), sendo merecedora da mais ampla proteção jurídico-estatal, a exemplo da sua tutela pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), DUDH, pela Constituição da República Federativa do Brasil (1988), CF/88, e pelo Código Civil Brasileiro (2002), CC/02.

Essa especial atenção que a família recebe do Estado justifica-se em razão de ser considerada a célula da sociedade, representando, na verdade, o primeiro agente de socialização do indivíduo. Nas palavras de Lima (1960), a família não é um fruto da sociedade; é a própria semente da sociedade. É o grupo inicial e fundamental, tendente a harmonizar as relações sociais e parâmetro para todos os demais grupos sociais como o Estado, a nação, a comunidade internacional, a escola, a empresa, a Igreja, porquanto todos dependem da família, que lhes fornece o elemento sem o qual nenhum deles existiria: o ser humano. Nesse sentido:

A família humana constitui o início e o elemento essencial da sociedade. Qualquer início tende para um fim da mesma natureza, e qualquer elemento tende para a perfeição do conjunto de que esse elemento é parte. É evidente, por isso mesmo, que a paz na sociedade deve depender da paz na família e que a ordem e a harmonia dos governantes e dos governados brotam diretamente da ordem e da harmonia que nascem da direção criativa e da resposta proporcionada no seio da família. (SANTO AGOSTINHO, 1964, Livro XIX, cap. XVI, p. 15).

A correlação entre família e sociedade, pois, é inquestionável, sendo lícito afirmar que a instituição social *família* precede ao próprio Estado e ao direito que a regulamenta. Sem pretender rebuscar em demasia a história sobre as origens da família, até porque isso envolveria a indagação acerca da origem e da evolução da própria da espécie humana, o que extrapolaria os desideratos deste artigo, elegem-se as considerações de Rousseau (s/d) e Engels (s/d) para a reflexão sobre a temática.

Discorrendo sobre a origem da desigualdade entre os homens, em sua crítica contundente à sociedade moderna, Rousseau (s/d) argumenta que a ideia de compromisso mútuo entre os homens e das vantagens de cumpri-los desenvolveu-se a partir das dificuldades (naturais, climáticas) surgidas para o gênero humano ao longo de sua existência, dificuldades que impulsionaram o progresso e fizeram surgir no espírito humano a percepção de certas relações:

À medida em que o gênero humano se estendia, as dificuldades se multiplicavam para os homens. A diferença dos terrenos, dos climas, das estações, deve tê-los迫使 a incluí-la em sua maneira de viver. Anos estéreis, invernos longos e rudes, verões escaldantes que tudo consomem exigiram deles uma nova indústria. Ao longo do mar e dos rios, inventaram a linha e o anzol e se tornaram pescadores e ictiófagos. Nas florestas, fizeram arcos e flechas e se tornaram caçadores e guerreiros. Nos países frios, cobriram-se de peles de animais por eles mortos. O trovão, um vulcão ou qualquer feliz acaso levou-os a conhecer o fogo, novo recurso contra o rigor do inverno. Aprenderam a conservar esse elemento, depois a reproduzi-lo e enfim a preparar neles as carnes que antes devoraram cruas.

Essa aplicação reiterada dos seres diversos de si mesmos e de uns para com os outros teve naturalmente de engendrar, no espírito do homem, as percepções de certas relações. Essas relações que exprimimos pelas palavras grande, pequeno, forte, fraco, depressa, devagar, medroso, ousado e outras ideias semelhantes, comparadas quando necessário e quase sem nisso pensar, produziram nele, finalmente, uma espécie de reflexão, ou melhor, uma prudência maquinial que lhe indicava as precauções mais necessárias à sua segurança. (ROUSSEAU, s/d, p. 58).

Esses primeiros progressos, continua Rousseau (s/d), habilitaram o homem a fazer outros mais rápidos e a aperfeiçoar uma indústria rudimentar que possibilitou a construção

de habitações, período em que se estabeleceu a distinção das famílias e a introdução de uma espécie de propriedade de onde surgiram muitas rixas e combates. Como os mais fortes foram provavelmente os primeiros a construir alojamentos que se sentiam capazes de defender, acredita-se que os mais fracos tenham achado mais simples e seguro imitá-los ao invés de tentar desalojá-los. Nesse ponto, o autor, com sua peculiar verve romântica, faz o seguinte comentário sobre a entidade familiar:

Os primeiros desdobramentos do coração foram o efeito de uma situação nova que reunia numa habitação comum os maridos e as mulheres, os pais e os filhos. O hábito de viver coletivamente fez surgir os mais doces sentimentos conhecidos dos homens, o amor conjugal e o amor paternal. Cada família se torna uma pequena sociedade tanto mais unida quanto o apego mútuo e a liberdade eram seus únicos laços. Foi então que se estabeleceu a primeira diferença na maneira de viver dos dois sexos (...) (ROUSSEAU, s/d, p. 60).

A partir daí, Rousseau (s/d) desenvolve seus argumentos para defender como a domesticação do gênero humano, o fortalecimento dos laços, dos deveres de civilidade e da percepção da necessidade de auxílio mútuo acabaram por impulsionar a desigualdade entre os homens e a introdução da ideia de propriedade. Nesse sentido, também é imperioso destacar o pensamento de Engels (s/d), que, ao tratar da origem da família, fá-lo conjuntamente com a origem da propriedade privada e do Estado, demonstrando as correlações entre essas instituições.

Com efeito, Engels (s/d) disserta sobre a importância da família para a formação da sociedade moderna, demonstrando como o declínio da estrutura familiar primitiva colaborou para a lapidação dessa sociedade calcada na propriedade privada, na produção, no comércio e no poder do Estado. Para o autor, a derrocada desse molde familiar – enquanto célula-mater de uma economia de subsistência comunista, organizada em grupos de interesses e propriedade comuns, regida por leis que derivavam do poder materno ou do poder paterno, em que os laços de parentesco eram vitais para a sua sobrevivência harmônica, num tempo em que não havia produção de excedentes e atividade comercial – foi essencial à configuração de novas modalidades da vida em sociedade¹.

1 O autor narra a transição da poligamia (barbárie) para a monogamia (civilização antiga) e do direito materno para o paterno na organização familiar: a primitiva ordem de descendência familiar baseava-se no direito materno, dada a ausência de monogamia e a impossibilidade de estabelecer com segurança a paternidade, de modo que a filiação estabelecia-se com a linhagem feminina, e as mulheres, como genitoras das novas gerações, gozavam de elevado grau de apreço. A descoberta da primitiva *gens* de direito materno como fase anterior à *gens* de direito paterno dos povos civilizados teria, para a história primitiva, a mesma importância que teoria darwiniana para a biologia e a teoria marxista da mais-valia para a economia política. As transformações da família são assim apresentadas: (i) a família consanguínea, cujos grupos conjugais se separavam por gerações (os avôs e avós eram, no âmbito da família,

Pela concepção materialista, em última instância o fator determinante na história é a produção e a representação da vida imediata, que se apresentam de duas formas: de um lado, a produção dos meios de subsistência, de alimentos, de habitação e de instrumentos necessários para isso; de outro, a produção do mesmo homem, a reprodução da espécie. A ordem social em que vivem os homens de uma determinada época histórica e de um determinado país condiciona-se por esses dois tipos de produção, quais sejam, pelo grau de desenvolvimento do trabalho e pela família. A ordem social será mais fortemente dominada por laços de parentesco quanto menos desenvolvido for o trabalho, a quantidade de produtos e de riqueza dessa sociedade. E nessa configuração inicial da sociedade fundada nos laços de parentesco, à medida que a produtividade do trabalho aumenta, desenvolvem-se a propriedade privada, as trocas, as diferenças de riquezas, a possibilidade de utilização da força de trabalho alheia e, com isso tudo, a base dos antagonismos de classe (ENGELS, s/d). Assim,

(...) novos elementos sociais que, no transcorrer de gerações, procuram adaptar a velha organização social às novas condições, até que, por fim, a incompatibilidade entre ambas produz uma transformação completa. A velha sociedade, baseada nos laços de parentesco, é destruída em decorrência do choque entre as classes sociais recém-formadas. Em seu lugar, surge uma nova sociedade, organizada em Estado, cujas unidades inferiores já não são agrupamentos sedimentados em laços de parentesco, mas unidades territoriais, uma sociedade em que o regime familiar está totalmente submetido às relações de propriedade e na qual se desenvolvem livremente as oposições de classe, as lutas de classe que constituem o conteúdo de toda a história escrita até nossos dias. (ENGELS, s/d, p. 12).

A influência das relações de propriedade nas relações familiares ainda está presente até os dias hodiernos, mesmo diante do fenômeno da *humanização* do direito abordado neste ensaio. Realmente, tomando como exemplo o Direito Civil brasileiro, o Código Civil de 1916, vigente até o ano de 2002, estruturou o Direito de Família sob as influências do Direito Canônico, da legislação civilista napoleônica e até das Ordenações Portuguesas, de forma estatizada, patriarcal, patrimonialista, conservadora e individualista², reconhecendo como família apenas aquela oriunda do casamento, em uma visão estreita

maridos e mulheres entre si, assim como os seus respectivos filhos - os pais e mães), não havendo vedação de relações sexuais entre irmãos); (ii) a família punaluanas, que passou a excluir as relações sexuais entre irmãos; (iii) a família pré-monogâmica, que excluía o casamento por grupos outrora existente, mas ainda não tinha a solidez dos laços conjugais; (iv) e a família monogâmica, configuradora da civilização nascente, baseada no domínio do homem – a quem, todavia, era permitida a infidelidade - com a finalidade explícita de procriar filhos cuja paternidade fosse indiscutível, exigindo-se a confirmação da filiação por questões e sucessão hereditária (Cf. Engels, s/d).

2 E não poderia ser diferente, já que refletia o contexto e as ideias da época.

que também impedia a sua dissolução³. Dizendo de outro modo, adotou o esquema das diferenças de estatuto pessoal dos cônjuges no matrimônio, afora a distinção entre filiação legítima e ilegítima, e da divisão de funções entre homem e mulher na família (o homem era o “cabeça” do casal, o chefe da família, ao passo que a mulher casada não passava de um ser relativamente incapaz⁴), apenas para citar algumas peculiaridades. A sacralização da família e seu reconhecimento a partir de molduras legais discriminatórias e engessadas ratificavam a forte ingerência estatal na seara familiar e a preocupação exacerbada com a proteção do patrimônio (propriedade).

Durante muito tempo, a legislação nacional acerca da família voltou-se precipuamente para o ato mais solene do Direito Civil: o casamento e suas consequências jurídicas. Era a partir do casamento, uma das instituições mais poderosas do direito privado, sacramentado em bases religiosas e legais que o tornaram peça-chave do sistema social, que se formava a chamada *família matrimonial*. Tanto a Igreja como o Estado ainda o sustentam de forma cabal, na medida em que regulam as relações afetivas da vida das pessoas impondo regras, interditos e proibições. O casamento certamente é um dos atos mais solenes do mundo jurídico, exigindo um processo minucioso de habilitação, celebração e registro e, mesmo com a evolução histórico-legislativa⁵, continua permeado por normas cogentes e conservadoras.

O fenômeno das codificações encampadas pelo ideário dogmático liberal aprisionou a família a padrões estáticos e formais, influenciados por dogmas religiosos e pela premissa de proteção patrimonial em detrimento dos interesses pessoais (CARVALHO, 2012)⁶. No período de elaboração do CC/16, a sociedade brasileira tinha seus principais pilares em bases rurais e caracterizava-se por um acentuado “primitivismo patriarcal” (GOMES, 2003, p. 18); a estrutura familiar refletida na legislação civilista fundava-se no patriarcado,

3 Afinal, a possibilidade do divórcio só surgiu em 1977, com a promulgação da Lei 6.515/62. Ou seja, antes disso o vínculo matrimonial era indissolúvel, não havia a liberdade para se desvincilar legalmente do casamento, o que consiste em uma verdadeira afronta à liberdade e à dignidade das pessoas envolvidas na relação. Por outro lado, o reconhecimento jurídico e social da família como aquela apenas oriunda do matrimônio deixava à margem as famílias monoparentais e as decorrentes das uniões informais, apenas para citar duas em rol não exaustivo, por representarem uma desestruturação dessa família matrimonial.

4 A capacidade plena da mulher casada só foi assegurada na década de 60 do século passado, através da Lei 4.121/62, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada. O reconhecimento dessa capacidade plena e a difusão dos métodos contraceptivos fomentaram uma verdadeira revolução sexual e a demanda posterior pela tutela de diferentes tipos de arranjos familiares.

5 A Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) eliminou a indissolubilidade do casamento; a Lei 11.441/07 permitiu sua dissolução extrajudicial; e a Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao §6º do art. 226 da CF/88, para declarar que “*o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”, afastou a exigência de separação judicial prévia ao divórcio direto e a necessidade de identificação de culpados pelo fim do relacionamento.

6 Carvalho (2012) destaca que a publicização do Direito Civil veio acompanhada de uma crescente intervenção estatal, sobremodo no âmbito legislativo, caracterizador do Estado Social.

na desigualdade e na submissão. A mudança de tais parâmetros só ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, pautada nos paradigmas da igualdade e da dignidade da pessoa humana, imprimiu novos rumos ao Direito de Família no intuito de humanizar as relações familiares.

O advento do constitucionalismo representou a consagração de princípios jurídicos fundamentais no campo constitucional, condicionando sua aplicabilidade no âmbito infraconstitucional, tanto que o Código Civil de 2002 atualizou diversos aspectos essenciais no tocante ao Direito de Família, embora ainda tenha deixado a desejar. Dias (2011) salienta que, não obstante o CC/02 tenha entrado em vigor 2003, o projeto original data de 1975 e, por isso, sofreu inúmeras emendas para se adequar às diretrizes constitucionais de 1988. Apesar dos avanços, a inclusão retalhada das novas concepções do Direito de Família causou certa desordem estrutural, sendo o dirigismo estatal ainda bastante presente nas relações familiares, o que, em muitas situações, acaba por violar a privacidade, a liberdade e a dignidade das pessoas⁷.

Assim, entre retrocessos e avanços⁸, com a Carta de 1988 e a constitucionalização do Direito Civil, quando os sustentáculos dos institutos civilistas clássicos não apenas da família, mas também da propriedade e do contrato, passaram a ser assunto constitucional, o Direito de Família absorveu inúmeros reflexos desse processo transformativo. Tais institutos, que eram de cunho bastante patrimonializados, passaram a ser humanizados, personalizados ou *repersonalizados*, na medida em que a *pessoa* passou a ocupar um lugar privilegiado no que concerne à tutela de direitos.

Ao fixar os direitos e garantias fundamentais antes mesmo da traçar as estruturas essenciais do Estado, a CF/88 evidencia ser um instrumento voltado à concretização da democracia a serviço da sociedade, ressaltando-se que, nas Cartas anteriores, o tratamento constitucional conferido ao Estado sempre antecedia, na ordem das disposições normativas constitucionais, ao tratamento conferido aos direitos individuais. Essa estrutura lógico-textual é reflexo inegável dos valores extraídos da Declaração Universal dos Direitos do Homem (OLIVEIRA, 2012).

A previsão de princípios aplicáveis ao *Ius Familiae* trouxe novos matizes para esse ramo jurídico, possibilitando uma maior adequação das normas à dinâmica social que estava distanciada da moldura arcaica do Código Civil de 1916. Os princípios constitucionais expressos que permeiam o Direito de Família compreendem - dentre os demais

⁷ Exemplos disso são o tratamento desigual entre as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável e a ausência de normatização das uniões homoafetivas (Cf. DIAS, 2011).

⁸ Dias (2011) cita alguns avanços: a incorporação de orientações jurisprudenciais e a supressão de dispositivos que retratavam ranços e preconceitos, como as adjetivações de filiação, o regime dotal e as referências desigualitárias entre o homem e a mulher.

que podem ser extraídos dos artigos 226, 227 e 230, como a afetividade, que será tratada mais adiante - a dignidade humana, a solidariedade, a convivência familiar, a igualdade e a liberdade.

Em breves linhas, o princípio da dignidade humana, fundamento da ordem jurídica constitucional e valor nuclear do Estado Democrático de Direito, explicitado no artigo 1º, III, da Constituição Federal, revela a expressa opção do legislador constituinte pela pessoa, representando, assim, tanto um freio à atuação estatal, na medida em que é vedado ao Estado praticar atos atentatórios à dignidade, como um suporte para sua ação positiva, já que o Estado tem o dever de promover essa dignidade mediante condutas ativas, assegurando o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. A dignidade humana encontra na família o solo apropriado para florescer, estando o Direito das Famílias umbilicalmente ligado aos Direitos Humanos, como afirma Dias (2011).

O princípio da solidariedade familiar tem pertinência com o compartilhamento de afetos e de responsabilidades, tendo em vista que o ser humano não existe sozinho: ele coexiste. Está relacionado à fraternidade e à reciprocidade, podendo-se extrair dos deveres de assistência entre pais e filhos (CF/88, artigo 229) e de amparo aos idosos (CF/88, artigo 230), encontrando eco ainda no estabelecimento da plena comunhão de vidas no casamento e na obrigação alimentar (previstos, respectivamente, nos artigos. 1.511 e 1.694 do Código Civil). Quanto ao princípio da convivência, o dispositivo constitucional que melhor o traduz é o artigo 227, segundo o qual a convivência familiar é prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem, consistindo em um dever não apenas da família, mas também da sociedade e do Estado.

No que tange ao princípio da igualdade (e do respeito à diferença), é conclamado no *caput* do artigo 5º da Constituição, que declara que “todos são iguais perante a lei”, e no inciso I desse mesmo dispositivo, prevendo a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações. De forma específica para o Direito de Família, o princípio em comento revela-se na igualdade entre os cônjuges consoante o §5º do artigo 226: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Em respeito ao mesmo princípio, o §7º desse artigo assegura a liberdade do casal sobre o planejamento familiar, repudiando qualquer coerção por parte de instituições públicas ou privadas, e limitando a ingerência do Estado, cujo dever é propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito.

A possibilidade de existência de diversos formatos de famílias, sem hierarquia entre as mesmas (CF/88, artigo 226), e a paridade entre os filhos independentemente da origem também representam o princípio da igualdade, diretamente correlacionado ao princípio da liberdade. O §6º do artigo 227 da Constituição textualiza que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, afastando

rótulos que marcaram gerações de filhos “espúrios”, “ilegítimos” e “bastardos” aviltados em seus direitos.

O princípio da liberdade é correlato ao da igualdade por quanto a ausência de igualdade caracteriza dominação e sujeição, incompatíveis, pois, com a liberdade. A aplicabilidade do princípio da liberdade no Direito de Família permite às pessoas exercer sua autonomia da vontade, a partir das escolhas que concernem à sua privacidade. Ao mesmo tempo, autoriza o reconhecimento público dessas escolhas e a possibilidade de exercício dos direitos daí decorrentes.

A CF/88 e o CC/02, assim, elencam princípios e normas referentes à família, estabelecendo sua estrutura e evidenciando a proteção estatal que lhe é conferida. O capítulo VII da CF/88, intitulado “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, traz no artigo 226 que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Já o Livro IV do CC/02 regulamenta o “Direito de Família”, entre os artigos 1.511 a 1.783, deixando claro que sua natureza jurídica é de caráter privado. Na verdade, não obstante o perfil privatístico, as normas atinentes às relações familiares são nitidamente imperativas e de ordem pública, disciplinando e limitando uma gama de situações (o casamento é o melhor exemplo para ilustrar essa afirmação).

A humanização das relações de Direito de Família perpassa necessariamente por esse caminho traçado pela constitucionalização, pela busca da melhor interpretação das diretrizes previstas na Constituição para a efetivação de direitos fundamentais⁹. O §5º do artigo 226 da CF/88, estabelecendo a igualdade entre os cônjuges no casamento, e o artigo 227, que atribuiu aos filhos a posição de centralidade no grupo familiar, assegurando prioridade às crianças e aos adolescentes, consolidam esse papel “humanizador” e ratificam a adoção da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Carvalho (2012) discorre sobre o Direito Civil como elemento de aproximação entre o sistema normativo e o meio social e sobre o papel da Teoria Geral do Direito no enfrentamento dos embates quanto à aplicabilidade de preceitos à realidade fática, com o propósito de fazer prevalecer o ideal de justiça e de igualdade, enfatizando a influência de uma *consciência jurídica social* sobre o método interpretativo, a qual se aplicaria através dos profissionais e estudiosos da ciência jurídica.

Essa consciência jurídica social resvalar-se-ia por dois caminhos distintos de análise: primeiro, o mecanismo da política jurídica, que circunda todo o ordenamento e invade os elementos interpretativos das normas, espelhando a própria aplicação do Direito em

9 No campo do direito privado, destacam-se, dentre os direitos fundamentais, os denominados *direitos personalíssimos*, ou seja, aqueles referentes à pessoa natural, que existe em todos os seus predicados e em sua individualidade, com aptidão, assim, de receber os atributos da personalidade jurídica (Cf. CARVALHO, 2012).

si; segundo, a questão da representação simbólica das normas jurídicas, que se perfazem, pragmaticamente, em meandros interpretativos próprios, utilizando-se, muitas vezes, da política jurídica como parâmetro (CARVALHO, 2012).

O raciocínio do autor continua no sentido de ratificar a existência de uma crise de paradigmas – e de interpretação - que obstaculiza a realização das normas previstas na Carta Magna, uma vez que os modelos tradicionalmente utilizados restam insuficientes para reger os padrões hodiernos de comportamento. Com efeito, essa crise é sentida com vigor no Direito de Família, ramo em que a dificuldade de adequação entre as constantes mudanças sociais e o ordenamento jurídico é uma realidade. A efetiva humanização do Direito de Família, portanto, depende da solução do confronto entre os modelos jurídicos postos e os novos dilemas surgidos no seio da sociedade, no intuito de combater resquícios liberais-individualistas presentes nas normas jurídicas de Direito Civil. Nesse aspecto:

(...) os direitos de famílias aparentavam ser imunes a qualquer forma de influência ao longo do tempo, mantendo suas raízes e seus arraigados conceitos em fundamentos pretéritos. Seus institutos vinham permanecendo válidos em regras imemoriais, adversas, até, às modificações nas cartas políticas de cada Estado.

A tradição romana de nossa legislação, principalmente aquela relativa às relações civilísticas, forjou modelos hermenêuticos amplamente parametrados na estrutura liberal-individualista da norma, com grande aspecto dogmático em sua forma mais comum. O caráter institucional do dogmatismo chega a ser tão presente que é possível se enquadrar situações que estão de acordo com a norma, mas que contrariam diretamente o ideal de justiça. (CARVALHO, 2012, p. 20).

A ideia da humanização do Direito de Família, para além dos aspectos patrimoniais (*ter*) com ênfase à tutela de direitos do próprio homem enquanto *ser*, não pode deixar de lado a reflexão acerca da insuficiência do dogmatismo para suprir as demandas de uma sociedade democrática e pluralista, ainda mais quando se observa um crescente desejo de normatização das relações afetivas que sempre estiveram à margem do direito.

Realmente, Roudinesco (2003) atenta para o fato dos homossexuais manifestarem esse desejo de normatização, a reivindicação ao casamento, à adoção e à procriação medicamente assistida, questionando o que teria ocorrido nos últimos trinta anos na sociedade ocidental para que essas pessoas – qualificadas de sodomitas, invertidas, perversas ou doentes mentais – tenham almejado não apenas a uma cidadania integral, mas à adoção de uma ordem familiar que tanto contribuiu para o seu infortúnio; como explicar esse “desejo de família”, em especial porque “a homossexualidade sempre foi repelida da instituição do casamento e da filiação, a ponto de se tornar, ao longo dos séculos, o significante maior de um princípio de exclusão?” (ROUDINESCO, 2003, p. 7).

Nesse mesmo compasso, insere-se a abordagem acerca das denominadas famílias paralelas, quais sejam, aquelas que envolvem vínculos afetivos concomitantes, a exemplo de um casamento e uma união estável ou duas ou mais uniões estáveis simultâneas, com a ciência ou não dos integrantes. Como enquadrar esses relacionamentos no âmbito jurídico face aos parâmetros delineados pela humanização do Direito de Família?

3. Humanização das Relações Familiares, Famílias não Tradicionais, Liberdade e Cidadania: Consonâncias e Dissonâncias

As considerações supramencionadas permitem afirmar que a família brasileira – bem como o direito que regulamenta – merece ser analisada em dois momentos: antes e depois da Constituição Federal de 1988. No momento anterior, havia um modelo de família tradicional, sacramentado apenas pelo casamento e regido por normas que impediam a sua dissolução, em inegável afronta à liberdade e à dignidade, tanto dos próprios contraentes quanto daqueles que não se enquadram nas linhas dos textos legais. Com a CF/88, esse modelo tradicional passou a ser substituído pelo modelo democratizado, a chamada *família democrática*.

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil contribuiu para essa evolução, representando uma conquista decisiva para a ordem jurídica privada na qual o Direito de Família se insere. A elevação desse princípio ao topo do ordenamento alterou substancialmente a estrutura outrora em vigor no direito nacional, influenciando sobremaneira a interpretação/aplicação dos institutos jurídicos. A constitucionalização do Direito de Família, impondo a igualdade conjugal e atribuindo a *absoluta prioridade* às crianças e adolescentes no grupo familiar, por exemplo, foi essencial ao processo de humanização das relações familiares e à derrocada da estrutura patriarcal então vigente; o patriarcalismo, fundado na “trípla desigualdade de homens em relação a mulheres, pais em relação a filhos e de heterossexuais em relação a homossexuais” (BODIN DE MORAES, 2013, p. 589), perdeu seu respaldo com a CF/88. Além disso, o modelo adotado pelo constituinte ampliou as formas de organização familiar, possibilitando a proteção de novas estruturas familiares como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e a união estável entre o homem e a mulher.

A primeira hipótese acima referida está prevista no §4º do artigo 226 da CF/88 e configura as denominadas *famílias monoparentais*, que representam uma real tendência da sociedade pós-moderna. O adjetivo *monoparental* remete à presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar, fenômeno presente na sociedade pós-moderna marcada pela inserção crescente da mulher no mercado de trabalho, o que, dentre outros fatores, trouxe a mudança de determinados parâmetros. De fato, a independência financeira das mulheres, que deixaram de necessitar do outro consorte para subsistir, consolidou

a opção - e a aceitação social - de uma gama de *mães solteiras*; por outro lado, também possibilitou a inversão de papéis, já que muitos homens passaram a assumir a responsabilidade pela criação de seus filhos (uma função antes reservada sobremaneira às mulheres), seja para que as esposas fossem trabalhar fora de casa, seja após a dissolução do casamento.

Há que se falar ainda nas famílias parental e pluriparental que, mesmo não tendo sido enumeradas no texto constitucional, são reconhecidas pelas vias doutrinárias e jurisprudenciais¹⁰. A parental – ou anaparental – é formada entre parentes, como duas irmãs que passam a vida juntas; a pluriparental deriva do desfazimento de relações afetivas pretéritas, também denominada de família recomposta. Nesse novo arranjo familiar, predomina a multiplicidade de vínculos: o novo casal, os filhos de cada de um, os filhos em comum (*os meus, os teus e os nossos*).

Já o reconhecimento das uniões informais¹¹ ou não tradicionais como entidades familiares, sepultando a moldura civilista arcaica de 1916 que taxava como *legítima* apenas a família formada a partir do matrimônio, consagrou-se com o §3º do artigo 226 da CF/88¹², a Lei 9.278/96 e o Código Civil de 2002. Os dois últimos trazem os requisitos para a configuração da união estável: convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, com o objetivo da constituição de família¹³.

Antes dessa positivação, as uniões informais eram taxadas de concubinárias, ou seja, aquelas uniões de fato em que não havia a intenção de formar família. O concubinato era gênero com duas espécies: o “puro”, entre pessoas desimpedidas; e o “impuro”, adulterino ou incestuoso, entre pessoas com algum impedimento matrimonial¹⁴. Decerto que esses arquétipos deixavam desamparada a “concubina” e os filhos eventuais oriundos da relação¹⁵, e a proteção jurídica dessa situação veio inicialmente com o reconhecimento dessas uniões como “sociedades de fato”, figura típica do Direito Obrigacional, uma vez que não havia fundamento legal para serem enquadradas no Direito de Família¹⁶. A atribuição de efeitos jurídicos às uniões informais passou a ter prestígio inicialmente por meio da legislação

10 Cf. sítios do STJ e demais tribunais brasileiros.

11 *Informais* por não terem sido constituídas pelos moldes *formais* do casamento traçados minuciosamente no texto civil.

12 O referido dispositivo versa que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

13 Respectivamente nos artigos 1º e 1.723, §1º.

14 No Direito brasileiro, os impedimentos matrimoniais estão previstos nos artigos 1.521 e 1.522 do CC/12.

15 O artigo 337 do CC/16 previa como *legítimos* os filhos concebidos na constância do casamento.

16 O CC/16 ignorou as uniões de fato entre pessoas desimpedidas, cuidando, todavia, de sancionar o concubinato adulterino para resguardar o patrimônio da família formada a partir do matrimônio. Nesse sentido, vedava a doação do homem casado à sua “cúmplice” (artigo 1.177), que também não podia ser beneficiária do seguro de vida (artigo 1.474), herdeira ou legatária (artigo 1.719, III).

prevideciária, porquanto nesse âmbito não se questionava a regularidade formal da instituição familiar, importando, sobretudo, o conceito de dependência econômica.

Mais adiante, em 2011, no emblemático julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como estáveis as uniões homoafetivas, equiparando-as às entidades familiares. Em decorrência disso, como o §3º do artigo 226 dispõe que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, desapareceu o impedimento para que pessoas do mesmo sexo casassem. Até então, a interpretação literal citado dispositivo constitucional conferia juridicidade apenas à união estável entre o *homem* e a *mulher* – denotando assim uma discriminação, face à ausência de motivos plausíveis para diferenciar a convivência homossexual da heterossexual, precípua mente em respeito à liberdade de escolha e à dignidade da pessoa humana.

O posicionamento humanista do STF nesse caso desbravou horizontes e abriu maior espaço para o debate concernente aos diversos arranjos familiares existentes, à pluralidade das famílias e a diversidade enquanto valor no ordenamento jurídico nacional. A decisão explicitou o pluralismo¹⁷ como valor sócio-político-cultural, vedando a discriminação das pessoas em razão do sexo através de uma interpretação não-reducionista que enfatiza que a Constituição Federal não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo, pois a família exsurge como categoria sócio-cultural e princípio espiritual.

O reconhecimento dos arranjos familiares referidos está em consonância com o processo de humanização, de repersonalização do direito e de transformações atinentes às relações sociais; à estrutura familiar hermética que só poderia ser tutelada com o selo do casamento somam-se outras estruturas de convívio que possuem os requisitos que configuram uma família para além dos vínculos biológicos ou patrimoniais: laços afetivos, solidariedade, lealdade, confiança, respeito, amor. É impensável, no cenário atual, pensar a família a partir de um modelo pré-determinando ou de referências únicas e excludentes, até porque a Constituição é inclusiva.

A constitucionalização, a humanização das relações familiares e a aceitação da família democrática e pluralista prosperaram em um contexto cada vez mais marcado pela “fluidez” dos tempos modernos, pela metamorfose social que avança em vários sentidos num mundo de mudanças rápidas e imprevisíveis que não se fixam no espaço nem se prendem ao tempo. A “modernidade líquida” de Bauman (2001) serve como metáfora apta a caracterizar essa “fluidez”, no sentido da inconstância dos valores hodiernos, da dissolução

17 Todo pensamento pluralista valoriza princípios como autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância. O pluralismo propõe um modelo de sociedade articulada em grupos de poder que se situem, ao mesmo tempo, abaixo do Estado e acima dos indivíduos e, como tais, constituam uma garantia dos indivíduos contra o poder excessivo do Estado e, por outro lado, subsidiem e fortaleçam o próprio Estado contra a fragmentação individualista. (DALANEZE, 2010, p. 71).

(“derretimento”) de pontos ou grupos de referência e estabilidade outrora existentes (“sólidos”) que asseguravam certo direcionamento para a construção individual da vida.

As relações humanas foram (e são) diretamente afetados por esse “líquido cenário” (BAUMAN, 2004, p. 08), cujos padrões e configurações não são mais “dados” ou “auto-evidentes”; ao contrário, são múltiplos e ambivalentes. Nessa conjuntura, amplia-se o campo para a análise dos relacionamentos que envolvem vínculos afetivos concomitantes, como um casamento e uma união estável ou duas ou mais uniões estáveis simultâneas, *com* ou *sem* a ciência dos integrantes. Na primeira hipótese, a solução encontrada pelo direito brasileiro, igualmente em consonância com o processo de humanização, está no §1º do artigo 1.723 do Código Civil, o qual admite a união estável paralela ao casamento, se comprovada a separação de fato entre marido e mulher. Essa circunstância traz à tona a seguinte situação: a ciência, por parte da (o) *amante*, de que o (a) companheiro (a) permanece casado (a) de fato e de direito retira-lhe o direito de ser reconhecida (o) como companheira (o) que mantém uma união estável, configurando o concubinato¹⁸ que é pautado - em princípio - pela clandestinidade e deslealdade do relacionamento.

Diferente é a segunda hipótese, que trata das uniões concomitantes *com* a ciência dos envolvidos e que configuraria um paralelismo afetivo sob o viés do poliamor. O poliamor ou poliamorismo é um termo referenciado pela literatura, cinema, televisão e, mais recentemente, pelo meio científico-acadêmico. Em um viés mais jurídico, pode ser definido como a união simultânea de vínculos afetivos entre pessoas que conjugam suas vidas com comprometimento e responsabilidades recíprocas, desafiando, portanto, o significado tradicional (e legal) do casamento. Os adeptos do poliamor enfatizam antes o amor do que a sexualidade – daí a preferência pela expressão “poliamorosos” – tendo como principal objetivo o compartilhamento de experiências e sentimentos, e não a concretização de muitas relações sexuais¹⁹. Embora haja certa instabilidade nas acepções da expressão, todas parecem convergir para pontos comuns: (i) que a prática do poliamor refere-se ao relacionamento afetivo simultâneo com mais de uma pessoa; (ii) que há a permissão dessas pessoas, de modo que os princípios norteadores de tais relações seriam a honestidade e o consenso (FREIRE, 2013, p. 39).

O ordenamento jurídico brasileiro não reconhece essas uniões como entidades familiares - o que estaria, pois, em dissonância com o processo de humanização do direito -embora já exista o registro da união civil entre três pessoas (duas mulheres e um homem) realizado em um cartório de Tupã, cidade do interior do estado de São Paulo. A oficialização

18 Código Civil, art. 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

19 Freire (2013, p. 41) explica que o poliamor não se confunde com outras categorias de ligações não monogâmicas, como o “casamento aberto”, “amor livre” e “swing”, que teriam propósitos meramente sexuais.

dessa união poliafetiva teve o intuito de assegurar os direitos entre os três integrantes em caso de separação e morte, tendo a tabeliã responsável entendido que eles formavam uma união estável, razão pela qual firmou a escritura pública. Todavia, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Marília/SP, destacou que o documento funciona mais como uma sociedade patrimonial, não compreendendo todos os direitos de família²⁰ (G1, BAURU E MARÍLIA, 2012).

A simultaneidade familiar no âmbito conjugal é uma realidade concreta repudiada pelo nosso Direito, tendo em vista que a família ocidental funda-se basicamente no princípio da monogamia²¹, segundo o qual cada pessoa deve viver uma relação conjugal de cada vez, com exclusividade (TEIXEIRA e RODRIGUES, 2010, pp.117-118). Não obstante, as uniões afetivas paralelas existem no *mundo real* e geram consequências que repercutem do mundo jurídico, pois dessas relações de convivência surgem muitas vezes filhos, obrigações alimentares e previdenciárias, direitos sucessórios e patrimoniais. Negar efeitos a essas relações é atentar contra a liberdade e privacidade dos partícipes que concordaram com a situação. E mais: como justificar essa ausência de reconhecimento face ao princípio da dignidade humana e à decantada repersonalização/humanização do Direito de Família?

Vale salientar que a aceitação dos diversos tipos de famílias evidencia um elemento intrínseco a cada uma delas e que alçou o patamar de princípio jurídico: o afeto. A noção moderna de família tem o afeto como seu aspecto mais representativo, pois é o envolvimento afetivo – antes, pois, de qualquer formalidade ou moldura legal – que possibilita o pleno desenvolvimento do ser humano, de sua individualidade e de sua privacidade. Ampliou-se o rol para a chamada família *eudemonista*, com realce para o sentido da afetividade e da busca da felicidade²². Apesar da CF/88 não mencionar literalmente a afetividade

20 Saliente-se que a união estável, antes de ser reconhecida como entidade familiar, era vista como sociedade de fato, conforme mencionado neste artigo. Assim, esse pode ser o primeiro passo para que os relacionamentos poliafetivos também possam ser considerados entidades familiares.

21 Embora a Europa também acredite na monogamia, sendo a bigamia considerada crime na maioria dos seus sistemas, a poligamia vem sendo introduzida no Direito de Família europeu: “[...] while the principle of monogamy has been maintained, polygamy has been introduced into family law in Europe, first, as serial polygamy, with the possibility of remarriage and second, simultaneous polygamy, with acceptance of some of the consequences of marriages entered into in the other legal systems where this form is recognized, combining remarriage with sometimes life long subsistence of some economic rights and duties of former marriages, institutionalized unmarried cohabitation giving rise to rights and duties in relation to two partners, and the possibility for a man to have children with the same legal status by more than one woman.” (ÖRÜCÜ, 2009, p. 526). Nesse sentido, já houve registro na Holanda da união civil entre três pessoas (BELIEN, 2015).

22 A expressão “eudemonismo”, de origem grega, liga-se ao adjetivo “feliz” e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral. A família eudemonista surge para nominar essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo (DIAS, 2011, p. 55).

como princípio aplicável às relações de família, tal como aponta a dignidade humana (artigo 1º, III), a solidariedade (artigo 3º, III), a igualdade (artigos 5º, *caput*; 226, §5º e 227, §6º), o melhor interesse do menor e a convivência familiar (artigo 227), sua inclusão no elenco principiológico resta patente, sobretudo por especializar princípios supracitados.

A importante presença do afeto na discussão jurídica atual exsurge com a significativa mudança na percepção e na vivência das famílias; o afeto se sobressai nas relações familiares em um contexto em que o exercício da liberdade vem aumentando em comparação aos tempos passados. Deveras, quando a ideia de família vinculava-se estritamente aos laços indissolúveis do matrimônio e à descendência oriunda desse enlace, os motivos que uniam e mantinham tais famílias eram diversos; decerto que o afeto constava como um dos motivos, mas não havia o poder conferido pela liberdade de estar, sair, acolher, afora a primazia exagerada conferida às questões patrimoniais e a desigualdade entre filhos e entre homens e mulheres. Todas essas questões, outrora, “conferiam razões para ‘estar junto’ que podiam coincidir ou não com um sentimento de inclinação emocional pelo outro” (OLIVEIRA, 2010, p. 51).

O princípio em comento, pois, passou a reluzir a humanização do Direito de Família na medida em que a juridicização do afeto revolucionou as relações interpessoais, promovendo uma salutar reforma de valores e estreitando as ligações (consonâncias) entre afetividade e Direitos Humanos:

Desde a incidência da teoria da afetividade, várias alterações podem ser observadas sob esta perspectiva: a visão do casamento baseado no afeto entre marido e mulher justifica a separação em caso de não haver mais interesse em estar casados; a afinidade entre companheiros justifica a ‘legalização’ das uniões livres; a guarda compartilhada surge como instrumento apto a evitar a perda do convívio afetivo entre pais separados e os filhos; a paternidade socioafetiva remodelou a relação paterno-filial, desvinculando-a do critério sanguíneo, e as uniões homoafetiva ganham espaço por revelarem a afetividade existente entre casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Imprescindível mencionar que a fundamentação do afeto não pode ser dissociada da categorização dos Direitos Humanos. O estudo das gerações que classifica os direitos fundamentais permite uma análise no que tange à concretização do direito ao afeto, como sendo uma garantia de liberdade. (CARVALHO, 2012, pp. 177-178)

O afeto consubstancia-se em uma liberdade constitucional, tanto quanto a liberdade locomoção, de expressão e de religião, gerando direitos individuais (*direito ao afeto*) e, por conseguinte, responsabilidades daí decorrentes. O advento jurídico do afeto ocasionou uma “legítima refundação familiar, agora alicerçada na égide da igualdade material, da proibição da discriminação e na efetividade da cidadania” (CARVALHO, 2012, p. 14).

Essa refundação familiar pautada na afetividade propicia o exercício da liberdade e da cidadania em sua plenitude; liberdade enquanto valor supremo perseguido pelo indivíduo, relacionada ao poder que o cidadão tem de exercer suas faculdades dentro dos limites legais, e cidadania enquanto qualidade da pessoa titular de direitos e obrigações, categoria político-participativa e modo de pertencimento à sociedade. De outro modo, restringir o direito de formar uma família que não se enquadra nos padrões convencionais representa, a princípio, uma afronta a esses postulados, além de estar em dissonância com a repersonalização do Direito, que, repita-se, insere a *pessoa* no seu centro protetor. Assim, se por lado houve uma evolução no sentido da guarda das famílias monoparentais, pluriparentais, anaparentais e daquelas formadas pela união estável de hetero ou de homossexuais, por outro, o não reconhecimento de arranjos afetivos como os poliamorosos consentidos estaria à margem dessa humanização e de seus corolários.

Que razões poderiam ser elencadas para tal vedação? O princípio da monogamia? A coibição da bigamia? A proteção patrimonial? Conservadorismo? E como defender o princípio da afetividade, o exercício da liberdade e da cidadania diante desses impasses?

A temática da liberdade está intrinsecamente ligada à independência e à autonomia da vontade, podendo ser concebida como valor ou ideal almejado pelo indivíduo. Como já mencionado neste artigo, o sentido do princípio da liberdade no Direito de Família é permitir às pessoas exercer essa autonomia a partir das escolhas que concernem à sua privacidade, autorizando também o reconhecimento público dessas escolhas e a possibilidade de exercício dos direitos daí advindos, que se traduz em cidadania. Nesse sentido:

Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hetero ou homossexual. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1.639 §2º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares.

No rol dos direitos da criança, do adolescente e do jovem, assegurados constitucionalmente, figura o direito à liberdade (CF 227). Assenta-se neste direito tanto a necessidade de o adotado, desde os 12 anos de idade, concordar com a adoção (ECA 45 §2º), como a possibilidade do filho de impugnar o reconhecimento levado a efeitos enquanto era menor de idade (CC 1.614). Igualmente o ECA consagra como direito fundamental a liberdade de opinião e de expressão (ECA 16 II) e a liberdade de participar da vida familiar e comunitária sem discriminação (ECA 16 V). (DIAS, 2011, p. 64).

Por sua vez, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) versa que a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo. Ao estabelecer, em seu artigo 16, que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem

direito à proteção desta e do Estado, a DUDH evidencia a preocupação que deve estar afeta ao Estado no sentido de tutelar essa instituição (privada) em nome de um interesse social (público). Esse mesmo dispositivo trata ainda da necessidade do livre e pleno consentimento para o casamento e da liberdade de contrai-lo sem restrição de raça, nacionalidade ou religião, bem como da igualdade entre os cônjuges²³.

O debate sobre a família – que, por ser tanto uma estrutura pública como uma relação privada, uma vez que configura o indivíduo como integrante de um vínculo familiar e partícipe de um contexto social (DIAS, 2011) – está pautado pela tensão e pelas confluências entre a autonomia privada e a ordem pública. Até que ponto a tutela da liberdade de escolha nas relações afetivas pela ordem pública permite/restringe o exercício pleno da cidadania?

Nesse diapasão, arguindo sobre o que tornaria o Direito de Família uma questão de ordem pública e, do outro lado da mesma moeda, até onde seriam alçados os limites das autonomias individuais, Teixeira e Rodrigues (2010) afirmam que essa apreciação deve ser feita a partir da conjunção dos conceitos de liberdade e família e da composição entre eles no plano de uma objetividade institucional, de maneira a resultar em um mínimo de restrições individuais e um máximo de realizações pessoais. Não se pretende, com tais argumentos, defender a abstenção do Estado da regulamentação do Direito de Família, sobretudo nos casos da necessária proteção de sujeitos familiares vulneráveis, quando seu papel é promocional, mas chamar a atenção para a redefinição e a coexistência equilibrada entre as dicotomias supramencionadas²⁴.

É imperioso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar, para que as normas postas não interfiram em prejuízo do *ser sujeito*, destoando do processo de humanização e de repersonalização. A esfera privada das relações afetivo-conjugais começa a repudiar a interferência do público, porquanto ainda que persista o interesse do Estado na preservação da família, célula da sociedade, cabe indagar sobre sua legitimidade (ou sobre seu limite) para invadir a privacidade e de intimidade das pessoas, promovendo uma verdadeira *estatização do afeto* (DIAS, 2011). As confluências

23 Eis os enunciados do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948):

“1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.”

“2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos nubentes.”

“3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado.”

24 Tanto o absenteísmo estatal como a interferência desmesurada são prejudiciais. Teixeira e Rodrigues (2010) salientam que, assim como no Estado Liberal, no qual o exagero da autonomia privada causou a falência do sistema, no Estado Social a excessiva ingerência na esfera de liberdade individual fez ruir postulados que privilegiavam incondicionalmente a vontade coletiva em detrimento da vontade individual.

e dissonâncias originadas pela definição dos espaços concernentes à ordem pública e à autonomia privada, as quais estão sendo redesenhados desde a vigência do Estado Liberal, precisam levar em conta as significativas transformações ocorridas em matéria de relações familiares. No Estado Democrático de Direito, a plena realização do ser humano depende também da unificação dessa dicotomia em prol da concretização das reais necessidades humanas (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010).

Destarte, faz-se mister buscar o equilíbrio entre a autonomia privada e a ordem pública, haja vista que os modelos familiares devem ser inspirados na liberdade; as pessoas merecem ter a liberdade de formar suas famílias (esfera privada) inspiradas antes nos laços afetivos do que em modelos herméticos, e é o reconhecimento jurídico (esfera pública) dessas estruturas de convívio que possibilita o exercício da cidadania. A discussão, pois, sobre o privado e o público no âmbito do Direito de Família traz à tona as interfaces entre liberdade e cidadania, encontrando alento no pensamento de Arendt (1983), que disserta sobre a liberdade como manifestação do indivíduo no espaço público e propõe o exame da condição humana através de três atividades fundamentais que integrariam a *vita activa*: o labor, o trabalho e a ação.

O labor seria atividade correspondente ao processo biológico do corpo humano, assegurando a sobrevivência da espécie e relacionado, pois, à própria vida (*homo laborans*). O trabalho não estaria necessariamente contido no repetitivo ciclo vital da espécie, como ocorre no labor, mas corresponderia ao artificialismo da existência humana: é pelo trabalho que se produz um mundo artificial diferente do ambiente natural, que o *homo faber* cria coisas extraídas da natureza, convertendo o mundo em um espaço de objetos partilhados pelo homem. A ação seria a única atividade exercida diretamente entre homens sem a mediação das coisas ou da matéria, correspondendo à condição humana de pluralidade e estando de forma intrínseca ligada à política e à liberdade. Na obra de Arendt (1983), a ação seria, portanto, uma das categorias fundamentais que possibilitaria o exercício da liberdade e a capacidade de reger o próprio destino, além de configurar expressão da singularidade individual.

O exercício da liberdade e a capacidade de reger o próprio destino consistem em direitos fundamentais das pessoas, notadamente em matéria de escolhas afetivas. As considerações acerca da liberdade e da cidadania, feitas a partir de aspectos relacionados à autonomia de vontade, titularidade de direitos e obrigações e participação ativa na coletividade como forma de desenvolvimento do indivíduo e da própria sociedade, possuem aplicabilidade nas questões do Direito de Família, evidenciando-se que a principal função da família é conferir suporte emocional aos indivíduos que a integram e possibilitar o desenvolvimento de todos eles em respeito à dignidade humana.

Assim, em vista de todo o processo de humanização do direito e das relações de família, da consagração do princípio da afetividade e do reconhecimento de uma pluralidade de estruturas familiares, independentemente do selo formal do matrimônio e do

gênero dos integrantes, como justificar o repúdio jurídico às uniões poliamorosas que efetivamente tenham vínculos afetivo-familiares sem macular o princípio da dignidade e sem restringir o exercício da liberdade e da cidadania? Eis o desafio posto para reflexão.

4. Conclusões

Os argumentos tecidos neste artigo permitem vislumbrar algumas consonâncias e dissonâncias do processo de humanização no âmbito das relações familiares: houve um significativo avanço para a *democratização* da família, com a ampliação e a consequente tutela jurídica de estruturas familiares diversas das formadas pelo matrimônio legal, como aquelas sustentadas pelos vínculos de parentalidade (monoparental, parental e anaparental) e as decorrentes das uniões estáveis entre hetero e homossexuais, incluindo-se nesse rol as uniões estáveis paralelas aos casamentos, desde que comprovada a separação de fato entre os cônjuges.

O problema ainda reside no paralelismo afetivo das uniões poliamorosas consensitadas, ou seja, no reconhecimento jurídico do poliamor. A ausência de tutela jurídica nesses casos, em princípio, destoa desse processo de humanização e de repersonalização do direito, desviando a aplicabilidade plena dos princípios da dignidade e da afetividade e o exercício da liberdade e da cidadania por essas pessoas que, consensualmente, resolveram manter relacionamentos não convencionais, não monogâmicos.

A família tem como função a realização e o desenvolvimento de todos os seus membros, na condição de sujeitos de direito dotados de dignidade, devendo o princípio da dignidade humana ser compreendido como princípio respeitante a todos e a cada um dos integrantes do grupo familiar. Por ser uma construção cultural, base do Estado e célula da organização social, a família merece ser interpretada independentemente do tipo de arranjo familiar em que se revela, em especial porque a Constituição da República Federativa do Brasil é inclusiva.

A afetividade, aspecto representativo da noção hodierna de família, haja vista que é o envolvimento afetivo que possibilita o pleno desenvolvimento do ser humano, de sua individualidade e de sua privacidade, adentrou no elenco principiológico do Direito de Família como elemento nuclear que reflete a constitucionalização de modelos de famílias eudemonistas e igualitários. Esse respaldo jurídico do afeto sinaliza a repersonalização do direito, no sentido da clara opção de privilegiar o *ser* em detrimento do *ter* (a despatrimonialização e a personalização de institutos jurídicos através da inserção da pessoa humana no centro protetor do direito).

A dignidade humana e a afetividade, dentre outros princípios aplicáveis ao Direito de Família (solidariedade, convivência familiar, igualdade), estão em conexão com a liberdade de escolha, a autonomia privada e o modo de pertencimento e de participação

das pessoas na coletividade, o que se traduz em cidadania, em titularidade (e exercício) de direitos e deveres. Em outras palavras, como a família é, ao mesmo tempo, uma relação privada e uma estrutura pública, porque seus integrantes mantêm vínculos afetivo-familiares e são partícipes de um contexto social, não há como pensar as relações familiares sem a reflexão sobre as confluências e dissonâncias entre a autonomia privada e a ordem pública.

Os modelos de família devem ser inspirados na liberdade, e o seu reconhecimento depende da harmonia entre autonomia privada e ordem pública; dessa maneira, cada ser humano poderá exercer sua cidadania com plenitude.

5. Referências

- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BIROLI, Flávia. *Família: novos conceitos*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo/Partido dos Trabalhadores, 2014. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br>>. Acesso em: 18 fev. 2015.
- BELIEN, Paul. First Trio 'Married' in the Netherlands. *The Brussels Journal*: the voice of conservatism in Europe. Disponível em <<http://www.brusselsjournal.com>>. Acesso em: 14 maio 2015.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. In: *Revista Pensar*, v. 18, n.2. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza. Disponível em <<http://www.unifor.br>>. Acesso em: 26 fev. 2015.
- BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Lei 9.278/96. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 13 maio 1996.
- CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Direito de família e direitos humanos: pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares*. São Paulo: EDI-JUR, 2012.
- DALANEZE, Sérgio. Contribuição do pluralismo no debate das ideias jurídicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco; LIXA, Ivone (orgs.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: RT, 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 2. São Paulo: Escala, s/d. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 2.

FREIRE, Sandra Elisa de Assis. *Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos*. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2013.

G1, BAURU E MARÍLIA. *União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP*: um homem e duas mulheres fizeram escritura pública de união poliafetiva. Documento dá direitos de família, especialmente em casos de separação. Disponível em: <<http://www.g1.globo.com>>. Acesso em 14 maio 2015.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Alceu Amoroso. *A família no mundo moderno*. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1960.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coords.). *Famílias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002.

ÖRÜCÜ, Esin. Family law. In: BUSSANI, Mauro; WERRO, Franz (orgs.). *European private law: a handbook*. Berna: Stämpfli Publishers Ltd., 2009.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Escala, s/d. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 7.

SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. São Paulo: Biblioteca de Cultura Cristã, Ed. das Américas S/A, 1964.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso 08 fev. 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE CUSTOS AMBIENTAIS NO INCREMENTO DA EXPLORAÇÃO DOS HIDROCARBONETOS NÃO CONVENCIONAIS

DANIELLE MENDES THAME DENNY

Advogada, Mestre e Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos, professora na Fundação Armando Álvares Penteado e na Universidade Paulista.

MARIA LUIZA MACHADO GRANZIERA

Advogada, Mestre e Doutora em Direito Público pela Universidade de São Paulo, Professora do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade Católica de Santos, autora de diversos livros entre eles o Direito Ambiental, publicado pela Ed. Atlas.

Resumo

O barateamento da produção energética a partir do denominado gás de folhelho¹, popularmente denominado gás de xisto, está crescendo exponencialmente nos Estados Unidos e Canadá, derrubando o preço do velho carbono, e tornando-se mais vantajoso em termos econômicos e assim dificultando ainda mais a competitividade das fontes renováveis de energia. Os impactos disso, além de serem de ordem comercial, são também de altíssima relevância para o meio ambiente, haja vista que a exploração do xisto, da maneira como tem sido feita, parece acarretar várias externalidades negativas como o metano liberado durante a extração e o potencial comprometimento da qualidade dos recursos hídricos, dentre outros impactos ambientais. A pesquisa que suporta este artigo indica, até o momento, que o preço baixo da energia proveniente do fraturamento hidráulico das rochas betuminosas só é conseguido mediante uso insustentável de recursos naturais. Neste sentido é oportuna a investigação jurídica sobre os custos ambientais de tal exploração,

1 O termo mais técnico do ponto de vista geológico é “gás de folhelho”, não “gás de xisto”, pois inclui formações geológicas distintas da do xisto que também são exploradas pelo fraturamento hidráulico (fracking). Porém, o termo “gás de xisto” é o mais popularizado e por isso foi adotado neste texto. O Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015 estabelece a seguinte nomenclatura: “Art. 2º Para os fins deste Decreto, adotam-se as seguintes definições: (...) XXIX - recurso não convencional de petróleo e gás natural - recurso cuja produção não atinge taxas de fluxo econômico viável ou que não produzem volumes econômicos de petróleo e gás sem a ajuda de tratamentos de estimulação maciça ou de tecnologias e processos especiais de recuperação, como as areias betuminosas - oilsands, o gás e o óleo de folhelho - shale-gas e shale-oil, o metano em camadas de carvão - coalbed methane, os hidratos de metano e os arenitos de baixa permeabilidade – tightsandstones”

com a consideração de um possível “dumping ambiental” e como tal, sua apreciação pelo Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

Palavras-chave

Gás de xisto; Gás de folhelho; Hidrocarbonetos não convencionais; Dumping ambiental.

Resumen

El abaratamiento de la producción de energía a partir de la extracción de hidrocarburos no convencionales, mediante el fracking, está creciendo de manera exponencial en los Estados Unidos y Canadá, con esto baja el precio de los hidrocarburos, que se vuelve más ventajoso en términos económicos y dificultando aún más la competitividad de las fuentes de energía renovables. Sus impactos son de interés comercial, pero también son de gran importancia para el medio ambiente, dado que la exploración de la forma en que se ha hecho, parece ser la causa de varios factores externos negativos, como el metano liberado durante la extracción y el posible deterioro de la calidad de los recursos hídricos, entre otros impactos ambientales. La investigación que apoya este artículo indica, hasta el momento, que el bajo precio de la energía de la fracturación hidráulica de esquisto solo se logra mediante el uso insostenible de los recursos naturales. En este sentido es oportuna la investigación legal de los costos ambientales de esa explotación, con la consideración de un posible “dumping ambiental” y, como tal susceptible de apreciación por el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio

Palabras clave

Gas de esquisto; Gas no convencional; Hidrocarburos no convencionales; Dumping ambiental.

1. Introdução²

O uso de rochas betuminosas para extrair nafta, óleo combustível, gás liquefeito, óleo diesel e gasolina, não é novidade. Novo é o contexto conseguido pelos EUA e Canadá

² O presente artigo aborda parte da pesquisa de Doutorado que está sendo realizada por Danielle Mendes Thame Denny, sob orientação da Profa. Dra. Maria Luíza Machado Granziera, na linha de pesquisa Regimes Ambientais: Formação e Criação do Programa de Doutorado em Direito Ambiental da Universidade Católica de Santos. O esforço investigativo aqui descrito tem sido realizado sob os auspícios do Grupo de Pesquisa Energia e Meio Ambiente, criado em 2010, sob liderança dos Doutores Maria Luíza Machado Granziera e Fernando Cardozo Fernandes Rei e dialoga com o Projeto de Desenvolvimento intitulado Tecnología y Riesgo: La Extraccion de Hidrocarburos No Convencionales Mediante el Fracking. Propuesta de Regulacion Ambientalmente Sostenible, criado em 2014, sob coordenação de German Valencia Martin e com parte da referida pesquisa realizada no Brasil pelos Professores Fernando Cardozo Rei e Rafael Costa Freiria, pesquisadores de referido projeto. O estudo teórico, legislativo e jurisprudencial tem como foco principal o Direito Internacional Ambiental, mas buscará também suporte teórico no Direito Econômico Internacional.

de preço baixo, com o uso da tecnologia de fraturamento hidráulico que utiliza uma mistura de água, areia e produtos químicos de várias naturezas para perfurar as camadas de xisto e extrair gás natural dos poros rochosos. De acordo com a Administração de Informação de Energia dos EUA (EIA, na sigla em inglês), a participação do xisto na produção total de gás natural americano passou de menos de 5% há 10 anos para 34% em 2013.³

Os EUA dispõem de uma quantidade significativa de recursos energéticos provenientes da exploração do xisto. Suas reservas estão em segundo lugar, perdendo apenas para a Rússia em se tratando de óleo e em quarto lugar, perdendo apenas para China, Argentina e Argélia, no tocante ao gás natural.⁴ Essa extensa reserva cumulada com o domínio da tecnologia necessária à exploração desses recursos (horizontal drilling e hydraulic fracturing) têm efeitos na queda vertiginosa dos preços do gás natural e, consequentemente, no rápido crescimento da produção industrial intensiva em energia, como indústria química e de metais, que voltam a procurar os EUA para se instalar.

A facilidade de liquefação e portanto de comércio internacional dessa fonte energética pode impactar de forma significativa o arranjo de mercado energético no mundo e especialmente o do Brasil, pois a capacidade industrial instalada no país já funciona com gás natural, a origem desse gás natural, sendo ou não do xisto, não demanda alterações do parque instalado, tendo em vista que é possível a utilização dos mesmos equipamentos.

O esforço investigativo do qual este texto é parte teve início com entrevistas a especialistas, as quais foram publicadas em formato jornalístico na Revista Ambiente Legal⁵. Nessa oportunidade, concedendo uma das entrevistas, Adriano Pires, diretor do Centro Brasileiro de Infra-Estrutura, afirmou que “o mundo passa por uma grande revolução energética. Há três anos, se pensava que tinha chegado a vez dos renováveis, mas parece que não, que o gás natural vai ser a força motriz da terceira revolução industrial”. José Roberto Mendonça de Barros, outro entrevistado, apontou que o gás de xisto deprime o preço do velho carbono, e se torna mais competitivo do que é hoje. “Petroquímicas brasileiras já se mudaram para os EUA, pois não têm como competir aqui, são 17 dólares em Camaçari e 3 dólares nos EUA” estima.

Nathan Hultman, da Universidade de Maryland, nos Estados Unidos, que também concedeu entrevista na revista supra mencionada, ponderou que o gás natural vai ter impacto, mas não vai inviabilizar o mercado para os combustíveis limpos. Ele citou exemplos como: 1. as novas usinas de energia americanas já se submetem a limites de

3 Cálculo feito pela EIA e disponível no site <http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=18951>

4 Relatório elaborado pela EIA e disponível no site <http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=11611>

5 Gás de xisto ameaça renováveis. Fonte de energia do momento derruba o preço do ‘velho carbono’, afirmam especialistas. Revista Ambiente Legal, AICA, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.ambientelegal.com.br/gas-de-xisto-ameaca-renovaveis/>>.

emissão, porque o CO₂ é considerado um poluente; 2. há um teto de emissões aplicável ao transporte veicular e 3. o State Renewable Portfolio Standards já obriga a observância de uma porcentagem mínima de fontes renováveis na energia elétrica em 30 dos 50 estados americanos.

Inclusive, caberia, para esse tipo de exploração não convencional de gás natural se submeter a padrões técnicos e mecanismos de monitoramento muito mais cautelosos, mas por uma questão política, em 2005, por meio da Lei das Exceções⁶, o então presidente George Bush, priorizando o objetivo dos EUA em se tornar energeticamente independente, isentou as empresas produtoras de gás não convencional da obrigação de atenderem aos dispositivos ambientais, inclusive os previstos no Clean Water Act⁷, a lei americana de proteção aos recursos hídricos.

Esse ato político possibilitou juridicamente a desenfreada implementação de diversos campos de extração de gás não convencional nos EUA, favorecendo corporações do setor de óleo/gás, porém com diversos efeitos deletérios no âmbito social, econômico e ambiental, conforme pode ser verificado do documentário Gasland (FOX, 2010)⁸ e em inúmeras violações, conforme constatou o National Resources Defense Council e o Frac-Tracker Alliance, em estudo que investigou as operações de fraturamento hidráulico para monitorar não só os casos de efeitos deletérios como também a falta de publicidade e a necessidade de regulação mais efetiva (NRDC/FTA, 2015).

Atualmente apenas EUA, Canadá e China⁹ exploram comercialmente o gás de xisto, mas a Rússia, a China e o próprio Brasil possuem grandes reservas do recurso. Para o vice-diretor do Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo (USP), Colombo Celso Gaeta Tassinar em entrevista concedida na revista acima referida, “o potencial brasileiro seria superior a 6,4 trilhões de metros cúbicos, ou seja, entre as 10 maiores reservas do mundo”¹⁰. Para ele, quando esses recursos forem explorados, as indústrias que utilizam gás natural em sua produção serão beneficiadas com a queda do custo do

6 Ato legal emanado do executive americano com o objetivo de isentar a indústria de fraturamento hidráulico de muitas regulações ambientais entre elas o Safe Drinking Water Act; o Resource Conservation and Recovery Act; o Emergency Planning and Community Right-To-Know Act; o Clean Water Act; o Clean Air Act; o Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act; e o National Environmental Policy Act. (BRADY, 2011: 3-4)

7 O Clean Water Act proíbe, nos Estados Unidos, as atividades que envolvam impactos em aquíferos que servem para abastecimento humano.

8 Documentário dirigido por Josh Fox em 2010 que aborda o dilema enfrentado pelos proprietários rurais que se veem diante da oferta lucrativa de ceder o uso de suas terras para as empresas de energia e o inesperado impacto ambiental danoso que essa atividade passa a representar em suas vidas, evidenciando uma política governamental que prioriza o capital em detrimento da qualidade de vida das pessoas.

9 Dados levantados pela EIA e disponível no site: <http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=19991>

10 Gás de xisto ameaça renováveis. Fonte de energia do momento derruba o preço do ‘velho carbono’, afirmam especialistas. Revista Ambiente Legal, AICA, São Paulo, 2013. Disponível em: < <http://www.ambientelegal.com.br/gas-de-xisto-ameaca-renovaveis/> > .

combustível e terão aumento de competitividade. Essa informação é relevante, na medida em que aponta, se verdadeira para uma verdadeira revolução na matriz energética contemporânea, porém com graves custos ambientais que, se não forem internalizados pelos exploradores, deixará uma marca deletéria nessa nova dimensão energética.

Ainda é difícil avaliar os riscos que o gás de xisto representa, conclui Luis Roberto Pogetti, presidente do Conselho de Administração da Copersucar, maior produtora de açúcar e etanol do mundo. “Sem dúvida há um novo panorama, mas ainda haverá muitas discussões ambientais e sobre a viabilidade da manutenção dos preços baixos no longo prazo” (informação verbal¹¹). Ademais, para ele, o fato de não ser energia limpa deve tirá-lo de uma necessária agenda de futuro que reconheça a importância estratégica de manter combustível limpo na matriz energética mundial.

O presente artigo tem como hipótese constatar, por análise teórica e estudo de caso, que a forma com que tem agido a indústria de extração de hidrocarboneto não convencional, quando implementa a tecnologia de fraturamento hidráulico atualmente é dumping ambiental. Para tanto, os objetivos específicos serão apontar 1. as especificidades técnicas dessa tecnologia que vão interferir na análise jurídica e também 2. casos em que foram documentadas inadequações ou falta de publicidade a respeito.

O objetivo geral será mostrar que pode ser identificada negligência com a preservação do meio ambiente e a legislação ambiental dos países que adotam essa tecnologia, principalmente no tocante às normas voltadas para proteção das águas, sobretudo as mais frágeis, que são as subterrâneas, o que fundamenta o tratamento jurídico como dumping ambiental. A justificativa, fundada na corrente epistemológica dialética, é contribuir para a identificação de alguns dos conflitos de interesses intrínsecos ao uso dessa nova tecnologia para atender a objetivos das políticas energética e de soberania, muitas vezes em detrimento da proteção ao meio ambiente e da participação da população envolvida.

2. Desenvolvimento

O método de fratura hidráulica consiste na perfuração de vários poços em uma determinada área, até as camadas dos folhelhos das rochas betuminosas, normalmente encontradas em grandes profundidades, como as superiores a dois mil metros. Para a perfuração e fraturamento são utilizadas injeções, sob altas pressões, de uma mistura de água, areia e um coquetel de produtos químicos nem sempre conhecidos pois a solução de fraturamento é protegida por patente em nome de cada indústria que atua nesse mercado. A solução de fraturamento precisa depois ser bombeada para fora da rocha para receber o devido tratamento ou disposição final adequada.

11 Análise feita por Luis Roberto Pogetti, no Ethanol Summit 2013, em São Paulo / SP

Com a abertura dos poços e o fraturamento da rocha, os gases presentes nas porosidades dos folhelhos (metano, propano, nitrogênio, dióxido de carbono, entre outros) e óleo bruto são liberados para a superfície, sendo cada poço normalmente conectado a uma usina para pré-refino e a um gasoduto para transmissão desse gás para uma refinaria de grande porte. Esse conjunto de poços é denominado campo de extração de gás não-convencional por fraturamento hidráulico o qual tende a ter, em média, um prazo economicamente útil de 2 a 3 anos.

Depois desse prazo, o gás remanescente, que não apresenta viabilidade econômica para captação, normalmente é queimado no próprio local (FOX, 2010), até que haja condições para o selamento do poço com concreto. Isso pode acontecer após um longo período, uma década depois de finalizada a exploração econômica do gás em um determinado local, por exemplo, mas caso não seja feita essa migração de forma planejada e monitorada pode durante todo esse período causar impactos sócio-ambientais negativos.

Durante a sondagem e perfuração dos poços, devido à grande profundidade, há a necessidade de uso de um volume muito grande de recursos hídricos e de químicos. A técnica é semelhante à extração de petróleo no pré-sal, com a diferença que no mar a água é abundante e no continente muitas vezes esse recurso tem de ser levado até o campo de extração por caminhões pipas, o que contribui para a emissão de gases de efeito estufa.

Os fluidos de perfuração correspondem a um coquetel químico variável de acordo com a empresa que realiza a prospecção. Alguns dos químicos são comprovadamente lesivos à saúde humana, muitos sendo, inclusive cancerígenos. Assim, se essa composição química vazára para fora do duto de perfuração pode contaminar o solo e as águas subterrâneas dos aquíferos comprometendo o consumo humano (CNHNY, 2014).

Depois de perfurado o poço e instalados os dutos, é feita uma injeção de solução de fraturamento para dissolver as rochas betuminosas. Da mesma forma que os fluidos de perfuração, o potencial de contaminação química do solo e dos lençóis freáticos é muito grande, haja vista a variedade de produtos químicos e orgânicos considerados tóxicos à saúde que precisa ser utilizada.

A técnica e a regulamentação utilizada até o momento para prevenir que haja vazamentos ainda não se mostram suficientemente seguras (NRDC/FTA, 2015). Além disso, a estimativa do risco é de grande complexidade uma vez que depende do alcance das plumas de gás ou fluido que vazaram, das concentrações de substâncias tóxicas, da proximidade com poços artesianos e dos aspectos geo e hidrológicos da área.

De qualquer forma, de todo o fluido injetado, apenas em torno de 50% consegue ser bombeado de volta para receber o devido tratamento ou disposição final ambientalmente adequada. A solução que consegue ser recuperada fica temporariamente estocada em piscinas de acumulação, sobre as quais ainda não há uma regulamentação padronizada

para evitar infiltrações e transbordamentos. Principalmente nos períodos chuvosos, essas bacias de contenção temporária ficam susceptíveis a contaminar solo e água em virtude de possíveis vazamentos.

O próprio transporte desses resíduos perigosos também representa um risco intrínseco. Mesmo havendo um conjunto de normas técnicas e de regulamentação específica para transporte de substâncias perigosas, ainda há possibilidade de acidentes nas rodovias, nas estações de tratamento de efluentes ou na disposição final, em incineradores ou aterros sanitários em tanques selados.

Além disso, cada poço de fraturamento hidráulico possui uma usina para pré-refino, na qual o gás retirado do poço é submetido a altas temperaturas para reduzir a umidade e os teores de compostos orgânicos voláteis que estavam condensados junto com o gás liberado das rochas betuminosas. Esses resíduos formam um condensado de gás que precisa ser armazenado em tanques próprios ou ser queimados nas estações finais de refino. Se vazarem para a atmosfera para o solo ou para a água geram contaminação.

O próprio gás pode ser o contaminante poluindo os aquíferos com metano, propano, óxido de carbono e outros gases comprometendo a saúde humana e a qualidade dos recursos inclusive podendo tornar a água explosiva, comprometendo a segurança dos dutos dos sistemas de abastecimento humano. A qualidade do ar também fica comprometida em virtude da alta densidade de gases e compostos voláteis nas regiões próximas aos campos de fraturamento. Essas são algumas entre outras muitas formas possíveis de impacto ambiental.

3. Sociedade de Risco

Essa questão acima descrita remete o pesquisador para a questão da sociedade de risco, na qual o desenvolvimento tecnológico e os padrões de consumo da atualidade têm um preço, que é a crescente degradação da biosfera. Daí a necessidade de uma análise muito detalhada dos impactos e do custo socioambiental que tais empreendimentos impõem.

Sobre essa matéria, antes de tratar da sociedade de risco, cabe uma reflexão principiológica acerca da ecologia, nos seguintes termos:

“Ecologia é doutrina da casa (óikos), do mundo. A habitação humana é esta “casa”, que é o ambiente natural. A palavra insinua que o ambiente é como uma casa para o homem, onde ele se reconhece como esperado e aceito, onde encontra não só um sistema de serviços de que a vida humana precisa, mas também os significados constitutivos da vida. (...) A ecologia, como articulação recente das ciências biológicas, define a vida (bios) como princípio autopoietico de síntese de elementos dispersos, e se ocupa da História natural, isto é, do destino de cada uma das espécies e de sua capacidade auto-organizativa (vida) em relação ao destino de

outras formas de vida, presentes no respectivo ambiente.” (DENNY, E. A, 2003: 51)

O termo “sociedade de risco” de Ulrich Beck (1998) refere-se ao aspecto da História social moderna pelo qual os custos do progresso econômico começam a destruir o Estado de bem-estar que ele mesmo contribuiu para construir. Não são perigos espontâneos, mas produzidos pela sociedade e surgem das próprias forças produtivas. Ciência, técnica e economia produzem riscos que crescem à medida que aumentam as condições materiais da existência humana.

Os conflitos da sociedade industrial clássica constituíam-se de um caráter econômico, sem uma contrapartida relativa a direitos sociais. Tratava-se de maximização dos lucros das empresas, da relação entre tempo de trabalho e tempo livre, da quantia correspondente à mais valia. Tais conflitos foram contemplados com uma evolução legislativa, sobretudo a respeito dos direitos sociais, implementados no século XX.

Contudo, surgiram novos conflitos ao longo do tempo. Na sociedade de consumo, com a distribuição dos custos dos danos ecológicos, tornou-se necessária a fixação de limites para o lançamento de resíduos tóxicos, mitigando o potencial dano no meio ambiente, entre outras questões. Nessa linha,

“Em suma, a questão ambiental não pode ser tratada só sob o ponto de vista econômico. A análise custo/ benefício tende a esquecer os interesses não monetários da relação do homem com o ambiente. O critério de justiça é o que deve estabelecer a relação entre o desenvolvimento econômico e o ambiente sadio, procurando a síntese e o equilíbrio entre o desfrutar e o poupar, o inovar e o conservar, o fabricar e o eliminar, o trabalhar e o gozar...” (DENNY, E. A, 2003: 54)

Os riscos, portanto, são compartilhados e ninguém, nem aqueles em melhor situação financeira conseguem ficar ilesos, “a miséria é hierárquica, o smog¹² é democrático” (BECK, 1998: 26). Os danos à natureza foram socializados, politizados e, com isso, surgiram novas exigências, traduzidos na necessidade de proteção aos direitos difusos¹³. O impacto, pois, é geral e a poluição afeta um número indeterminado de pessoas, independentemente de classe social.

Além disso, muitas vezes, os riscos só podem ser conhecidos e demonstráveis com instrumentos e técnicas muito sofisticados. Exigem, portanto, uma alteração substancial no ordenamento jurídico, que precisa exigir aprofundamento nos estudos ambientais,

12 Smog é um neologismo resultante da combinação de smoke (fumaça) com fog (nevoeiro), designa a poluição atmosférica densa.

13 Direitos difusos são transindividuais indivisíveis, pertencem a indivíduos indetermináveis ligados entre si por uma circunstância de fato.

publicidade e participação popular, coibindo-se a violação de direitos difusos, pois são inaplicáveis os princípios tradicionais da causalidade e da responsabilidade, por exemplo, dada a dificuldade da determinação dos efetivos responsáveis pelos danos e pela consequente reparação.

Torna-se necessária uma revisão paradigmática do desenvolvimento técnico, uma análise do problema que consiga retardar, eliminar ou mitigar os efeitos não desejados e as ameaças de catástrofes. A ética, a política, a economia e a comunicação precisam ser adaptadas à sociedade de risco para poder dar respostas inovadoras aos problemas. Articular participação de atores não convencionais como da sociedade civil e reconhecendo a relevância de pequenas ações individuais praticadas no dia a dia, com as quais se possa construir um novo paradigma que confira valor à sustentabilidade.

4. Princípios da Precaução e da Prevenção¹⁴

Os termos precaução e prevenção, apesar de parecerem sinônimos, são tratados de forma diferente pela doutrina ambiental. O princípio da precaução justifica a proibição de uma determinada atividade face a ausência de certeza científica sobre os potenciais danos.

¹⁴ Esse dilema prevenção ou precaução é justamente o objeto do Projeto de pesquisa Tecnología e risco: a extração de hidrocarbonetos não convencionais mediante fraturamento hidráulico, coordenado por Germán Valencia Martín, na Universidade de Alicante, na Espanha com vários pesquisadores, entre eles, os brasileiros Fernando Cardoso Rei e Rafael Costa Freiria. A seguir a descrição do objetivo da pesquisa: “La extracción de hidrocarburos no convencionales por medio de la técnica de la fractura hidráulica o fracking está despertando en el mundo entero, y también en España, una considerable polémica, por sus temidas repercusiones ambientales, valoradas hasta el momento a partir básicamente de la experiencia norteamericana. Controversia que ha alcanzado ya en España al plano normativo, con distintas leyes autonómicas de carácter prohibitivo, y la inmediata, pero tal vez insuficiente, reacción por parte del legislador estatal. La situación jurídica en países de nuestro entorno también obedece a las mismas coordinadas, es decir, entre la prohibición y la permisividad en virtud de la legislación específica de hidrocarburos. El análisis de sus impactos ambientales y sobre la salud pública marcan el momento actual tanto en la Unión Europea como en el ámbito internacional. Desde la perspectiva jurídica el objeto de este proyecto es importante, de rigurosa actualidad y, por su novedad, todavía no suficientemente estudiado. Bajo las indicadas circunstancias, nuestra hipótesis de partida es que, dejando a un lado posturas extremas, puede haber una regulación ambientalmente sostenible de la extracción de hidrocarburos por medio de la técnica del fracking, que permita su empleo no traumático si las consideraciones de política energética así lo demandan, con tal de que dicha regulación se construya correctamente, a partir de un análisis completo y racional de todas las implicaciones ambientales de dicha técnica y consiguientemente de todos los subsectores normativos afectados.”

O grupo, dessa forma, constata que há muita polêmica, principalmente em virtude da forma como foi feita a exploração nos EUA. Essas controvérsias fazem com que alguns países europeus, inspirados na mesma diretiva europeia, proíbam e outros, permitam o uso dessa tecnologia para extração de energia. Em virtude disso, adota como hipótese a ser comprovada ou refutada pela pesquisa do grupo, a possibilidade de haver uma regulamentação eficiente para garantir a extração de hidrocarbonetos não convencionais de forma sustentável, a partir do princípio da prevenção que pressupõe uma análise completa e racional de todos os impactos ambientais decorrentes do uso dessa tecnologia.

“A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta” (MACHADO, 2011: 76)

Já o princípio da prevenção busca a compatibilização entre a atividade potencialmente impactante e a proteção ambiental, mediante estudo abrangente para serem conhecidos todos os riscos envolvidos e, com base nisso, seja feito um licenciamento exigindo o cumprimento de condicionantes mitigando, assim, ao máximo tais riscos.

“Sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção. A aplicação do princípio da prevenção comporta, pelo menos, doze itens: 1) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza; 2) identificação das fontes contaminantes das águas e do ar, quanto ao controle da poluição; 3) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 4) planejamento ambiental e econômico integrados; 5) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; 6) Estudo de Impacto Ambiental; 7) prestação de informações contínuas e completas; 8) emprego de novas tecnologias; 9) autorização ou licenciamento ambiental; 10) monitoramento; 11) inspeção e auditoria ambientais; 12) sanções administrativas ou judiciais.” (MACHADO, 2011:99)

O custo da prevenção tende a ser menor que o da reparação e alguns danos são irreversíveis, mas se os riscos forem conhecidos, previsíveis, podem e devem ser mitigados, pressupondo, também, necessárias medidas cautelares para impedir a continuidade de eventuais atividades lesivas ao meio ambiente. Porém, se houver dúvida, se os riscos não forem conhecidos, ou houver suspeita da irreversibilidade de um eventual dano, a cautela indica que seja proibida a atividade, afinal, na dúvida é melhor não se correr um risco que possa comprometer a sadia qualidade de vida inclusive das gerações futuras.

“Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção. (...) Aplica-se o princípio da precaução ainda quando existe a incerteza, não se aguardando que esta se torne certeza.” (MACHADO, 2011: 85)

O objetivo do princípio da prevenção é justamente buscar conciliar a atividade potencialmente danosa com a devida proteção ambiental. Assim, havendo análise prévia dos impactos que um determinado empreendimento possa causar à saúde e ao meio ambiente,

é possível, desde que adotadas medidas compensatórias, condicionantes e mitigadoras, assegurar sua atividade inclusive com os benefícios econômicos dela decorrentes.

E trata-se de um processo dinâmico, conforme avança a tecnologia maior é a capacidade de conhecer e monitorar os riscos e melhores são as formas de controle. O que num dado momento histórico precisa ser evitado, com a evolução tecnológica, em pouco tempo pode se tornar relativamente seguro.

“A segurança, como a pobreza, se constitui em um estado relativo, que pode variar em grande medida em função da cultura, do tempo, do lugar, essa segurança continua sempre sendo um ideal inalcançável (...) Em outras palavras: as necessidades, exigências, possibilidades e competências de prevenção aumentam de forma recíproca no curso do processo de civilização (...) a sociedade da prevenção acompanha de forma silenciosa a sociedade de risco” (MAY, 2012: 321-322)

Assim, pelo princípio da prevenção, em um sistema de exploração de gás pelo fraturamento hidráulico, os riscos e vulnerabilidades precisam ser conhecidos previamente, os eventuais danos serem possíveis de ser identificados, avaliados e portanto mitigados por medidas de controles adequadas que possibilitem ação rápida e eficaz para reduzir ao máximo o risco de qualquer forma de poluição.

Se houver conhecimento técnico científico que permita conhecer todos esses potenciais riscos e for possível fazer uma regulação eficiente para mitiga-los, a atividade de fraturamento hidráulico deve ser licenciada, conforme o princípio da prevenção. Contudo, se estudos técnicos científicos apontarem para uma imprevisão muito grande ou um risco de irreversibilidade dos danos, a atividade precisa ser proibida, seguindo o princípio da precaução. Pelo menos até que os avanços tecnológicos permitam que a imprevisibilidade e a irreversibilidade diminuam.

5. Recomendação da Comissão Européia

A Comissão Europeia elaborou uma recomendação aos Estados europeus contendo os padrões básicos a serem seguidos pelas legislações nacionais para regular a exploração de gás natural pela tecnologia de fraturamento hidráulico, garantindo a preservação do meio ambiente, o uso eficiente dos recursos naturais e respeitando o direito à informação dos cidadão.

Diferentemente das Diretivas, as Recomendações não têm caráter vinculativo, apenas sugerem condutas, sem todavia implicar em qualquer obrigação legal. Dessa forma, essa específica recomendação sugeriu o prazo de adequação das legislações dos Estados para julho de 2014 e agora prevê que anualmente em dezembro haja entrega de um relatório das medidas adotadas pelos Estados no tocante a essa recomendação.

Em linhas gerais a Recomendação orienta tanto para que haja planejamento estratégico e estudo de impacto ambiental a tempo da população afetada poder participar desde o início do projeto, como para que sejam adotados instrumentos como autorizações, licenças e outorgas pelo poder público para exigir dos operadores o uso das melhores técnicas disponíveis, para mitigar ao máximo o risco.

Nos EUA e Canadá não foi encontrado até o momento nenhuma orientação legislativa similar à europeia, pelo contrário, cada Estado exerce sua autonomia federativa para permitir, regular ou proibir o fraturamento hidráulico da maneira que lhe for melhor conveniente.

6. No Brasil

A importância do gás natural para a matriz energética brasileira tem crescido, Ministério das Minas e Energia constata que a indústria do gás natural cresceu em 2014 de 89,64 para 100,00 milhões de m³/dia (MME, 2015:29), em virtude da demanda para as termelétricas (+21,7%) e para as indústrias (+4,7%). Com esse aumento, estão previstos maiores investimentos na infraestrutura de distribuição, principalmente via gasodutos, nesse sentido foi aprovada pela Portaria MME nº 128, de 26 de março de 2014, o Plano Decenal de Expansão da Malha de Transporte Dutoviário do País – PEMAT 2022, com base em estudos de expansão realizados pela Empresa de Pesquisa Energética.

Para suprir esse aumento de demanda houve aumento da exploração nacional e intensificação das parcerias internacionais. Por exemplo o Segundo Aditivo ao Memorando de Entendimento (do inglês MoU – Memorandum of Understanding) em matéria de intercâmbio de energia, com vigência até o final de 2015 e celebrado entre Brasil e Argentina, prevê livre trânsito de gás natural brasileiro pela malha de gasodutos da Argentina. Essa cláusula viabilizou o suprimento à usina termelétrica de Uruguaiana, localizada no Rio Grande do Sul e possibilitou um total de geração de 322,08 GWh utilizando gás natural brasileiro (MME, 2015:28).

O fato desse gás natural provir de fontes convencionais ou não convencionais como o gás de xisto, não altera a capacidade industrial instalada. O gás natural proveniente de fontes não convencionais podem, portanto, ser transportado pelos mesmos gasodutos e serão utilizados nas mesmas máquinas que operam atualmente com gás proveniente de fontes convencionais.

Em virtude disso, o governo federal, na 12º rodada de leilão de gás, em 28 de novembro de 2013, previu 240 blocos a serem outorgados ao poder privado para exploração do gás de xisto, em várias áreas do país, inclusive em algumas com incidência do aquífero Guarani. Porém, o edital não encontra respaldo na política energética brasileira até 2030, documentada por dois documentos: a Matriz Energética Nacional e o Plano Nacional de

Energia 2030. Em nenhum deles há referência ao gás não convencional. Sendo assim, não faz sentido ele ser integrado repentinamente à matriz energética brasileira sem qualquer justificativa específica.

O edital desconsiderou, também, o parecer técnico elaborado pelo Grupo de Trabalho Interinstitucional de Atividades de Exploração e Produção de Óleo e Gás - GTPEG n. 03/2013, do Ministério do Meio Ambiente (MMA, 2013), cuja atribuição é justamente assessorar o setor de petróleo e gás no tocante às medidas ambientais prévias a serem tomadas antes da concessão da outorga.

O parecer recomendava um estudo mais efetivo e um envolvimento maior da população, antes da tomada de decisão pela exploração, sugerindo a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar – AAAS como instrumento para verificar os impactos e riscos ambientais envolvidos nessa atividade, para que seja possível a regulamentação e o monitoramento e, com isso, uma atuação segura para o meio ambiente e para a saúde humana.

Fundamentando no princípio da precaução e nessas ilegalidades que demonstram ser precipitada a autorização da tecnologia de fraturamento dentro deste contexto, o Ministério Público Federal de vários estados propuseram ação civil pública contra a União Federal e a ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

TRF4-5012993-50.2014.4.04.0000-AI - TRF4 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4^a REGIÃO.

JF/FLR-0005610-46.2013.4.01.4003-ACP- JF/FLR - JUSTIÇA FEDERAL - SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE FLORIANO-PI.

JF-BA-0030652-38.2014.4.01.3300-ACP - JF-BA - JUSTIÇA FEDERAL - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA.

JF-PPR-0006519-75.2014.4.03.6112-ACP - JF-PPR - JUSTIÇA FEDERAL - 12^a SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA - PRESIDENTE PRUDENTE/SP.

Com essas medidas, foram conseguidas liminares que suspendem os efeitos da 12^a rodada de licitações dos blocos para a exploração de gás pelo uso da técnica de fraturamento hidráulico e proíbem a ANP de realizar novas licitações que prevejam o uso do fraturamento hidráulico, até que sejam feitos estudos exaustivos demonstrando a viabilidade socioambiental do uso desta técnica.

7. Dumping Ambiental

O Acordo Antidumping, da Organização Mundial do Comércio, em seu Art. 2º, define dumping como sendo a fixação arbitrária de um preço de venda inferior ao valor normal. O conceito de dumping ambiental decorre dessa definição clássica de dumping

comercial, assim, praticar preços que desconsiderem os reais custos, inclusive os ambientais, pode ser tomado como um caso de dumping.

Artigo 2

Determinação de Dumping

1. Para as finalidades do presente Acordo, considera-se haver prática de dumping, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior ao seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador.¹⁵

Apesar de não estar previsto expressamente no Acordo Antidumping, da Organização Mundial do Comércio, a construção teórica e jurisprudencial identifica o dumping ambiental como a oferta de produto no comércio internacional com um preço que desconsidera os custos ambientais decorrentes da sua produção e portanto concorrem deslealmente com os produtos que foram feitos respeitando as exigências ambientais.

Portanto, dizer que a indústria de extração de gás, quando implementa a tecnologia de fraturamento hidráulico pratica dumping ambiental, significa afirmar que os produtores não agem de maneira a preservar o meio ambiente, ou a legislação ambiental do país onde se dá a extração é ineficiente para garantir uma produção sustentável. Dessa forma, os baixos preços do gás, quando são adquiridos pelos consumidores, refletiriam a não interiorização dos custos ambientais no momento da produção do combustível.

Contudo, o modelo de disputas comerciais da OMC parece não dispor de ferramentas jurídicas suficientemente eficazes para analisar casos de regulamentação positiva na relação comércio e meio ambiente. O próprio Acordo Antidumping da OMC prevê que os Estados Membros adotem procedimentos investigatórios para combater o dumping realizado pelo setor privado e que cause dano comprovado ao comércio. Essa investigação e não o dumping em si que é questionável perante a OMC.

“Raras vezes, na maior parte do século que há pouco terminou, cruzaram-se os caminhos do comércio internacional e da preservação do meio ambiente. Os artifícies da normatividade em ambas as esferas percorreram, quase sempre, vias próprias, devotados aos problemas específicos da área a ser regulada.” (AMARAL JR., 2011: 137)

15 Texto original do Acordo Antidumping, da Organização Mundial do Comércio, em seu “Art. 2.1 For the purpose of this Agreement, a product is to be considered as being dumped, i.e. introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country.” traduzir

“As diferenças se manifestam, inclusive, na linguagem empregada: o termo proteção guarda, via de regra, um sentido negativo para quem trabalha com o comércio internacional e uma conotação positiva para os ambientalistas.” (AMARAL JR., 2011: 141)

Daniel Esty identifica um conflito de paradigmas entre quem atua com comércio internacional e os ambientalistas. Os liberais veem a aplicação de medidas ambientais ao comércio como uma ameaça à harmonia do livre comércio internacional e os ambientalistas, por sua vez, apontam que a maximização do lucro ignora os custos dos impactos ao meio ambiente e é incapaz de quantificar em moeda o valor que os recursos naturais representam para a sociedade (ESTY, 1994:42)¹⁶.

Apesar desse conflito de paradigmas, há alternativas previstas no arcabouço legal comercial para fomentar a proteção ao meio ambiente, principalmente por regulação negativa. Os Estados Membros estão autorizados a colocar medidas restritivas ao comércio para proteger seu meio ambiente. Seria o caso dos subsídios não acionáveis para fomentar energias renováveis, por exemplo.

“A abordagem geralmente adotada pela OMC reconhece que certo nível de restrição ao comércio pode ser necessário para o cumprimento de alguns objetivos de política pública, desde que duas condições sejam preenchidas: (i) a medida deve ser coberta por uma das exceções do Art. XX do GATT 94; e (ii) a medida não deve implicar prática de discriminação arbitrária e injustificável, ou restrição dissimulada ao comércio internacional.” (THORSTENSEN, 2013:L)

Outra possibilidade seria acionar os mecanismos previstos nos Acordos Preferenciais de Comércio, já que na maioria deles há determinações de cunho ambiental. Os padrões regulatórios ambientais exigidos pelos acordos firmados com EUA e Europa são os mais altos, inclusive. Contudo, dado o fato de as exceções ambientais aplicáveis ao fraturamento hidráulico ter legitimidade uma vez que emanado do poder executivo, haverá o contra argumento de estar sendo obedecida a legislação nacional e dessa forma tentar-se-á afastar a aplicação das previsões sobre meio ambiente.

16 “a) Without environmental safeguards, trade may cause environmental harm by promoting economic growth that results in the unsustainable consumption of natural resources and waste production; b) Trade rules and trade liberalization often entail market access agreements that can be used to override environmental regulations unless appropriate environmental protections are built into the structure of the trade system; c) Trade restrictions should be available as leverage to promote worldwide environmental protection, particularly to address global or trans boundary environmental problems and to reinforce international environmental agreements; d) Even if the pollution they cause does not spill over into other nations, countries with lax environmental standards have a competitive advantage in the global marketplace and put pressure on countries with high environmental standards to reduce the rigor of their environmental requirements.” (ESTY, 1994:42)

“No caso dos APCs assinados pelos Estados Unidos e pela União Europeia, encontram-se, em geral, capítulos específicos sobre meio ambiente; (...) Esta tendência dos APCs em regulamentar a área de meio ambiente, de forma cada vez mais substantiva e vinculante, é um processo notável no caso da União Europeia, (...) Os acordos classificados como de “terceiro grau”, ou seja, aqueles com compromissos mais detalhados e vinculantes, como são aqueles dos Estados Unidos e os assinados pela União Europeia posteriores a 2000 – por exemplo, União Europeia- Chile e União Europeia-Coreia –, detalham melhor os objetivos de forma que, além da cooperação, também se preocupam em delinear mais claramente como as partes podem definir o que se chama no jargão internacional de “level playing field”, ou seja, um padrão mínimo regulatório que desfavoreça o recurso às flexibilidades regulatórias para gerar vantagens competitivas entre aqueles entes públicos ou privados que operam no comércio internacional, (...) Por esta razão, os acordos indicam explicitamente o compromisso das partes em adotarem políticas de proteção ao meio ambiente, assim como de se comprometerem a respeitar os padrões regulatórios já estabelecidos nacionalmente, sem que as partes possam criar exceções ad hoc a fim de favorecer a competitividade de determinadas empresas. Tais acordos também explicitam o compromisso entre as partes de não recorrerem à regulamentação ambiental com efeitos protecionistas e que limitem o fluxo de comércio e/ou investimento entre as partes. Nesses acordos, há, porém, sempre a referência explícita de respeito à legislação nacional, garantindo a cada uma das partes no acordo a soberania para determinação de suas prioridades na regulamentação ambiental, a partir dos compromissos mínimos indicados no acordo.” (BALDIN, 2012: 300)

A inexistência de sanções específicas possíveis de serem aplicadas no caso de descumprimento das cláusulas ambientais dos Acordos Preferenciais de Comércio também é um obstáculo. Acabam sendo levados aos mecanismos de solução de controvérsias apenas violações expressas a legislação doméstica do próprio país.

“Os acordos dos Estados Unidos, como indicado anteriormente, são aqueles que seguem um modelo e definem procedimentos bastante detalhados e particulares para o capítulo de meio ambiente. Em todos os capítulos sobre meio ambiente dos cinco acordos analisados dos Estados Unidos, consta um procedimento específico de consultas que as partes podem solicitar em relação a quaisquer dos dispositivos do capítulo, ao secretariado do acordo ou aos conselhos específicos que gerenciam o acordo. Há procedimentos e prazos previstos para estas consultas, porém não há referência a qualquer tipo de sanção possível no caso de se constatar o descumprimento do acordo por uma das partes. Contudo, os dispositivos mais relevantes, em geral, relativos à legislação doméstica e suas formas de implementação, exclusivamente, podem ser levados ao sistema geral de solução de controvérsias previsto no acordo. Por isto, a indicação de que

os mecanismos de solução de controvérsias é parcialmente aplicável ao capítulo sobre meio ambiente.”(BALDIN, 2012: 308)

Além do conflito paradigmático mencionado acima, a posição política do Brasil com relação à implementação das previsões de comércio internacional no tocante a meio ambiente tem sido sempre de resistência, desde o lançamento da agenda ambiental na OMC, o Brasil assume a liderança do grupo de países em desenvolvimento resistentes, em parte porque a área de meio ambiente já tem um regime jurídico de proteção estruturado a parte da OMC e também em vista do receio de medidas socioambientais serem distorcidas e usadas para proteger indevidamente os mercados dos países desenvolvidos.

Dessa maneira, é muito remota a possibilidade de o Itamaraty tomar alguma posição mais contundente, exigindo dos países que atualmente exploram o fraturamento hidráulico o comprometimento com medidas socioambientais responsáveis. É improvável mas possível. E, inclusive, se houvesse alguma articulação política nesse sentido, mesmo antes de qualquer apreciação pelo sistema de solução de controvérsias da OMC, o dano à reputação das empresas provavelmente já teria impactos eficazes em incentivar o maior engajamento socioambiental.

A reputação organizacional, para Roberts e Dowling, seria um ativo intangível com potencial de criação de valor, ela agrupa atributos organizacionais, criados ao longo do tempo, que refletem o modo pelo qual os diversos stakeholders vêm a empresa como uma boa cidadã corporativa (DOWLING, 2002: 53). Nesse contexto, o efetivo comprometimento socioambiental das empresas envolvendo todos os seus stakeholders é uma das principais métricas para construção da reputação corporativa das empresas.

Além disso, há uma tendência cada vez maior de empresas e executivos serem responsabilizados administrativa, civil e criminalmente por descumprimento de obrigações ambientais. Para prevenir isso, é necessário um ativo processo de gerenciamento e minimização dos riscos, monitorando integralmente os sistemas de produção para mitigar ao máximo os danos ambientais, com isso, zelar pela saúde dos colaboradores, clientes, visitantes e a comunidade do entorno.

Um exemplo de ameaça à reputação das empresas impulsionando o Direito foram as denúncias de “dumping” sócio ambiental que o setor sucroalcoleiro do Brasil enfrentou. A ameaça da plantação de cana em áreas de florestas, as queimadas e o uso da mão de obra do boia fria em condições degradantes foram as principais justificativas das denúncias.

Em resposta a essas pressões, antes mesmo de haver processo na OMC, surgiu o Decreto Lei n.º 42.056 de 06 de agosto de 1997 (D.O.E. 07/08/1997) que fixou prazo para adoção de medidas para erradicação da queima da cana, foram feitos muitos estudos e métricas de acompanhamento para comprovar que a produção de cana não causava desflorestamento, pelo contrário estava em área já de produção agrícola consolidada e permitia inclusive o manejo e recuperação de solos degradados.

Assim, por mais que uma condenação efetiva como dumping socioambiental fosse remota, a própria denúncia e ameaça à reputação das empresas sucroalcoleiras já foi suficiente para gerar comprometimento e alteração na conduta, consequentemente favorecendo a atuação mais responsável e inclusiva.

Talvez seja possível o uso da tecnologia de fraturamento hidráulico de forma sustentável. Os estudos técnicos, dentre eles a pesquisa do grupo Tecnologia e Risco, não apontam se há ou não essa viabilidade e quais devem ser as condicionantes e regulações aplicadas. Mas de qualquer forma, a maneira como tem sido feita a exploração atualmente, sobretudo nos EUA, parece ter acarretado prejuízos ambientais reiterados, o que possibilita a concluir que o baixo custo conseguido para o gás não convencional explorado sob tais condições predatórias ao meio ambiente é artificial, só é conseguido porque deixa de precisar a gestão ambiental responsável e as eventuais medidas mitigatória dos impactos.

Nessas circunstâncias deveria ser cabível portanto o acionamento do sistema de solução de controvérsias da OMC para coibir essa forma de concorrência desleal que além de distorcer o mercado ainda compromete o meio ambiente sadio que é bem de uso comum do povo, necessário à sadia condição de vida tanto de todos os atuais habitantes do planeta como também das futuras gerações.

8. Conclusões

A realização da pesquisa descrita neste artigo ainda está em desenvolvimento, será aprofundado o tema no curso do programa de Doutorado em Direito Internacional Ambiental da Universidade Católica de Santos, estão previstas entrevistas com especialistas, análise documental e pesquisa bibliográfica.

Por hora, os estudos apontam para a possibilidade jurídica de ser considerado dumping ambiental a forma com que age a indústria de extração de gás, quando implementa a tecnologia de fraturamento hidráulico, uma vez que há negligência com a preservação do meio ambiente e não é aplicada a legislação ambiental, principalmente a voltada para proteção das águas.

Dessa maneira, os baixos preços do gás de xisto não internalizam os custos ambientais no momento da produção do combustível. Assim, a derrubada do preço desses hidrocarbonetos não convencionais é artificial e lesiva à livre concorrência em termos de comércio internacional e portanto distorce o mercado, dificultando ainda mais a competitividade das fontes renováveis de energia e afastando a viabilidade econômica de diversos projetos mais sustentáveis.

Em razão disso, medidas restritivas ao comércio, como subsídios não acionáveis para fomentar energias renováveis poderiam ser aplicadas, caberia, também, acionar os

mecanismos previstos nos Acordos Preferenciais de Comércio exigindo padrões regulatórios ambientais e ser considerado “dumping ambiental”.

Assim, a prática poderia ser denunciada perante a OMC para que o Sistema de Solução de Controvérsias autorizasse a imposição de medidas compensatórias que pudessem ser aplicadas pelos países a todos os produtos que tivessem como insumo a energia proveniente do gás de xisto e que dessa forma se beneficiaram do baixo preço conseguido via dumping ambiental.

Mesmo que não fossem efetivadas essas medidas compensatórias, o próprio constrangimento internacional em virtude de o país figurar como réu em um processo desse tipo parece que já seria suficiente para motivar maior comprometimento dos países com as normas ambientais próprias e também com os compromissos internacionais.

9. Referências

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Comércio internacional e a proteção do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARANA, Juan Diego Sández . **Fracturación hidráulica y comunidades autónomas: a propósito de dos proposiciones de ley presentadas en Andalucía**. AJA – Actualidad Jurídica Ambiental, 2015. Disponível em: <<http://www.actualidadjuridica-ambiental.com/articulo-doctrinal-fracturacion-hidraulica-y-comunidades-autonomas-a-proposito-de-dos-proposiciones-de-ley-presentadas-en-andalucia/>>. Último acesso em abril de 2015.

BALDIN, Michelle Ratton Sanchez (org.). **Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio**, IPEA, 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_tendencias_regulatorias1.pdf>. Último acesso em abril de 2015.

BARROS, Erica Ludmila Cruz. **O dumping ambiental no setor sucroalcooleiro à luz do princípio da livre concorrência**. 2010. 112 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/handle/123456789/13917>>. Acesso em 22 março 2015.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona, Paidós, 1998

BRADY, William. **Hydraulic Fracturing Regulation in the United States: The Laissez-Faire Approach of the Federal Government and Varying State Regulations**. University of Denver, Sturm College of Law Grimshaw & Harring, P.C., 2011.

Disponível em <<http://www.law.du.edu/documents/faculty-highlights/Intersol-2012-HydroFracking.pdf>>. Acesso em 22 março 2015.

BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em 22 março 2015.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em 22 março 2015.

CHPNY, Concerned Health Professionals of New York. **Compendium of scientific, medical, and media findings demonstrating risks and harms of fracking (unconventional gas and oil extraction)** December 11, 2014, Disponível em: <<http://concernedhealthny.org/wp-content/uploads/2014/07/CHPNY-Fracking-Compendium.pdf>>. Último acesso em abril de 2015.

CRUZ, Cássia Vanessa Olak Alves. Reputação corporativa e nível de disclosure das empresas de capital aberto no Brasil. Revista Universo Contábil, FURB, Blumenau, v. 6, n.1, p. 85-101, jan./mar., 2010. Disponível em: <www.furb.br/universo-contabil> Acesso em 22 março 2015.

DENNY, Danielle Mendes Thame. Gás de xisto ameaça renováveis. Fonte de energia do momento derruba o preço do 'velho carbono', afirmam especialistas. Revista Ambiente Legal, AICA, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.ambientelegal.com.br/gas-de-xisto-ameaca-renovaveis/>>. Último acesso em fevereiro de 2015.

DENNY, Ercílio A. A verdade como liberdade. Piracicaba, Edicamp, 2004.

DENNY, Ercílio A. e DENNY, Danielle M. T. Hermenêutica e argumentação. Editora Edicamp. Piracicaba. 2005.

DENNY, Ercílio A. Ética e Política I. e II 2. ed. Capivari: Opinião E., 2001.

DENNY, Ercílio A. Interpretar e Agir. Capivari: Editora Opinião E., 2002.

DENNY, Ercílio A. Liberdade e responsabilidade. Piracicaba, Editora Opinião E, 2004.

DENNY, Ercílio A. Política e Estado. Capivari: Editora Opinião E., 2000.

DUAILIBE, Allan Kardec (Org.). Combustíveis no Brasil. Rio de Janeiro: Synergia: Centro de Estudos de Energia e Desenvolvimento, 2012.

EIA, Energy Information Administration. Shale gas and tight oil are commercially produced in just four countries. February 13, 2015 Disponível em: <<http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=19991>>. Último acesso em abril de 2015.

EIA, Energy Information Administration. **Shale gas provides largest share of U.S. natural gas production in 2013.** November 25, 2014 Disponível em: <<http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=18951>>. Último acesso em abril de 2015.

EIA, Energy Information Administration. **Shale oil and shale gas resources are globally abundant.** June 10, 2013. Disponível em: <<http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=11611>>. Último acesso em abril de 2015.

EPA, 2014. U.S. Environment Protection Agency (website). **Study of the Potential Impacts of Hydraulic Fracturing on Drinking Water Resources:** Overview for Roundtable Meetings, November 2012. Disponível em <<http://www2.epa.gov/hfstudy/study-potential-impacts-hydraulic-fracturing-drinking-water-resources-overview-roundtable>>. Último acesso em fevereiro de 2015.

ESTY, Daniel C. **Greenig the GATT:** trade, environment, and the future. Washington, DC: Institute for International Economics, 1994.

EUROPA. Recomendación de la Comisión Europea de 22 de enero de 2014. **Principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen.** (L 39/72 DOUE 8.2.2014) Diario Oficial de la Unión Europea, 22 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:039:0072:0078:ES:PDF>>. Acesso em 22 março 2015.

FOX, Josh, E.U.A. **Gasland II**, Filme. 2010. Disponível em <<http://www.youtube.com>>. Último acesso em fevereiro de 2015.

FOX, Josh , E.U.A. **Gasland**, Filme. 2010. Disponível em <<http://www.youtube.com>>. Último acesso em fevereiro de 2015.

FREIRIA, Rafael Costa. **Direito, gestão e políticas públicas ambientais.** São Paulo/SP: Editora Senac, 2011.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental.** 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAY, Stefan. **Nuevos riesgos, seguridad y prevención: sobre la transformación del estado moderno y de sus forma de actuación jurídica.** In ALONSO, Esteban Pérez et al. Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012

MME, Ministério de Minas e Energia. **Boletim mensal de acompanhamento da indústria de gás natural.** Edição 94. Janeiro 2015. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/1138769/1732803/Boletim_Gas_Natural_nr_94_jan_15_+-+>

Completo.pdf/5955d68b-bb15-4545-9963-bf2e60d1f444>. Último acesso em maio de 2015.

MOBBS, Paul.. **Shale gas and public health** – the whitewash exposed. The Ecologist. Retrieved July 3, 2014, Disponível em: < http://www.theecologist.org/News/news_analysis/2385900/shale_gas_and_public_health_the_whitewash_exposed.html>. Último acesso em abril de 2015.

NDRC/FTA, National Resources Defense Council e FracTracker Alliance. **Fracking's Most Wanted:** Lifting the Veil on Oil and Gas Company Spills and Violations. April 2015. Disponível em: <<http://www.nrdc.org/land/drilling/files/fracking-company-violations-IP.pdf>>. Último acesso em abril de 2015.

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

REI, Fernando; CIBIM, Juliana. **Direito Ambiental**. Coleção 10+. São Paulo: Sarai-va, 2011.

ROBERTS, Peter W.; DOWLING, Grahame R. **Corporate reputation and sustained superior financial performance**. Strategic Management Journal, v. 23, n. 12, p. 1077-1093, dec. 2002.

SANBERG, Eduardo **Aspectos ambientais e legais do método fraturamento hidráulico no Brasil**. Disponível em: <<http://www.abes-rs.org.br/qualidade2014/trabalhos/id903.pdf>>. Último acesso em fevereiro de 2015.

THORSTENSEN, Vera (Org.) **A regulação do comércio internacional de energia**. São Paulo: FIESP, 2013. Disponível em: < <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/a-regulacao-do-comercio-internacional-de-energia/>>. Último acesso em fevereiro de 2015.

UE, União Européia. Regulamentos, directivas e outros actos legislativos. Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_pt.htm>. Último acesso em maio de 2015.

WTO, Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, **Anti-Dumping Agreement**, Disponível em: < https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/anti_dumping_05_e.htm>. Último acesso em abril de 2015.

ROTULAGEM DE ALIMENTOS TRANSGÊNICOS: UM MECANISMO EFICAZ PARA A CIDADANIA PARTICIPATIVA

BRUNO VALVERDE CHAHAIRA

Mestre em Direito Negocial pela UEL e doutorando em Direito Constitucional pela Fac. Autônoma de Direito de São Paulo. Professor da Univ. Federal de Rondônia.

VALMIR CÉSAR POZZETTI

Mestre e Doutor em Direito Ambiental pela Université de Limoges/França. Professor Adjunto da Universidade do Estado do Amazonas; Professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas.

Resumo

Dentre as produções da novel Engenharia Genética, destaca-se a produção de alimentos transgênicos que consiste na técnica de manipulação de genes de um organismo doador a um organismo receptor diverso. Tais produções geram muitas polêmicas em virtude da falta de certeza científica em relação a possíveis prejuízos à saúde e o meio ambiente; pois recentemente, estão sendo atribuídas a elas, a responsabilidade por contaminação de solos e o aparecimento de alergias e novas doenças. Não obstante ao fato das incertezas que trazem, eles estão sendo liberados para o plantio e consumo dos animais e dos humanos. Neste sentido, a legislação brasileira e a internacional determinam que o consumidor têm o direito de optar por consumir ou não um alimento transgênico, obrigando as empresas que produzem alimentos cuja composição contenha pelo menos 1% de transgenicidade, a rotulá-lo, inserindo em suas embalagens um símbolo que permita ao consumidor identificá-lo como tal e, a partir daí, decidir se quer ou não consumir tais alimentos. Assim, o objetivo deste trabalho é analisar as questões que envolvem as incertezas científicas no tocante à produção e consumo dos Alimentos Transgênicos, evidenciando os benefícios da Rotulagem, permitindo ao consumidor o direito de escolha sobre o que quer e o que não quer consumir, consagrando a participação do consumidor no processo de cidadania democrática; comparando, neste aspecto, a legislação nacional com a legislação internacional, verificando se é viável, ou não, dispensar a rotulagem ou, se dispensá-la, seria um retrocesso. A metodologia utilizada no presente trabalho é o método dedutivo, onde se busca analisar os conhecimentos produzidos para se chegar a uma resposta satisfatória no tocante à participação democrática do cidadão. Quanto aos

meios, a pesquisa é bibliográfica, com utilização de doutrina, legislação e jurisprudência e, quantos aos fins, a pesquisa é qualitativa.

Palavras-chave

Alimentos transgênicos; Rotulagem; Direito a informação; Participação.

Resumé

Parmi les productions de nouvelle ingénierie génétique , il ya la production d'aliments transgéniques comprenant de la technique de manipulation génétique d'un organisme de donneur à un receveur organisme différent. Ces productions génèrent de nombreuses controverses en raison de l' absence de certitude scientifique concernant un éventuel dommage pour la santé et l'environnement; depuis peu, sont assignés à eux, le sol contamination responsabilité et l'émergence des allergies et des maladies nouvelle. Malgré le fait que les incertitudes qu'ils apportent, ils sont libérés pour la plantation et la consommation des animaux et des humains. En ce sens, la loi brésilienne et internationale exiger que le consommateur a le droit de choisir de consommer ou non un aliment génétiquement modifié, obligeant les entreprises qui produisent des aliments dont la composition contient au moins 1% transgenicidade , à étiqueter , en insérant dans son l'emballage d'un signe permettant au consommateur d'identifier comme tel, et à partir de là, décider ou non de consommer ces aliments. Ainsi, l'objectif de cette étude est d'analyser les questions entourant les incertitudes scientifiques concernant la production et la consommation d' aliments contenant des OGM , mettant en évidence les avantages de l'étiquetage, permettant aux consommateurs le droit de choisir ce que vous voulez et ce que vous ne voulez pas de consommer, consacrant la participation des consommateurs dans le processus de la citoyenneté démocratique; la comparaison à cet égard, la législation nationale avec le droit international, vérifier si cela est possible ou non de renoncer à l'étiquetage ou, si le rejeter, serait un pas en arrière. La méthodologie utilisée dans ce travail est la méthode déductive, où il cherche à analyser les connaissances produites pour arriver à une réponse satisfaisante au sujet de la participation citoyenne démocratique. Quant aux moyens , la recherche est la littérature, en utilisant la doctrine , la législation et de la jurisprudence et de la façon dont les extrémités, la recherche est qualitative.

Mots-clé

Aliments transgéniques; Étiquetage; Droit de l'information; Participation.

1. Introdução

Nas últimas décadas pode-se verificar uma grande evolução no campo da biotecnologia e, em especial, no campo de produção de alimentos transgênicos, oriundos da engenharia genética.

A técnica consiste num processo de manipulação de genes de um organismo doador a um organismo receptor, que pode ser ou não da mesma espécie. Esse processo gera diversas discussões e dúvidas sobre a falta de certeza científica na produção destes alimentos e coloca a comunidade científica em alerta, pois não se tem certeza de que esses organismos são inofensivos à saúde do consumidor e ao meio ambiente.

Os cientistas da área não conseguem garantir que eles são benéficos à saúde e ao meio ambiente. Há diversas discussões sobre a contaminação do solo, no cultivo, e diversos relatos de doenças adquiridas pela ingestão destes alimentos.

Em virtude dessas incertezas, por cautela, a legislação brasileira determina que os alimentos que possuam composição de até 1% de OGM - Organismos Geneticamente Modificados – devem ser identificados com a rotulagem, para permitir o direito de escolha do consumidor e, também, se houver problemas futuros de contaminação, se possa descobrir com precisão e rapidez a origem do mal, podendo eliminar o produto do mercado e, ainda, socorrer a tempo as possíveis vítimas e o meio ambiente, buscando detectar-se o antídoto necessário.

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro prevê a obrigatoriedade de informação adequada e clara sobre todos os produtos, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço. Tal obrigatoriedade abrange também os Organismos Geneticamente Modificados e, dentre eles, os Alimentos Transgênicos.

Além disso, o Princípio do “Direito Meio Ambiente Equilibrado” às presentes e futuras gerações (art. 225, CF) abrange a saúde pública, a qual está diretamente ligada à comercialização de OGMS.

Por ser muito contestado os futuros efeitos que esses alimentos possam causar à saúde do consumidor e ao meio ambiente, a cautela exige que o consumidor seja informado de que o alimento que está sendo oferecido no mercado é transgênico, permitindo assim, o direito de escolha, de decisão, sobre o que quer consumir; pois o fato de decidir, ou escolher, o que quer ou não consumir, são direitos que integram a cidadania.

Entretanto, há uma grande pressão das empresas de biotecnologia, no sentido de que os Alimentos Transgênicos são seguros, que não causam mal à saúde e nem ao meio ambiente e que a rotulagem, além de assustar o consumidor, torna-o mais caro, pois o custo da rotulagem é considerável.

Mas as empresas de biotecnologia não conseguem provar essa “alegada segurança” e multiplicam-se os casos de contaminação e supostos prejuízos à saúde do consumidor, evidenciando que não há certeza científica sobre a sua segurança.

Entretanto, mesmo diante dessas incertezas, a Câmara de deputados federais aprovou no dia 27/04/2015 o Projeto de Lei nº 4148/2008, que permite a dispensa às indústrias produtoras de alimentos transgênicos, de informarem no rótulo deste, que o produto

comercializado tem origem transgênica. O texto será, agora, apreciado pelo Senado Federal, e está sendo identificado como PL nº 34/2015.

Tal Projeto de Lei vai contra jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Apelação nº 2001.34.00.022280-6), que assegurou que todo e qualquer produto geneticamente modificado ou contendo ingrediente geneticamente modificado seja devidamente informado. Além disso, o projeto atenta contra o direito de informação previsto na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar as questões que envolvem as incertezas científicas sobre a produção e consumo dos Alimentos Transgênicos, evidenciando os benefícios da Rotulagem para o direito de escolha do consumidor, como participe do processo democrático e confrontar o direito do cidadão brasileiro com a legislação nacional e a legislação internacional e verificar se podemos ou não dispensar a rotulagem ou, se dispensá-la seria um retrocesso.

A metodologia utilizada no presente trabalho é a do método dedutivo, onde se busca analisar os conhecimentos produzidos para se chegar a uma resposta satisfatória no tocante à participação democrática do cidadão. Quanto aos meios, a pesquisa é bibliográfica, com utilização de doutrina, legislação e jurisprudência e, quanto aos fins a pesquisa é qualitativa.

Assim, a problemática que se levanta é : de que forma o consumidor pode decidir se quer ou não consumir alimento transgênico ? De que forma ele será informado e o seu direito de escolha será respeitado ? O presente trabalho se justifica, pois a discussão, tanto acadêmica como social, é atual e extremamente importante para a sociedade; pois o que se coloca no centro das discussões é o direito à saúde do consumidor e o direito de informação, para que este possa exercer o seu direito de escolha.

Este assunto é debatido, tanto no âmbito nacional como internacional, e hoje se coloca como um grande tema de discussão no Brasil. Por esse motivo, a pesquisa é importante, pois a pressão das empresas de biotecnologia é muito grande e a da bancada ruralista no Congresso Nacional, que propõe um retrocesso legal, é uma verdadeira afronta aos direitos já conquistados pelo consumidor, devendo ser denunciada e esclarecida.

A pesquisa busca, então, evidenciar a legislação existente, ressaltar as evidências de incerteza científica em relação aos alimentos transgênicos e ressaltar os benefícios da rotulagem para o consumidor; uma vez que a rotulagem permite a participação democrática deste, no tocante ao seu direito de escolha sobre o que vai comer e se quer ou não quer fazer uso do alimento transgênico.

2. Rotulagem

Ter informações claras e precisas a respeito do alimento que se vai comprar ou consumir, é um direito inalienável do consumidor; pois dessa forma ele exerce o seu direito

de livre escolha, optando conscientemente pelo que quer e pelo que não quer comer, garantindo a sua saúde.

Esta clareza na informação permite que ele não seja enganado ou que não lhe seja imposto, arbitrariamente, pelo fornecedor, um produto do qual não quer fazer uso.

No âmbito da alimentação, esse direito à informação tem uma dimensão maior, visto que vai refletir na sadia qualidade de vida do consumidor.

Em 1.962, a FAO – Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação - e da OMS – Organização Mundial da Saúde (cuja função principal é a de proteger a saúde dos consumidores e assegurar práticas equitativas de comércio regional e internacional de alimentos), criaram um Programa de Normas Alimentares, que denominou-se *Codex Alimentarius*. Tal código está inacabado e vem se construindo ao longo dos tempos.

Esse código é que dita regras e padrões para o controle da produção de alimentos e comercialização de vitaminas e suplementos alimentares.

Dessa forma, o *Codex Alimentarius* assim define a rotulagem:

O rótulo é caracterizado como qualquer adesivo, marca, desenho, ilustração ou outro tipo de descrição escrita, impressa, gravada” e, “rotulagem é qualquer escrito, impresso ou gráfico, que está presente no rótulo que acompanha o alimento, ou é colocado próximo ao alimento, incluindo aquelas para proposta de promover suas vendas ou exposição.

Segundo a AGBio (2015, p.1), “os rótulos possuem três objetivos principais : 1) assegurar o fornecimento de informações adequadas sobre a saúde e segurança; 2) proteger consumidores de indústrias de embalagens fraudulentas e ilusórias; e, 3) promover concorrência justa na comercialização do produto”.

Assim, os rótulos podem gerar efeitos que vão além do mero fornecimento de informações até a função de educar e alterar comportamentos.

Além disso, o rótulo deve ser apresentado de forma que seja entendido e lido pelo indivíduo comum, versando sobre as condições habituais de uso e compra; caso contrário, o fornecimento de suas informações poderia ser considerado uma política regressiva, pois provê informações que atingirão apenas consumidores pretensamente “educados”.

De acordo com o artigo 2º do Decreto Federal nº 4.680/03, “o produto que possuir acima de 1% de ingredientes transgênicos em sua composição deve ser rotulado; tanto os produtos embalados como os vendidos a granel ou in natura”. Vejamos:

Art. 2º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença

acima do limite de **um por cento do produto**, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto.

§ 1º Tanto nos produtos embalados como nos vendidos a granel ou in natura, o rótulo da embalagem ou do recipiente em que estão contidos **deverá constar**, em destaque, no painel principal e em conjunto com o **símbolo a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça, uma das seguintes expressões, dependendo do caso: “(nome do produto) transgênico”, “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)” ou “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”.**

§ 2º O consumidor deverá ser informado sobre a espécie doadora do gene no local reservado para a identificação dos ingredientes.

§ 3º A informação determinada no § 1º deste artigo também deverá constar do documento fiscal, de modo que essa informação acompanhe o produto ou ingrediente em todas as etapas da cadeia produtiva. (gn)

Vê-se, então, que a norma exige que o recipiente ou a embalagem tragam no rótulo, em destaque, no painel principal juntamente com o símbolo, algumas expressões padronizadas para informar a sua origem e composição transgênica, devendo conter a espécie doadora do gene e as seguintes informações : “(nome do produto) transgênico”; “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)”; “Produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”.

Além do rótulo em destaque, o Decreto determina que os alimentos geneticamente modificados também tragam um símbolo que o identifique como transgênico.

Tal símbolo, já foi definido pelo Ministério da Justiça : é um triângulo amarelo, com a letra “T” dentro deste triângulo, podendo ser impresso também em preto sobre fundo branco, quando a embalagem não for colorida.

Esse símbolo deverá constar no painel principal da embalagem, que é o que fica voltado diretamente para o consumidor quando o produto está na prateleira. Isto é válido, também, para os alimentos destinados aos animais.

Quem fiscaliza o cumprimento da rotulagem dos alimentos transgênicos no Brasil, são todos os órgãos - responsáveis pela fiscalização de alimentos e os de defesa do consumidor - federais, estaduais e municipais : Vigilância Sanitária, Agricultura e os de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, Lapeña (2005, p.157) esclarece que:

O desenvolvimento de uma política de rotulagem parte da premissa de que o consumidor tem o direito de saber o que está comprando e, consequentemente, consumindo ou usando. A maior fonte de informação a esse respeito, está na rotulagem dos produtos. O consumidor, baseando-se

na informação que existe no rótulo do produto, adota a decisão melhor e mais informada na hora de exercer seu direito de opção entre os produtos que se oferecem no mercado.

Assim, a derradeira função da rotulagem, estaria na função de educar o consumidor.

Por esse motivo, a participação democrática do cidadão se consagra neste ato de ser educado para poder participar do processo democrático; ou seja, a livre escolha, podendo decidir o que é melhor para a sua saúde.

Este entendimento está expresso no Código de Defesa do Consumidor, no caput do artigo 4º e nos incisos III, IV, V e VI que estabelecem que a Política Nacional das Relações de Consumo deve atender às necessidades do consumidor, primando pela transparência, boa-fé, educação e informação dos fornecedores e consumidores, controle de qualidade e segurança, bem como coibir todos os abusos, no mercado de consumo. Vejamos o texto legal:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o **atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo**, atendidos os seguintes princípios:

(...) omissis

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - **educação e informação de fornecedores e consumidores**, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de **qualidade e segurança de produtos e serviços**, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; (gn)

Além disso, a rotulagem também ajuda a resolver problemas de responsabilidades que daí decorram; como por exemplo, o caso de alergias, toxicidade ou troca acidental no nível de nutrientes dos alimentos que foram modificados geneticamente e que podem provocar situações de perigo para a saúde dos consumidores.

Há que se dizer, também, que a rotulagem permite a rastreabilidade detectando-se a origem do produto alimentar.

A rastreabilidade é mecanismo de identificação do alimento, desde a preparação da semente até a mesa do consumidor, registrando todos os processos pelos quais esse alimento sofreu desde a sua origem até o consumo final. Falaremos um pouco mais, no próximo capítulo, a respeito da rastreabilidade.

Os partidários da rotulagem entendem que a rotulagem dos alimentos transgênicos é muito importante no processo de responsabilização e que a rotulagem deveria ser responsabilidade daquele que introduz a nova tecnologia.

Coerente esse entendimento, uma vez que quem se beneficia da tecnologia, quem tem lucro com ela, deve arcar com ônus de bem informar sobre a origem do produto.

Entretanto, a rotulagem tem encontrado uma grande resistência, por parte das empresas de biotecnologia. Estas alegam que o processo de rotular é caro e além disso, a rotulagem acaba funcionando como um dispositivo de segurança, pois causam impacto negativo no consumidor que vê o alimento transgênico como algo perigoso.

Dessa forma, segundo elas, o produto fica mais caro e o rótulo acaba estabelecendo um preconceito em relação ao produto. Alegam, também, que não há porque rotular, uma vez que os alimentos transgênicos são equivalentes aos orgânicos.

Entretanto, essas alegações das empresas de Biotecnologia não podem subsistir, pois o perigo para a saúde do consumidor e para o meio ambiente não estão afastados, uma vez que não existe certeza científica de que esses alimentos são inofensivos à saúde do consumidor; ao contrário, há muitos rumores e diversos casos de alergia, câncer e contaminações que estão sendo atribuídos a esses alimentos; logo, as ponderações das empresas não encontram respaldo legal.

Em 2005, através de carta endereçada ao Ministro da Justiça, a ONG Greenpeace fez a denúncia de que a empresa Cargill não atendia à rotulagem estabelecida em Lei. Esta denúncia motivou uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do estado de São Paulo. O Tribunal de Justiça de São Paulo, concedeu liminar para que em 30 dias às empresas Cargill e Bunge, que comercializavam os óleos de soja (marcas Soya e Liza), com mais de 1% de soja transgênica em sua produção, se adequassem aos ditames do Decreto nº 4.680/03. Em 30 de janeiro de 2008 a ação recebeu sentença, obrigando a todos a cumprir a Lei de Rotulagem, inclusive por esses fabricantes de óleo de soja.

Segundo Erickson, citado por Watanabe (2003, p. 107):

Na União Europeia, os alimentos que contêm percentagem superior a 1% de soja ou de milho geneticamente modificado, devem ser rotulados. No Japão, foi estabelecido o nível de 5% para a soja e, no caso do milho,

devido ao potencial de polinização cruzada, nenhuma porcentagem foi estabelecida.

Vê-se, então, que muitos países entendem ser direito do consumidor, saber o que come e, esse cuidado está intimamente ligado à saúde pública, tendo em vista os diversos casos de contaminação ocorridos nesses países, tais como o sangue artificial e a doença da vaca louca. Por esses motivos, os consumidores tem sido encorajados a exigir os rótulos que identifiquem os alimentos desenvolvidos pela Biotecnologia.

E continua Watanabe (2003, p. 107):

Já nos Estados Unidos não existe nenhum requerimento obrigatório para rotulagem de alimentos GMs. O Food nad Drug Adminstration (FDA) considera que, se o alimento GM é substancialmente equivalente aos seus análogos convencionais, nenhum tipo de rotulagem é requerida, a não ser nos casos em que o conteúdo nutricional tenha sido alterado ou quando o produto contenha alergênicos conhecidos.

Vê-se, portanto, que a legislação americana é por demais “benevolente” com o fornecedor dos alimentos GMs. Está claro aqui, a transformação de um ato ilícito em ato lícito, pelo próprio Estado, que deveria proteger o cidadão; pois ainda não há certeza científica de que este alimento, mesmo com quantidade mínima de OGM, não trará efeitos danosos à saúde do consumidor. É o que tenta fazer hoje, a bancada ruralista no Congresso Nacional, que preocupa--se com os lucros que terão, não com a qualidade dos alimentos que fornecerão.

No que diz respeito aos alimentos GMs, há dois sistemas de rotulagem empregados : 1) o que considera que o rótulo deve conter informações sobre o processo ou o procedimento utilizado para produzir ou elaborar o produto (posição adotada pelo Japão e União Europeia) e; 2) e o que considera que a rotulagem só irá ocorrer quando o produto final obtido difere significativamente da contra-parte convencional (composição, valor nutricional, proteína alérgica e intenção de uso).

Neste tocante, vejamos o que estabelece o Decreto nº 4.680/2003:

Art. 2º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, **o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto.**

§ 1º Tanto nos produtos embalados como nos vendidos a granel ou in natura, **o rótulo da embalagem ou do recipiente em que estão contidos deverá constar, em destaque, no painel principal e em conjunto com o símbolo** a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça, uma das seguintes expressões, dependendo do caso: “(nome do produto)

transgênico”, “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)” ou “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”.

§ 2º O consumidor deverá ser informado sobre a espécie doadora do gene no local reservado para a identificação dos ingredientes.

§ 3º A informação determinada no § 1º deste **artigo também deverá constar do documento fiscal**, de modo que essa informação acompanhe o produto ou ingrediente em todas as etapas da cadeia produtiva.

Art. 3º Os alimentos e ingredientes **produzidos a partir de animais alimentados** com ração contendo ingredientes transgênicos **deverão trazer no painel principal**, em tamanho e destaque previstos no art. 2º, a seguinte expressão: “(nome do animal) alimentado com ração contendo ingrediente transgênico” ou “(nome do ingrediente) produzido a partir de animal alimentado com ração contendo ingrediente transgênico”.

Art. 4º Aos alimentos e ingredientes alimentares **que não contenham** nem sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados **será facultada** a rotulagem “(nome do produto ou ingrediente) **livre de transgênicos**”, desde que tenham similares transgênicos no mercado brasileiro.(gn)

Independentemente do que está prescrito no *caput* do artigo 1º do Decreto 4.680/03 (obrigação de rotular todos os produtos que contenham OGM), a rotulagem de transgênicos, está prevista, integralmente, no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, em seu artigo 6º, III, quando assegura que o consumidor tem direito à informação clara, precisa e adequada, com especificação de quantidade, caracterização, composição, qualidade, preço e riscos que representam.

Outro dispositivo legal que estabelece a obrigatoriedade da rotulagem é o Decreto nº 3.871/01, que em seu artigo 1º, parágrafo 1º, determina que as expressões “produto geneticamente modificado” ou “contém ingrediente geneticamente modificado” devem constar no rótulo de todo produto desta natureza. Já o parágrafo 2º do mesmo artigo estabelece que estas informações devem estar na língua portuguesa, com visibilidade adequada.

O Estado deve estar atento à rotulagem de alimentos transgênicos, pois o Decreto nº 4.680/03, em seu artigo 4º, determina que os Ministérios representados na Comissão serão os responsáveis pela fiscalização e pelo controle das informações fornecidas aos consumidores.

Assim, a necessária rotulagem dos alimentos transgênicos é no sentido de informar os consumidores sobre aquilo que estão consumindo, sobretudo para preservar a saúde e a segurança alimentar, que é o principal interesse protegido pela rotulagem.

Importante destacar, neste contexto, o Princípio da Segurança Jurídica, que é um dos principais valores informadores da identidade político-filosófica que confere o

adjetivo do Estado Democrático de Direito a um dado ordenamento. Este princípio está destacado, de maneira implícita no inciso XXXVI do artigo 5º da CF/88.

Além deste princípio, importante destacar também o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. A função da Administração Pública é proteger a sociedade como coletividade, a liberdade de todos, contra o mau uso da liberdade de uns, ou de poucos.

Dessa forma, a rotulagem responderia à proteção da autonomia e da capacidade de escolha dos consumidores, ao ter em mãos informações sobre os produtos, que consideram relevantes, na hora de escolher um determinado alimento.

Ainda temos que destacar um outro importante instrumento jurídico, que é a Lei nº 9.677/98, que altera o capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo a classificação dos delitos considerados hediondos, os crimes cometidos contra a saúde pública:

Art. 275 – Inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, existência de substância que não se encontra em seu conteúdo **ou que nele existe** em quantidade menor que a mencionada.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. (gn)

Assim, pela interpretação da legislação acima, o produtor que deixar de cumprir a lei e não rotular adequadamente seus produtos, estará inciso na tipificação de crime hediondo, podendo responder criminalmente.

Verifica-se, então, que a legislação brasileira, no âmbito da rotulagem está consolidada, encontrando respaldo na Constituição Federal e em legislações federais infra constitucional.

Entretanto, o deputado federal Luiz Carlos Heinze, propôs à Câmara dos Deputados um PL - Projeto de Lei Federal, que estabelece a desobrigação da rotulagem de alimentos transgênicos no Brasil, alegando que eles não oferecem perigo, que são equivalentes aos alimentos orgânicos e que a rotulagem discrimina o produto. Tal PL foi aprovado pela Câmara dos Deputados Federais e seguiu para a apreciação do Senado, agora como PL nº 34/2015.

A relatora deste PL, senadora Vanessa Grazziotin, do Amazonas, propôs uma consulta pública à população brasileira, a fim de que esta se manifeste em relação à rotulagem dos alimentos transgênicos. Tal atitude da senadora prestigia a democracia e participação do cidadão, permitindo que o povo brasileiro se manifeste a respeito do assunto, fortalecendo a cidadania.

Além da consulta pública, que objetiva permitir que os cidadãos optem, podemos observar que a exclusão da rotulagem dos alimentos transgênicos, fere diversos dispositivos

federais e a Constituição Federal no tocante aos direitos fundamentais, que o Brasil consagra como cláusulas pétreas (direitos que não podem ser modificados ou excluídos).

O direito a saúde é também um direito fundamental do cidadão e este está assegurado na Constituição Federal, no capítulo relacionado ao meio Ambiente, bem como o dever do Estado de zelar por ela, *in verbis*:

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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Públíco:

(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (gn)

Um outro ponto a destacar é que, no Brasil, a análise dos processos de liberação de alimentos transgênicos é ato da CTNBio – Comissão de Biotecnologia, estabelecida pela lei Nº 11.105/2005, que tem a atribuição de analisar os processos de manipulação e construção genética desses alimentos e, liberá-los ou não, para o plantio e mercado consumidor.

Assim, cabe destacar a observação de Lisboa (2005, p. 61) a esse respeito, informando que “muitas matérias são votadas na CTNBio, com base no parecer dos relatores, sem que os conselheiros tenham tido tempo de ler os processos. Em alguns casos os processos sequer são distribuídos aos conselheiros e eles o aprovam após ouvir o parecer do relator”.

Ou seja, a Comissão Técnica que deveria analisar com cuidado essas construções genéticas, não a analisam com o devido zelo e atenção. Será que precisaremos sofrer o horror que os europeus sofreram com o caso “vaca louca” para despertarmos sobre a importância da saúde?

Os europeus hoje exigem a rotulagem dos alimentos, exatamente porque perderam a confiança em suas agências sanitárias, de fiscalizar os alimentos, por isso, o próprio consumidor europeu decidiu ele mesmo fiscalizar o que quer e o que não quer consumir.

Verifica-se, então, que a rotulagem de alimentos transgênicos encontra guarida na Lei Maior brasileira, vez que as empresas de Biotecnologia, mesmo em meio a muitas discussões sobre os perigos e doenças que estão sendo atribuídos aos OGMs, não conseguiram trazer provas de que os alimentos transgênicos são inofensivos à saúde e ao meio ambiente.

Dessa forma, veremos a seguir, como os organismos internacionais se posicionam em relação à rotulagem de alimentos transgênicos.

3. A Rotulagem em Organismos Internacionais

A oferta e o consumo de alimentos está intimamente ligado à saúde pública, que tem relação direta com o Direito Coletivo.

Neste sentido, os alimentos produzidos pela engenharia genética, provocam muitas discussões em todo o planeta, principalmente por parte da comunidade científica que não faz parte dos comitês das multinacionais da Biotecnologia.

A comunidade científica, independente, alega que é necessário a proteção da saúde, pois os estudos realizados pelas equipes de cientistas produtores não analisa os efeitos na saúde do consumidor de forma global, e esses efeitos só serão percebidos a longo tempo, quando se conseguirá detectar os prejuízos irreversíveis.

Alegam esses organismos que o custo para provar a inocuidade desses alimentos deve ser do produto, pois o custo da contra-parté é muito caro e não deve recair sobre o Estado o ônus de fazer a contra prova. Esse ônus deve ser do produtor que obtém o lucro. Ao contrário, as empresas de biotecnologia se defendem, dizendo que seus produtos não geram malefícios e que ninguém ainda provou o contrário.

Vejamos, a seguir, como alguns países e organismos internacionais se posicionam em relação à Rotulagem.

3.1. A Rotulagem no Âmbito da OMC

No âmbito da Organização Mundial do Comércio, a rotulagem de produtos no comércio internacional deve observar o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio - TBT¹.

Esse acordo determina que a rotulagem dos OGMs e seus produtos derivados (se aplica, também, em matéria de regulações técnicas e padrões referidos, aos requisitos de envasamento e embalagem), deve ser feita com o fim de garantir o estabelecimento de normas técnicas em relação aos mesmos, que não implique numa barreira ao comércio e que seja aplicado conforme os princípios de “necessidade e proporcionalidade”.

Segundo Lapeña (2005, p. 163), “de acordo com o TBT, os países devem adotar medidas protetivas à saúde, estabelecendo regras que assegurem o bem-estar de todos”.

Neste sentido o TBT estabelece que:

¹ TBT Agreement = Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio.

PREÂMBULO (...) *omissis*

§ 6º Não se deve impedir a nenhum país que adote as medidas necessárias para assegurar a qualidade de suas exportações, ou para a proteção da saúde e vida das pessoas e de seus animais ou a preservação de seus vegetais, para a proteção do meio ambiente, ou para a preservação de práticas que possam induzir ao erro, aos níveis que se considerem apropriados, sob a condição de que não apliquem de forma tal que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificada entre os países em que prevaleçam as mesmas condições ou uma restrição encoberta de comércio internacional e que no mais estejam em conformidade às disposições do presente acordo.

Importante destacar o conteúdo dos ítems 2.1 e 2.2 do TBT :

- 2.1- O produto importado receberá um trato nacional; as regulações técnicas não poderão implicar obstáculos desnecessários ao comércio e não poderão ser mais restritivas do que o necessário para alcançar um objetivo legítimo, levando em conta **os riscos** que se criaria não os alcançando.
- 2.2 os objetivos legítimos incluem, entre outros, **evitar práticas enganosas de comércio, proteger a saúde humana ou a segurança, o meio ambiente** e a sanidade e plantas e animais. (gn)

Percebe-se, então, que a rotulagem está em perfeita harmonia com o TBT. A Organização Mundial do Comércio prestigia, dessa forma, a rotulagem dos alimentos transgênicos e o Brasil tem sua legislação em harmonia com essa norma internacional, o que permite que alguns países não ofereçam barreiras econômicas aos nossos produtos, vez que estão em harmonia com os princípios da segurança jurídica e alimentar.

Vamos verificar agora, como a rotulagem está sendo observada e entendida pela comissão do *Codex Alimentarius*.

3.2. Rotulagem na Comissão do *Codex Alimentarius*

O *Codex Alimentarius* é uma instituição internacional criada pela FAO e OMS em resposta à necessidade global de harmonização de padrões e testes alimentares – resultado de um longo processo evolutivo envolvendo os mais diversos membros da Comunidade Internacional, em crises alimentares.

A importância do *Codex Alimentarius*, para a saúde dos Consumidores e para o Comércio Internacional de Alimentos, tem sido destacada por vários documentos internacionais, como a Conferência da FAO/OMS para nutrição, de 1.992; a Conferência Mundial de Alimentos da FAO, de 1.996; e o Acordo de Aplicação de medidas Sanitárias e Fotossanitárias do GATT², de 1.995.

2 GATT – General Agreement on tariffs and trade = Acordo Geral sobre Tarifas e Comercio.

Em março de 2003, após várias consultas e exaustivos trabalhos, a Força-Tarefa do *Codex* para Alimentos Derivados da Biotecnologia, estabeleceu uma série de princípios relativos à análise de riscos à saúde humana que podem ser gerados por alimentos GMs (Geneticamente Modificados). Tais princípios dispõem que antes da comercialização é essencial uma avaliação, caso a caso, dos efeitos diretos e não-intencionais que os alimentos GMs podem gerar.

Entretanto, no âmbito do *Codex Alimentarius*, a controvérsia está sendo intensa no contexto de elaboração de um Anteprojeto de diretrizes para a Rotulagem de Alimentos, obtidos por meio de técnicas de modificação/Engenharia genética.

Conforme destacado no capítulo 1 desta pesquisa, o *Codex* define a rotulagem e estabelece os objetivos da mesma, destacando que ela é essencial à informação do consumidor para que ele tenha o direito de escolha, participe do processo de construção do sistema alimentar e de saúde pública.

Dessa forma, no tocante à oferta de alimentos transgênicos, como ainda não temos certeza científica sobre os seus efeitos maléficos ou benéficos à saúde humana e ao meio ambiente, eles devem ser rotulados, para proteger a saúde do consumidor e se permitir encontrar a cura de possíveis doenças oriundas dessa engenharia, caso tenhamos uma contaminação.

Vejamos agora, o sistema de rotulagem adotado na União Europeia.

3.3. Rotulagem na União Européia

O regime de regulação Europeu teve como antecedentes as crises alimentares da década de 1.990, em alguns países da União Europeia.

Casos como a chamada crise da “Vaca Louca” ou a Encefalopatia Espongiforme Bovina – BSE no Reino Unido e, posteriormente, estendida à toda a Europa; a carne de frango intoxicada com dioxinas da Bélgica e por fim, a febre aftosa, gerou uma crise no sistema alimentar europeu, gerando alerta geral a respeito da oferta e consumo de alimentos.

Tais fatores, somados a uma inadequada ou inexistente comunicação do risco aos consumidores, em alguns dos casos mencionados, tiveram como resultado um grande receio e desconfiança dos consumidores europeus sobre as modificações introduzidas na cadeia alimentar.

Além disso, estes casos implicaram em uma perda de confiança nas Agências Reguladoras Nacionais e em sua capacidade de zelar pelos interesses dos consumidores.

Com este temor, em 1.998 a União Europeia impôs moratória, de fato, na aprovação de novos OGMs, que foi suspensa e substituída por uma regulação mais estrita,

a rotulagem e a rastreabilidade dos alimentos, que se traduz na descrição do caminho de um produto OGM da granja até a mesa, através de todo o processo de distribuição, processamento e manufatura até chegar ao produto final.

O artigo 21 da Diretiva 18/2001 da União Europeia obriga os Estados-Membros a tomar medidas para assegurar que, em todas as fases da colocação do produto no mercado, a rotulagem deve existir e ser garantida.

As sucessivas crises alimentares que ocorreram na Europa incentivaram a criação e o desenvolvimento de um novo e detalhado arcabouço jurídico sobre segurança alimentar e, em fevereiro de 2002 surge o Regulamento 178/2002, que cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece os princípios gerais que devem reger a legislação alimentar no âmbito europeu.

Segundo Moraes (2004, p. 81) “o regulamento é aplicável a todas as fases da produção, transformação e distribuição de gêneros alimentícios e de alimentos para animais”.

Já o Regulamento Europeu, nº 1.830/2003, dispõe sobre a rotulagem de OGMs, e a rastreabilidade dos alimentos e produtos produzidos a partir deles; e o Regulamento 1.829/2003 dispõe sobre alimentos e produtos modificados geneticamente. Estes entram em vigor a partir de abril de 2004, determinando que todos os alimentos derivados de OGM deverão ser etiquetados, existam ou não níveis detectáveis de DNA ou de proteínas de origem OGM no produto final.

Segundo Morais (2004, p. 81), “é permitida unicamente uma presença de OGM, e ainda acidental, de 0,9% nos alimentos. Acima deste limite, o produto deverá ser etiquetado como OGM”.

Esta Regulação também impõe a rotulagem dos OGMs para o consumo animal, seguindo os mesmos princípios para consumo humano. Com isso, o regime europeu impõe um sistema de rastreabilidade “da granja à mesa”, de forma que todas as indústrias envolvidas na produção, armazenamento, transporte e processamento dos produtos derivados de OGM deverão ter um histórico de acompanhamento de produto e conservar seu registro por pelo menos cinco anos.

Importante destacar que a falta de uma uniformização, neste aspecto, está dificultando as transações comerciais internacionais. Aqui e ali o Brasil recebe uma comissão da Europa, da Rússia, da Noruega e outros, para atestar a fidedignidade e procedência da carne ou da soja, realizando embargos e proibição de compra dos alimentos, alegando barreiras sanitárias. Os empresários brasileiros, têm se revoltado, alegando que cumprem todas as exigências do mercado comum europeu e que a situação não pode continuar como está, querendo levar-se o caso à OMC.

Na França, o Decreto nº 2009-45/2009 prevê a rotulagem dos organismos geneticamente modificados, postos à disposição de terceiros. Este Decreto altera o Código

Ambiental, uma vez que as catástrofes conhecidas podem ser irremediáveis e Territórios inteiros possam ser sacrificados:

Art. D.532-17-1. - Quando os organismos geneticamente alterados são postos à disposição de terceiros tendo em vista a utilização confinada, como definido pelo artigo L. 532-2, para investigação, de desenvolvimento ou de ensino, **devem conter um rótulo** ou vir em acompanhados de um documento que indica:

- o nome do organismo geneticamente alterado;
- o nome e o endereço completo da pessoa responsável pela disponibilização;
- uma menção que especifica “Contém organismos geneticamente modificados”.

Esta rotulagem deve ser completada, se existe espaço, observando-se as condições dispostas no item 7, B do anexo IV, da Diretiva de 12 de Março de 2001 relativa à disseminação voluntária de organismos geneticamente modificados no ambiente. (gn)

Também foi inserido no Código Ambiental francês, o artigo D. 532-18-1t, que assim destaca:

Art.D. 532-18-1. - Quando os organismos geneticamente modificados, levados a efeito numa instalação que figura na nomenclatura das instalações classificadas, são postos à disposição de terceiros, oriundos de uma utilização confinada, como definido pelo artigo L. 532-2, **serão acompanhados de um rótulo ou acompanhados de um documento que indica:**

- o nome do organismo geneticamente modificado;
- o nome e o endereço completo do empresário da instalação classificada responsável pela disponibilização;
- uma menção que especifica “Contém organismos geneticamente modificados”.

A aprovação, definida no artigo R. 515-32, precisa que esta rotulagem deve ser completada, em lugar conveniente, nas condições previstas no item 7, B do anexo IV da diretiva de 12 de Março de 2001 relativa à disseminação voluntária de organismos geneticamente modificados no ambiente. (gn)

Vê-se, então, que a legislação da França está em harmonia com a rotulagem, buscando preservar a saúde e o bem estar do consumidor, colocando a rotulagem como um dos mecanismos para a proteção do meio ambiente, vez que está tipificada dentro do código de meio ambiente da França.

Vejamos, então, o tratamento jurídico à rotulagem, no âmbito do protocolo de Cartagena.

3.4. Rotulagem no Protocolo de Cartagena (PCB)

No Protocolo de Cartagena de Biossegurança - PCB, a rotulagem não é tratada sob o ponto de vista do consumidor. As normas referentes à rotulagem estão dirigidas aos operadores responsáveis pelo transporte e às autoridades alfandegárias e regulações de medidas sanitárias e fitossanitárias, como mecanismo de manejo de risco na fase de transporte.

O artigo 18 deste protocolo refere-se principalmente à identificação de OGM na documentação que acompanha o movimento transfronteiriço.

Assim sendo, os Estados-Partes, de forma concreta, identificarão claramente, no caso dos OGMs destinados ao uso direto no alimento humano ou animal para processamento, que “pode conter” OGM e que “não estão destinados à introdução intencional no meio ambiente”, assim como um ponto de contato para solicitar informação adicional.

Segundo Lapeña (2005, p. 170):

Na primeira Conferência das Partes, que funcionou como reunião das partes do Protocolo (COP-MOP1 que aconteceu em fevereiro de 2004) entre os temas que permaneceram sem resolução na COP-MOP1, encontra-se a porcentagem ou a quantidade de material genético que pode ser considerado como livre de OGM para o transporte e a inclusão de documentação adicional”.

E continua Lapeña (2005, p. 170) informando que:

há divergências nas regulamentações de rotulagem de OGM, porque os objetivos das Partes são diferentes e contraditórios : enquanto o direito da OMC faz prevalecer o jogo do livre-mercado, uma concepção econômica do produto, no Protocolo, “universaliza o poder de polícia sanitária dos Estados”.

Dessa forma, o que se verifica é que a Rotulagem é um efetivo meio de proteção à saúde do consumidor e permite a sua participação inclusiva como efeito consequência, quando este exerce o seu direito de escolha e se torna partícipe do processo de cidadania.

Logo, a rotulagem possibilita ao consumidor a escolha de alimentos com características diferenciadas, com a capacidade de distinguir os produtos alimentares e a separação de seus atributos ao longo da cadeia produtiva.

Além disso, a rotulagem também permite celeridade nos processos de, em caso de contaminação e epidemias alimentares, descobrir-se rapidamente a causa do dano,

ou seja, qual a sua origem; pois é através da rotulagem que se pode rastrear a criação e produção do alimento transgênico, conforme exporemos no próximo capítulo desta pesquisa.

4. A Rastreabilidade dos Alimentos Transgênicos

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Brasil experimentou uma profunda mudança nas relações entre produtores, distribuidores e consumidores, inclusive no ramo da alimentação; eis que então, a novel legislação trazia em seu bojo, o direito à informação do consumidor, quanto aos atributos de qualidade do produto consumido.

Segundo Pessanha (2005, p. 170), a norma estabelecia que, no caso de alimentos com mais de um ingrediente geneticamente modificado em sua composição, “o nível de tolerância estipulada se refere a cada um dos ingredientes isoladamente, isentando de rotulagem os produtos *in natura* e aqueles nos quais a presença de OGM não fosse detectada”.

O decreto presidencial nº 4.680 de 24 de abril de 2003, estabelece que a rotulagem é obrigatória àqueles alimentos que contenham o percentual de 1% de transgenicidade em sua composição, inclusive os alimentos de origem animal, alimentados com transgênicos. O decreto exige, ainda, a identificação da espécie doadora do gene.

A Instrução Normativa Interministerial nº 1, de 01 de abril de 2.004, que esclarece o Decreto nº 4.680/03, refere-se aos “alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, embalados, ou a granel ou *in natura*, que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima de um por cento do produto”.

Assim, a rotulagem permite a rastreabilidade dos alimentos em toda a cadeia produtiva, no sentido de se estabelecer a segurança dos alimentos e, em caso de urgência como o foi o da “Vaca Louca” na Europa, detectar-se imediatamente o foco gerador de problemas, na cadeia produtiva.

Segundo Pessanha (2005, p.88):

Atualmente, a preservação de identidade é empregada para identificar as variedades de grãos que oferecem aditivos relacionados ao conteúdo ou à composição dos produtos, sendo também aplicada na distinção dos métodos de produção, como os de alimentos orgânicos, ou referendar a origem geográfica de um produto.

Assim, a rastreabilidade é a habilidade de registrar o caminho, a aplicação e a localização de um produto com características específicas, e implica em instituir uma sistemática

de registro e transmissão de informações sobre atributos específicos do produto por todas as etapas da cadeia produtiva, ou seja, da produção até a comercialização final.

A rastreabilidade pode ser utilizada pelos produtores agrícolas e indústrias agroalimentares como um instrumento de garantia para assegurar o valor adicionado dos produtos, tendo em vista a demanda dos consumidores por padrões de proteção ambiental, bem-estar animal e qualidade alimentar mais altos, que muitas vezes excedem os mínimos legais requeridos. A certificação dos sistemas de produção orgânica funciona de modo equivalente.

Entre as empresas europeias, que anunciaram ações neste sentido, segundo Pessanha (2005, p. 100):

Estão a Delhaize-Le-Lion, segundo maior varejista Belga; a Tesco, principal varejista no Reino Unido; a Aveve, principal produtora de ração da Bélgica; a Hendrix, terceira maior empresa no mercado belga; a Soya Hellas, principal importadora de soja na Grécia; a Pingo Poultry, subsidiária da Nutreco; a Wiesenhof, principal produtor de aves da Alemanha; a Migros, principal varejista da suíça; o Superquinn, principal varejista da Irlanda; a Tagger, segundo produtor de ração para animais na Áustria; a Denofa, única indústria esmagadora da Noruega; o Grupo Felini, produtor italiano de carnes de aves e derivados; a Grampion Coubtry, primeiro grande produtor do Reino Unido de ração animal.

E continua Pessanha (2005, p. 100), informando que dentre as empresas que buscam garantir esse valor adicionado aos seus produtos, destaca-se, também:

A ação conjunta do Grupo McDonld's na Alemanha, Reino Unido, Bélgica, Suíça, Dinamarca, Noruega, Finlândia e Suécia, que passou a exigir de seus fornecedores o uso exclusivo de ração animal e farelo de soja isentos de transgênicos e a aquisição de rações animais de zonas livres do cultivo de variedades geneticamente modificadas.

Nos Estados Unidos da América, destacam-se a Trader Joe's, maior empresa varejista; a A. E. Staley and ADM (Archer Daniel's Midland), o segundo maior exportador de soja; e empresas de menor porte, como Zen-Noh, Consolidated Grain & Barge, Clarkson Grain, que se especializaram na exportação de culturas não transgênicas.

No Brasil, a Sadia, maior empresa brasileira de exportação de carne de aves e derivados, foi a pioneira em implantar sistemas de rastreabilidade para excluir qualquer uso de soja, milho ou seus derivados transgênicos.

Em 30 de janeiro de 2002, em anúncio à imprensa, a Sadia informou que os seus produtos continham derivados de soja ou de milho não geneticamente modificados, tendo em vista a sistematização de procedimentos para evitar a aquisição de matérias-primas modificadas geneticamente.

Outra indicação de existência de iniciativas na área de preservação de identidade é a Carta da Cert ID³. A Cert ID afirma que já certificou um considerável volume de farelo de soja brasileiro como não-transgênico e se ofereceu para enviar uma lista dos fornecedores certificados de rações animais aos produtores de carne bovina e de aves, além de fornecer uma lista de empresas e importadores europeus de matérias-primas certificadas por ela, para a Europa.

A empresa brasileira Perdigão anunciou à imprensa, em 2 de setembro de 2002, o reforço do seu sistema de rastreamento, objetivando detectar a presença de OGMs nas diversas etapas da cadeia produtiva. Para tal, a empresa firmou convênio com a UFV (Universidade Federal de Viçosa), do estado de Minas Gerais.

Seguindo esta mesma linha de procedimento, várias empresas brasileiras estão fazendo uso do CertID, tais como : Laboratório AgroGenética, IMCOPA, COTRIMAIO, etc...

Desta forma, verifica-se que muitas empresas do ramo de alimentos estão preocupadas com a saúde do consumidor e com a qualidade dos alimentos que fornecem. E a rotulagem é um mecanismo de garantia de qualidade de seus produtos, vez que a permite a rastreabilidade e, com ela, se detectarão os causadores dos prejuízos; prejuízos esses, que poderão levá-las à falência, em virtude de indenizações que estarão obrigadas a pagar, caso ocorram prejuízos à saúde do consumidor e ao meio ambiente.

5. O Direito à Informação no Brasil

A rotulagem de alimentos transgênicos está ligada diretamente ao direito de informação que o consumidor tem, para poder realizar a escolha do produto que quer consumir.

No Brasil, a adequação ao Direito à Informação, previsto nas Diretrizes da Resolução nº 39 da ONU, se deu com a inserção de alguns dispositivos da Carta Magna de 1.988, tais como os artigos 5º, XIV; 170; 220; 221; e 225, § 1º, VI. Na Legislação Infra-Constitucional foi incorporado à Lei dos Agrotóxicos (Lei 7.802/89 e Na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 9.795/99, art. 6º, § 3º e art. 10); na Constituição Federal de 1.988.

O artigo 5º da Constituição Federal do Brasil muito claro ao assegurar a todos os brasileiros e, inclusive aos estrangeiros, o acesso à informação.

Posteriormente, o Brasil editou uma legislação forte : o Sistema Jurídico de Proteção ao Consumidor, que através da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, concretiza essa proteção ao Consumidor, ratificados pelo Décimo Princípio da Declaração do Rio/92.

³ A Cert ID é uma empresa global que fornece certificação para agricultores, processadores, produtores, atacadistas e varejistas vinculados à indústria alimentar, inclusive programas de certificação para alimentos transgênicos, não-transgênicos, rastreabilidade e preservação de identidade. Ver: <www.cert-id.com>.

Neste sentido, o artigo 6º do CDC – Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, garante o direito à proteção, à saúde, à segurança, o direito à proteção dos interesses econômicos, o direito à reparação dos prejuízos, o direito à informação e educação e o direito à representação.

Assim, cabe ao Estado intervir nas relações de consumo, reduzindo o espaço da autonomia da vontade, impondo normas imperativas de maneira a restabelecer o equilíbrio e a igualdade de forças nas relações entre consumidores e fornecedores.

Desta forma, segundo Dornelles (2003, p. 101-102), para serem comercializados, os alimentos transgênicos precisam passar por dois níveis de exigências :

- 1) é preciso ter cautela e evidenciar a responsabilidade do Estado em: controlar, fiscalizar e garantir a segurança geral da população consumidora destas novas variedades alimentícias. Assim, somente após toda uma série cautelosa e exaustiva, de análises e pesquisas que assegurem, razoavelmente, o pressuposto elementar da segurança ao consumidor, é que estas tecnologias podem alcançar o mercado consumidor;
- 2) para regular a comercialização dos alimentos transgênicos é preciso ter em meta o respeito aos direitos básicos do consumidor; quais sejam: à informação ampla, eficaz e veraz. Ressalte-se que esse direito passa a ser tanto mais necessário quanto maior o grau de novidade e risco do produto em questão. Quanto a isso, não há dúvidas de que os alimentos transgênicos são novidade e que apresentam alto grau de risco aos seus usuários.

Neste sentido, o inciso III do art. 6º do CDC – Código de Defesa do Consumidor - que destaca que “a informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”, evidencia de forma clara, que o Princípio da Transparência rege o direito de informação adequada e, além disso, que prima por uma publicidade com ampla veracidade em nome do respeito à boa-fé, em reconhecimento da situação de vulnerabilidade do consumidor no mercado.

E o CDC, também é claro ao registrar, no inciso III do artigo 4º, a necessidade da boa-fé nas relações de consumo.

Desta forma, a ampla informação vai desde a informação na rotulagem até a abertura total e suficiente da informação útil e eficaz ao consumidor, tais como : a segurança à saúde, economicidade, desempenho, composição e precauções, informação esta promovida por meio da publicidade, manuais, serviço direto e gratuito de informações telefônicas e sempre ao alcance dos mais simples consumidores.

Não obstante a isso, é preciso acrescentar que qualquer deficiência na concepção, na execução do dever de informar, redundará em responsabilidade civil objetiva do fabricante,

do produtor (agrícola), do importador (art. 12, CDC) e do comerciante quanto à responsabilidade subsidiária dos fornecedores listados nos artigos 12 e 13 do CDC (fabricante e comerciante).

Assim, é importante evidenciar que os riscos “normais” e “potenciais” listados nos artigos. 8º e 9º do CDC, correm por conta do produtor/fornecedor e não do consumidor. Estes dois artigos evidenciam de forma clara que a saúde e a segurança do consumidor, por ingestão de produtos alimentícios, é responsabilidade do produtor/fornecedor e não do consumidor. Vejamos o teor do CDC:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo **não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores**, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança **deverá informar, de maneira ostensiva e adequada**, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto. (gn)

Como os alimentos transgênicos ainda não provaram que são inofensivos ao meio ambiente e à saúde do consumidor, a rotulagem deve ser feita nos moldes do CDC.

Logo, o Direito à Informação do consumidor, sobre o produto que ele vai consumir, está consagrado na Resolução nº 39, da 248ª Assembleia das Nações Unidas, que veio a ser concretizado no artigo 6º, inciso III do CDC brasileiro.

Este artigo, combinado com os artigos 8º e 9º do CDC, impõem ao fornecedor o dever de informar aos consumidores sobre os riscos anormais e previsíveis, dos produtos, em decorrência de sua natureza e fruição.

Segundo Morato (2003, p.2), “o acesso à informação (adequada, clara e precisa) sobre o produto colocado no mercado ou de serviço oferecido, suas características, qualidades e riscos, dentre outros, constitui direito básico e princípio fundamental do consumidor. Esta diretriz está expressa de forma clara no artigo 31 do CDC”.

A informação prestada no momento da contratação ou compra do produto, constitui componente necessário e essencial ao produto, que não pode ser oferecido sem ela. Por conseguinte, toda informação prestada no momento, ou anterior ao início da contratação com o fornecedor, vincula o produto a ser colocado no mercado. Tal entendimento está consignado no artigo 30 do CDC.

Logo, o CDC brasileiro, de forma exaustiva, estabelece que o Consumidor tem direito à informação : clara, suficientemente precisa e ostensiva na língua portuguesa, sobre todas as características do produto. Se o produto for importado (art. 31), deverá ter etiqueta com tradução e informações ao Consumidor, na língua portuguesa, informando itens básicos a respeito daquele produto, inclusive a informação de que trata-se de alimento transgênicos, quando o for.

É preciso ressaltar, também, que o Direito a Informação está atrelado ao Princípio da Transparéncia, estatuído no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, onde estabelece-se que “é obrigação do fornecedor, dar ao consumidor a oportunidade prévia de conhecer o produto, permitindo-lhe, no momento da contratação, a ciência plena de seu conteúdo”.

Logo, a ausência dessa informação pelos fornecedores, afronta o direito dos consumidores; pois não lhes está sendo dada a oportunidade de tomarem conhecimento prévio do seu conteúdo;

O pressuposto da clareza das informações, aliado ao Princípio da Boa-fé objetiva (dever das partes de agirem conforme parâmetros de honestidade e lealdade), deve ser, acima de tudo, preservado, a fim de se estabelecer o equilíbrio e harmonia das relações de consumo, coadunado com o interesse de ambas as partes, sem ocasionar-lhes qualquer lesão ou ameaça ao Direito.

É através do artigo 8º do CDC que o Brasil tem conseguido coibir muitas práticas abusivas, como por exemplo, o caso de importação de milho transgênico da Argentina.

Conforme relata Dorneles (2003, p.101):

Em 03.01.2000, o Programa Estadual de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul (PROCON/RS), por intermédio de seu Coordenador Executivo, Dr. Ben-Hur Rava, instaurou processo administrativo (nº 4438-2177/00-4) contra a empresa AVIPAL S/A AVIL-CULTURA E AGROPECUÁRIA, após ter sido informado de que o Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, atendendo ao pedido de suspensão de execução de liminar nos autos do processo 2000.04.01.132912-9/RS, autorizou o descarregamento e internalização em solo brasileiro de uma carga de 11.309 toneladas de milho transgênico, provenientes da Argentina, transportados pela Ioannes NK, sem que fosse realizado qualquer Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

A intervenção do Estado, neste caso, conseguiu garantir à sua população a alteração de um posicionamento de uma das principais empresas do País, na área de avicultura, de aceitar a utilização de produtos ou insumos contendo organismos geneticamente modificados em sua produção industrial. Tal situação só foi possível administrativamente, haja

vista o forte poder de coerção conferido aos organismos estatais de defesa do consumidor no Brasil, a servir de paradigma aos demais países do Mercosul.

Nesse caso, o consumidor não poderia desconhecer o fato que estava consumindo um alimento transgênico. Ele tem o direito de saber a procedência deste milho que estava sendo disponibilizado no mercado de consumo. De posse de tal informação ele o consumiria se quisesse. Vê-se, portanto que, com a informação disponibilizada (rotulagem), o Consumidor exerce o seu direito de escolha, consagrando a cidadania participativa.

Nesse sentido, o artigo 9º do CDC atribui ao fornecedor o dever de informar sobre os produtos que possam causar danos à saúde. O artigo 10º do CDC também é bastante rico, pois proíbe o fornecedor de colocar no mercado, produto ou serviço nocivo ou perigoso à saúde.

Na mesma linha de proteção, no artigo 31 do CDC, o legislador não se esqueceu do dever do fornecedor de prestar informações corretas, claras e precisas, facilitando a compreensão do consumidor no tocante à composição do produto/serviço, no que tange à sua saúde alimentar.

No tocante à informação relativa aos alimentos transgênicos, o Decreto 4.680/03 estabelece em seu artigo 2º, que o consumidor deve ser informado da natureza transgênica do produto e sobre a espécie doadora do gene, no local reservado para a identificação dos ingredientes (§ 2º) e, ainda, que a informação de transgenia deve constar no documento fiscal, de modo a fornecer essas informações a toda a cadeia produtiva.

Pois bem, desta tríade : consumidor, homens de Direito e homens públicos, resulta que o Direito do Consumidor, no Brasil, privilegia o direito destes a ter uma informação adequada; indo buscar reforço na sua estrutura lógico-jurídica que estabelece princípios basilares que norteiam este micro-sistema jurídico.

Dentre outros importantes princípios, pode-se afirmar que o Princípio da Ampla Informação está consignado no CDC (artigos 4º; 6º, III, 8º; 9º; 10º; 12º; 13º; 18º; 19º; 20º; 30º; 31º; 35º; 36º; 37º; 38º; 56º; 60º; 63º; 64º; 66º; 67º e 72º, CDC) de forma clara.

O princípio da ampla informação assume relevante papel no que diz respeito à liberdade no ato de consumo, pois evidencia o moderno conceito de cidadania (participação consciente na formulação de políticas/decisões governamentais e mesmo no simples ato de consumir).

É princípio cuja responsabilidade é do Estado e dos Fornecedores, onde não se pode, de forma alguma, atribuir ao consumidor a responsabilidade de obter por si só, a informação. Logo, diante do que expusemos, a rotulagem de alimentos transgênicos, é um direito do consumidor que deve ser respeitado e executado pelos fornecedores de alimentos transgênicos, para consagrar um direito fundamental expresso na Constituição Federal e legislações infra constitucionais.

6. Conclusões

A qualidade de vida e a saúde do cidadão, bem como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, não são matérias que possam ser relegadas pelo Poder Público; pois a Constituição Federal de 1988, estabelece cláusulas pétreas no tocante a essas matérias. Logo, é dever do Poder Público assegurar a efetividade deste direito.

Neste sentido, como o consumo de alimentos transgênicos está relacionado diretamente com a questão saúde, o consumidor tem direito a ter informação clara e objetiva sobre os produtos que está consumindo, pois os alimentos afetam diretamente a sua saúde.

Assim, o Poder Público, além de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente, deve impor aos fornecedores de bens e serviços, a obrigação de informar ao consumidor, de maneira ostensiva, todas as características do produto que quer comercializar no mercado, garantindo ao consumidor o direito de escolha e consequentemente, o de ter saúde.

Como os alimentos transgênicos são oriundos de técnicas de manipulação realizadas pela Engenharia genética e, não se tendo, ainda, certeza científica de que eles não causarão prejuízos ao meio ambiente e à saúde do consumidor, este tem o direito de ser informado sobre as especificidades desse produto, podendo a partir daí, optar se quer ou não consumi-lo.

A legislação brasileira e internacional estabelece que essa informação será feita através da rotulagem dos alimentos transgênicos oferecidos no mercado consumidor. Dessa forma, a Constituição Federal, em cláusulas pétreas, e na legislação infraconstitucional, consagram o direito do consumidor de ter essa informação e de poder escolher se quer ou não consumir alimento transgênico; permitindo que esse exerça, de forma participativa, o seu direito de escolha. Esse direito de escolha só será possível se os alimentos transgênicos forem rotulados, mecanismo que um Projeto de Lei tenta derrubar no Congresso Nacional, mas pelo que não encontra respaldo na legislação brasileira; se aprovado pelo Senado, certamente será julgado inconstitucional pela Corte maior brasileira; pois seria um retrocesso, além de afrontar a legislação vigente.

Assim sendo, pelo que pudemos observar, a rotulagem de alimentos transgênicos permite ao consumidor o direito de escolha e a participação inclusiva no processo de democracia e cidadania.

7. Referências

AGBio. Is “GMO Free” an Additional “Organic”? On the Economics of Chain Segregation, disponível em: < www.agbioforum.org> consultado em 11.05.2015.

- BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Congresso nacional, Brasília, 1.988.
- _____. **Lei nº 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor**. Congresso Nacional, Brasília, 1990.
- _____. **Lei nº 9.677 – Dos Crimes contra a Saúde Pública**. Congresso Nacional, Brasília, 1998.
- _____. Decreto nº 3.871/2001. Rotulagem de OGMs. Presidência da República. Brasília, 2001.
- _____. **Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança**. Congresso Nacional. Brasília, 2005.
- _____. **Decreto nº 4.680/2003. Regulamenta o direito à Informação no tocante aos Alimentos Geneticamente Modificados**. Presidência da República. Brasília, 2003.
- DORNELES, Renato Moreira. **Tutela Administrativa dos Consumidores no Brasil como Paradigma aos Países do Mercosul**. Editora Juruá. Curitiba.2003.
- FAO. **Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação. Codex Alimentarius**. Disponível em <[http://codexalimentarius.net/stand.htm](http://codexalimentarius.net/standards/stand.htm)>, consultado em 11 mai 2015.
- FRANÇA. Decreto nº 2009-45- Rotulagem de Alimentos Transgênicos. Informação disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>, consultado em 11 mai 2015.
- _____. **Code de l’Environnement**. Informação disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>, consultado em 11 mai 2015.
- GREENPEACE. **Carta de Denúncia Alimentos Transgênicos**. Disponível em <<http://greenpeace.org/br/brasil/transgenicos/noticias/cargill-se-rende-a-lei-leos>>, consultada em 11 MAI 2015.
- LAPEÑA, Isabel. **Da Rotulagem de produtos Transgênicos**. (Cap. 6) Coleção de Direito Ambiental. Organismos Geneticamente Modificados, organizado por Marcelo Dias Varella. Del Rey, Belo Horizonte, 2005. p.157.
- LISBOA, Marijane. “Transgênicos no Brasil : o descarte da opinião Publica”. Artigo Publicado na Revista de Direito Ambiental Econômico, nº 1, Sergio Antônio Fabris Editora. Porto Alegre. 2005, p.61.
- MORAIS, Roberta Jardim de. **Segurança e Rotulagem de Alimentos Geneticamente Modificados – SERAGEM**. Rio de Janeiro, Forense : 2004.
- MORATO, Maria Camila Ursia. Acesso a Informação. Informação disponível em <www.procon.goias.gov.br/artigodoutrinario/artigo_dout_20.htm>, consultado em 11 mai 2015.

PESSANHA, Lavinia; WILKINSON John. Transgênicos, Recursos Genéticos e Segurança Alimentar. Ed. Autores Associados, Campinas/SP, 2005, p.59.

WATANABE, Edson. **Avaliação de Segurança dos Alimentos Geneticamente Modificados.** Artigo publicado no livro Bioética e Biorrisco, Abordagem Transdisciplinar, organizado por VALLE, Silvio e TELLES, José Luiz, Interciênciac, Rio de janeiro, 2003, p.107.

SOCIOAMBIENTALISMO E DIREITOS DA NATUREZA NA INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA PARA O BEM VIVER

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

Doutor em Direito Constitucional pela UFC. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Advogado da ECT (Correios) de 2008 a 2011. Professor Assistente do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFC de Direito Civil II e Direito Agrário. Especialista em Direito Processual Penal pela ESMEC/UFC. Coordenador da Graduação em Direito da UFC. *E-mail:* williamarques.jr@gmail.com

Resumo

A proposta de reconstrução da ordem jurídica, econômica, política e social nos países da América do Sul perpassa necessariamente por uma análise acerca do movimento plasmado pelo Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano fundado na ideia do *buen vivir*. O esgotamento do modelo neoconstitucional europeu-continental na América do Sul torna-se evidente principalmente a partir da Constituição do Equador (2008) e da Constituição da Bolívia (2009), bastante inovadoras no plano das relações políticas e democráticas, fruto desse movimento constitucional, buscam um modelo democrático mais participativo, inclusivo, paritário e horizontal na relação entre os cidadãos e o Estado. À luz desse novo fenômeno jurídico-político torna-se premente a revisão dos conceitos tradicionais que permeiam o socioambientalismo, os direitos da natureza e a democracia participativa. O reconhecimento jurídico da natureza como sujeito de dignidade e de direitos requer a racionalidade e a sensibilidade dos juristas, bem como implica em uma releitura epistemológica do reconhecimento de dignidade e de direitos para todos os seres vivos, uma vez que, a partir da visão antropocêntrica-cartesiana de matriz europeia, essas características eram reservadas apenas aos seres humanos para a efetividade do projeto de integração latino-americana para o bem viver.

Palavras-chave

Socioambientalismo; Direitos da Natureza; Integração Latino-Americana; Bem Viver.

Abstract

The proposed of reconstruction of legal, economic, political and social instability in the countries of South America necessarily permeates an analysis of movement enshrined

by the New Latin American Constitutionalism Democratic founded on the idea of *buen vivir*. The exhaustion of the Continental-European neoconstitutional model in South America is evident primarily from the Constitution of Ecuador (2008) and the Constitution of Bolivia (2009), quite innovative in terms of political and democratic relationships, the result of this constitutional motion. They are seeking a more participatory democratic model, inclusive, egalitarian and horizontal in the relationship between citizens and the state. In light of this new legal-political phenomenon becomes urgent revision of traditional concepts that permeate socioenvironmentalism, the rights of nature and participatory democracy. Legal recognition of nature as a subject of dignity and rights requires rationality and sensitivity of lawyers and implies an epistemological reinterpretation of the recognition of dignity and rights for all living beings, since, from the anthropocentric view - European cartesian matrix, these features were reserved only to humans for the effectiveness of Latin American integration project for the good living.

Key words

Socioenvironmentalism; Rights of Nature; Latin American Integration; Good Living.

1. Introdução

O modelo jurídico-político de Estado que foi implantado na América Latina após a Independência mirava-se na realidade europeia. Assim, as peculiaridades latino-americanas que não se encaixavam no arcabouço institucional constituído por padrões europeus deveriam negadas. O Novo Constitucionalismo Democrático Latino- Americano propõe o redesenho dessa estrutura na medida em que propõe uma discussão plural sobre os rumos do constitucionalismo, incluindo os anseios populares visando a uma aproximação da ordem jurídico-constitucional com uma realidade nacional repleta de diversidades e desafios.

As Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009) incorporaram diversas reivindicações oriundas dos movimentos sociais e dos povos ancestrais, implicando em uma redefinição das relações travadas entre os cidadãos e os Estados, reorganizando-os institucional e politicamente, a partir do reconhecimento dos paradigmas do bem viver, do socioambientalismo e da plurinacionalidade. O resultado do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano são estruturas jurídico-constitucionais inovadoras, fundamentadas em realidades sociais plurais e heterogêneas, quebrando uma estrutura epistemológica vigente desde o processo de colonização consoante a qual o ser humano era o centro da proteção estatal.

Na visão tradicional do constitucionalismo existente nos países da América Latina predomina o prisma antropocêntrico da realidade, nitidamente reducionista na questão da proteção do socioambientalismo e dos direitos da natureza.

2. Socioambientalismo: Delimitação Conceitual, Evolução Histórica e Caracteres Gerais

Os direitos socioambientais são conquistas consolidadas na ambiência do Neoconservacionismo através de Constituições que consagram novos direitos tipificados como difusos e coletivos, de índole transindividual, abrangendo os interesses imanentes à coletividade.

O socioambientalismo aparece como um amálgama inovador no plano da problemática ambiental ao conjugar fatores técnicos em seu contexto social, econômico, cultural, ético e político. Valoriza os saberes populares em sua relação com o meio ambiente, implicando em uma releitura do Direito Ambiental.

Conforme aduz Juliana Santilli¹ o socioambientalismo brasileiro surgiu na segunda metade dos anos 1980, a partir de articulações políticas entre os movimentos sociais e o movimento ambientalista. O nascimento do socioambientalismo pode ser identificado com o processo histórico de redemocratização do país, iniciado com o fim do regime militar, em 1984, e consolidado com a promulgação da nova Constituição, em 1988, e a realização de eleições presidenciais diretas, em 1989. Fortaleceu-se – como o ambientalismo em geral – nos anos 1990, principalmente depois da realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992 (ECO-92), quando os conceitos socioambientais passaram, claramente, a influenciar a edição de normas legais. A consolidação democrática no país passou a dar à sociedade civil um amplo espaço de mobilização e articulação, que resultou em alianças políticas estratégicas entre o movimento social e ambientalista. Na Amazônia brasileira, a articulação entre povos indígenas e populações tradicionais, com o apoio de aliados nacionais e internacionais, levou ao surgimento da “Aliança dos Povos da Floresta”: um dos marcos do socioambientalismo.

À luz da perspectiva socioambiental o ser humano e o meio ambiente desenvolvem uma relação dialética dentro da perspectiva antropocêntrica, reconhecendo uma visão diferenciada que os povos e comunidades tradicionais têm do meio ambiente em que vivem.

Relata Juliana Santilli² que o socioambientalismo foi construído a partir da ideia de que as políticas públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental. Mais do que isso, desenvolveu-se a partir da concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade

1 SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005, pág. 12.

2 SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005, pág. 14.

estritamente ambiental – ou seja, a sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e das desigualdades sociais e promover valores como justiça social e equidade. Além disso, o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental.

A construção dos novos direitos inerentes ao movimento do socioambientalismo se inicia politicamente, através das reivindicações dos movimentos sociais que se contrapõem à visão desenvolvimentista do Estado Neoliberal.

Reconhece Juliana Santilli³ que o socioambientalismo nasceu, portanto, baseado no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais.

No Ano de 1987, através do Relatório de Brundtland (Nosso Futuro Comum), oriundo da comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento, é formulado o conceito de “desenvolvimento sustentável” para atender às necessidades das gerações presentes sem comprometer a existência das futuras gerações de terem suas próprias necessidades atendidas. O Relatório Brundtland definia desenvolvimento sustentável como: “(...) desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das gerações vindouras satisfazerem as suas próprias necessidades”.

Para Luiz Alberto de Figueiredo⁴: esse conceito – que depois viria a ser aperfeiçoado e cristalizado na Conferência do Rio – buscava o uso racional dos recursos naturais, de modo a evitar comprometer o patrimônio natural do planeta. O desenvolvimento sustentável era visto, em seus primórdios, como aquele que “atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidades de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades”.

A implementação do desenvolvido sustentável depende primordialmente de vontade de política. Daí a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), a qual teve como escopo primordial a integração das preocupações ambientais na formulação e busca de efetividade das políticas públicas estatais, passando o desenvolvimento sustentável a ser, a partir de então, o paradigma do movimento ambientalista.

³ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005, pág. 15.

⁴ FIGUEIREDO, Luiz Alberto. Desenvolvimento e meio ambiente: da Rio 92 até Curitiba. In: AMORIM, Celso. **O Brasil e a ONU**. Brasília : FUNAG (Fundação Alexandre de Gusmão), 2008, pág.220.

De acordo com Luiz Alberto de Figueiredo⁵ a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, também conhecida com a Conferência do Rio, ou Rio-92, foi um evento de significado singular na diplomacia multilateral. Constituiu-se no primeiro grande esforço de ordenamento da convivência internacional após o término da Guerra Fria e a desagregação do bloco socialista. Seus resultados foram muito além dos textos seminais por ela aprovados. Significaram um marco de referência para todo o debate subsequente no campo do desenvolvimento sustentável e, ao mesmo tempo, a reativação do multilateralismo como via privilegiada na busca de soluções partilhadas para problemas que afetam ao conjunto da comunidade internacional.

O paradigma do desenvolvimento sustentável pressupõe uma releitura da questão desenvolvimentista, para além do tradicional sentido de crescimento econômico quantitativo, considerando que deve abarcar também a equidade intra e intergeracional, no que tange aos aspectos econômico, social e ambiental.

Para Luiz Alberto de Figueiredo⁶ a Declaração do Rio está estruturada em 27 princípios, que têm informado desde então todas as negociações na área de meio ambiente e desenvolvimento sustentável. Os “Princípios do Rio”, como são também conhecidos, representam conceitos de largo alcance, consensualmente negociados. Deles claramente transpira a visão coerente do desenvolvimento sustentável apoiado em três pilares: o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção ambiental.

Observa-se, portanto, que o desenvolvimento sustentável funda-se em três bases, quais sejam: ambiental, social e econômico, revelando-se indispensável, no contexto de crise ambiental vivenciado na contemporaneidade, a participação do Estado e da sociedade civil no fortalecimento desse paradigma.

Com a realização da Rio+20 em 2012 no tocante ao desenvolvimento sustentável destaca André Aranha Corrêa do Lago⁷: o tema do desenvolvimento sustentável e as Convenções do Rio, principalmente a de mudança do clima, permitiram delicado equilíbrio no debate Norte-Sul, ao se centrarem no princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, e por associarem a ação dos países em desenvolvimento ao apoio financeiro, tecnológico e de cooperação dos países desenvolvidos. Diante da perspectiva da Conferência, os países desenvolvidos estavam preocupados com a possível concentração dos debates nesses compromissos que haviam assumido, mas que nunca se concretizaram.

5 FIGUEIREDO, Luiz Alberto. Desenvolvimento e meio ambiente: da Rio 92 até Curitiba. In: AMORIM, Celso. **O Brasil e a ONU**. Brasília : FUNAG (Fundação Alexandre de Gusmão), 2008, pág. 219.

6 FIGUEIREDO, Luiz Alberto. Desenvolvimento e meio ambiente: da Rio 92 até Curitiba. In: AMORIM, Celso. **O Brasil e a ONU**. Brasília : FUNAG (Fundação Alexandre de Gusmão), 2008, pág. 222.

7 LAGO, André Aranha Corrêa do. **Conferências de desenvolvimento sustentável**. Brasília : FUNAG, 2013, págs. 168 e 169.

Os países em desenvolvimento, por outro lado, temiam uma revisão ou diluição dos Princípios do Rio, que haviam sido a base sobre a qual haviam aceitado fortalecer a agenda do desenvolvimento sustentável. É claro que o receio dos desenvolvidos era um dos principais incentivos do mundo em desenvolvimento, e vice-versa. Mas ambos os lados viam riscos elevados de a Rio+20 comprometer o que cada um considerava como o legado da Rio-92.

Observa-se que na Conferência Rio+20, foram reafirmados diversos compromissos e intenções, no entanto, adiou-se qualquer ação prática para efetivar as intenções e recomendações em prol do desenvolvimento sustentável, prevalecendo novamente os interesses políticos e econômicos, reforçando a força normativa programática dos documentos internacionais de proteção ao meio ambiente que acabam por apresentar uma eficácia meramente simbólica.

Na análise de André Aranha Corrêa do Lago⁸: para aqueles que consideram que o documento aprovado na Rio+20 é pouco ambicioso, basta ler, em sua primeira página, as três questões mencionadas como as principais prioridades acordadas pela comunidade internacional: em primeiro plano, a erradicação da pobreza; em segundo, a mudança dos padrões insustentáveis e a promoção de padrões sustentáveis de consumo e produção; e, em terceiro, a proteção e gestão dos recursos naturais que são a base para o desenvolvimento econômico e social. Essas três prioridades traduzem, de maneira excepcional, a necessidade de integração dos três pilares do desenvolvimento sustentável, mas deixam transparecer, em cada uma, a preponderância de um dos pilares sobre os demais. Na primeira, é o social, na segunda, o econômico, e, na terceira, é o ambiental. O mundo consensuou, de maneira inequívoca, um objetivo contemporâneo ao mesmo tempo realista e ambicioso.

O paradigma do desenvolvimento sustentável atinente ao socioambientalismo não se efetivou conforme idealizado, ante a inexistência de instrumentais concretos e os padrões cada vez mais insustentáveis de produção e consumo verificados na contemporaneidade.

Para Samuel Pinheiro Guimarães⁹ a deterioração do meio ambiente e a crescente escassez de recursos naturais, em especial a água, e, em breve, o petróleo, levam à convicção de que é impossível reproduzir nos países da periferia os atuais padrões de consumo dos países do centro. Essa convicção está por trás da ideologia do “desenvolvimento sustentável” que, em primeiro lugar, desvia a atenção da opinião pública da necessidade e da obrigação dos países centrais de reduzirem seus padrões de consumo, marcados pelo desperdício de recursos e a poluição.

8 LAGO, André Aranha Corrêa do. **Conferências de desenvolvimento sustentável**. Brasília : FUNAG, 2013, pág. 178.

9 GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Quinhentos anos de periferia: uma contribuição ao estudo da política internacional**. 5^a- edição. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007, págs. 83 e 84.

O avanço das políticas de corte neoliberal por todo o planeta aprofundou diversos problemas sociais e econômicos que influíram sobremaneira no recrudescimento do desequilíbrio e da crise ambiental.

Na análise de Enrique Leff¹⁰: a nova geopolítica da globalização econômica e do desenvolvimento sustentável, e das estratégias de apropriação da natureza que ali aparecem, não mais se fundam em uma teoria do valor, mas como uma estratégia simbólica que visa recodificar todas as ordens de estar em termos de valores econômicos.

A contemporaneidade demonstra que o modelo em crise de desenvolvimento seguido pelos países mais ricos serve de parâmetro pelos países em desenvolvimento. Trata-se de uma sistemática com falhas estruturais porque despreza a questão ambiental que merece tratamento prioritário para a continuidade da vida humana no Planeta Terra.

Na visão de Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Daniel Braga Lourenço¹¹ a sustentabilidade antropocêntrica é egoísta, continua instrumentalizando a vida não humana; a sustentabilidade direcionada exclusivamente nos ecossistemas é confortável porque esfumaça o indivíduo no todo, e, desse modo, fica esvanecido o dever perante cada um, obnubilado o valor intrínseco de cada ser, independente do valor das relações estabelecidas (holisticamente). Nessa esteira, sustentabilidade pode traduzir a estratégia de preservar para coisificar.

A questão atinente ao desenvolvimento sustentável não pode ser levada às últimas consequências, através do uso desmedido, ilimitado e irracional dos recursos naturais, comprometendo dessa forma a manutenção do próprio Planeta Terra.

De acordo com Enrique Leff¹² a problemática ambiental surge como uma crise de civilização: a partir da cultura ocidental; da racionalidade da modernidade; da economia do mundo globalizado. Não é nem uma catástrofe ecológica nem um mero desequilíbrio econômico. É o deslocamento do mundo levando à objetivação do eu e da superexploração

10 LEFF, Enrique. **Racionalidad Ambiental. La reapropiación social de la naturaleza.** San Ángel, México DF: Siglo Veintiuno Editores, 2004, p. 40. Tradução livre: “La nueva geopolítica de la globalización económica y del desarrollo sostenible, y las estrategias de apropiación de la naturaleza que allí se despliegan, ya no se fundan en una teoría del valor sino en una estrategia simbólica que tiene por fin recodificar todos los órdenes del ser en términos de valores económicos.”

11 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira; LOURENÇO, Daniel Braga. Sustentabilidade insustentável? In: Nilton Cesar Flores. (Org.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces.** 01ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2012, p. 303.

12 LEFF, Enrique. **Racionalidad Ambiental. La reapropiación social de la naturaleza.** San Ángel, México DF: Siglo Veintiuno Editores, 2004, p. 09. Tradução livre: “La problemática ambiental emerge como una crisis de civilización: de la cultura occidental; de la racionalidad de la modernidad; de la economía del mundo globalizado. No es una catástrofe ecológica ni un simple desequilibrio de la economía. Es el desquiciamiento del mundo al que conduce la cosificación del ser y la sobreexplotación de la naturaleza; es la pérdida del sentido de la existencia que genera el pensamiento racional en su negación de la otredad”.

da natureza; é a perda do sentido da existência que gera o pensamento racional em sua negação da alteridade.

O modelo de desenvolvimento vigente implica em sérias limitações para a efetivação dos direitos socioambientais haja vista a perspectiva de crescimento econômico que se distancia cada vez mais da sustentabilidade ambiental.

No plano prospectivo observa José Eli da Veiga¹³: ainda deve durar muito tempo a desgovernança da sustentabilidade, sobretudo, porque tal desgovernança resulta do descompasso histórico entre atividade econômica e ordem política. A acelerada globalização da primeira vem sendo acompanhada por inevitável resistência da segunda, devido ao aprofundamento dos processos de soberania nacional, que nem sempre estão sendo acompanhados por avanços da democracia, como deixa patente o caso extremo da China. Por isso, deve-se supor que, tanto quanto a estabilidade e a paz globais, uma governança efetiva da sustentabilidade dependerá essencialmente da relação que essa nova grande potência mantiver com os Estados Unidos.

A materialização da sustentabilidade ficará a cargo, sobretudo, da ampliação dos espaços de soberania popular, da efetividade da democracia participativa, de novos modelos organizativos e de instituições que entendam para além da dignidade humana na proteção ao meio ambiente.

Vaticinam Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Daniel Braga Lourenço¹⁴ que a sustentabilidade profunda só existe em ruptura com o paradigma antropocêntrico, tendo em conta todos os direitos envolvidos, ou seja, também os sujeitos de direitos não-humanos. Em outras palavras: a capacidade de um ecossistema se regenerar, da reprodução da vida acontecer, não diminui em nada as vidas ceifadas ou os sofrimentos impostos. Uma sustentabilidade que não leve isso em consideração é verdadeiramente insustentável.

O paradigma do desenvolvimento sustentável surgiu como tentativa de resolução dos constantes empasses entre a economia e o meio ambiente através da adoção de um modelo de desenvolvimento econômico diferente do tradicionalmente praticado no sistema capitalista tradicional, ao incluir em seu conteúdo a variante do meio ambiente, analisando os impactos que serão acarretados à natureza em decorrência da adoção das práticas econômicas. O desenvolvimento sustentável busca a concordância prática entre os interesses antagônicos sem esvaziar o conteúdo de nenhum deles.

13 VEIGA, José Eli da. **A desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013, pág. 131.

14 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira; LOURENÇO, Daniel Braga. Sustentabilidade insustentável? In: Nilton Cesar Flores. (Org.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. 01ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2012, p. 305.

Na visão de Ana Firmino¹⁵ o paradigma da sustentabilidade parece ter entrado definitivamente no discurso quotidiano, quer dos políticos, quer mesmo do cidadão comum mais letrado. Mas engana-se quem acreditar que esta dialéctica possa corresponder a uma mudança de atitudes generalizada, tendente a orientar o desenvolvimento numa direção verdadeiramente sustentável. O uso abusivo, por incorreto em muitos casos, da menção ao desenvolvimento sustentável poderá inclusive induzir em erro os menos informados ou confundir quem pretenda apoiar uma causa que, na prática, corresponda aos desideratos de uma genuína sustentabilidade.

A abrangência do desenvolvimento sustentável poderá evitar um confronto cruel entre direitos humanos e o direito ao desenvolvimento através de alguns mecanismos importantes como o socioambientalismo.

O STF¹⁶ na análise da proibição de importação de pneus usados reconhece validade hermenêutica ao desenvolvimento sustentável ao estatuir pela adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável, bem como que o crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras.

No plano da integração regional sul-americana o desenvolvimento sustentável também desempenha um papel relevante na medida em que consta no Tratado Constitutivo da UNASUL: (1) no Preâmbulo reconhece que a integração e a união sul-americanas são necessárias para avançar rumo ao desenvolvimento sustentável e o bem-estar de nossos povos, assim como para contribuir para resolver os problemas que ainda afetam a região, como a pobreza, a exclusão e a desigualdade social persistentes na região; (2) ainda no Preâmbulo ratifica que tanto a integração quanto a união sul-americanas fundam-se nos princípios basilares de: irrestrito respeito à soberania, integridade e inviolabilidade territorial dos Estados; autodeterminação dos povos; solidariedade; cooperação; paz; democracia, participação cidadã e pluralismo; direitos humanos universais, indivisíveis e interdependentes; redução das assimetrias e harmonia com a natureza para um desenvolvimento

¹⁵ FIRMINO, Ana. Desenvolvimento e sustentabilidade: o desafio da sabedoria universal. TOSTÓES, Ana. OLIVEIRA, E.R. de Arantes. PAIXÃO, J.M. Pinto. MAGALHÃES, Pedro. **Encontro de Saberes. Três gerações de bolseiros da Gulbenkian**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.197.

¹⁶ Conferir: STF- ADPF 101 / DF, Relatora: Min. Cármem Lúcia, julgamento: 24/06/2009. Fonte: RTJ VOL-00224-01 PP-00011.

sustentável; (3) quanto aos objetivos específicos constantes do Art. 3º-, alínea “b” encontra-se a sustentabilidade social na medida em que prevê o desenvolvimento social e humano com equidade e inclusão para erradicar a pobreza e superar as desigualdades na região; (4) o Art. 3º- alínea “d” prevê a sustentabilidade energética ao planejar a integração energética para o aproveitamento integral, sustentável e solidário dos recursos da região; (5) o Art. 3º-, alínea “e” vaticina acerca do desenvolvimento de uma infraestrutura para a interconexão da região e de seus povos de acordo com critérios de desenvolvimento social e econômico sustentáveis; (6) por fim, o Art. 3º-, alínea “n” trata da definição e implementação de políticas e projetos comuns ou complementares de pesquisa, inovação, transferência e produção tecnológica, com vistas a incrementar a capacidade, a sustentabilidade e o desenvolvimento científico e tecnológico próprios.

A análise teórica do desenvolvimento sustentável implica a compreensão de um paradoxo intrínseco a sua delimitação conceitual uma vez que, ao mesmo tempo em que mantém as bases do capitalismo (desenvolvimento em sua matriz econômica), busca a preservação ambiental (sustentabilidade e sua relação com a preservação dos recursos naturais), preocupação surgida a partir da onipresente crise ambiental no contexto da contemporaneidade.

Neste contexto reflete Ana Firmino¹⁷: há pois várias incongruências e incoerências na sociedade, que fazem com que o cainho que esta em geral percorre se afaste do rumo para o desenvolvimento sustentável, levando-a a bordejar o princípio, convicta de ser esse um trajeto desejável e seguro. Para atingir este objetivo é necessário uma tomada de consciência por parte das pessoas em relação às suas obrigações como cidadãos do Mundo. O Desenvolvimento Sustentável é um percurso que começa e acaba no ser humano. Por isso a chave para alcançar uma verdadeira Sustentabilidade reside no Homem e na sua capacidade de generosamente partilhar o Planeta com os outros seres.

Busca-se, portanto aliar ao crescimento econômico o uso equilibrado dos recursos naturais, atinentes à qualidade ambiental. A sustentabilidade apresenta-se como um princípio-instrumento da ordem econômica, na busca de meios alternativos com o escopo de redução da cada vez mais gravosa degradação ambiental. A imposição legal impõe a busca de soluções alternativas aos empreendedores que minimizem os impactos negativos causados ao meio ambiente. Deste modo observa-se que a sustentabilidade é um princípio válido para todos os recursos tutelados pela esfera ambiental, não se aplicando às atividades capazes de produzir danos irreversíveis.

¹⁷ FIRMINO, Ana. Desenvolvimento e sustentabilidade: o desafio da sabedoria universal. TOSTÓES, Ana. OLIVEIRA, E.R. de Arantes. PAIXÃO, J.M. Pinto. MAGALHÃES, Pedro. **Encontro de Saberes. Três gerações de bolseiros da Gulbenkian**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 200 e 201.

Deste modo, o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano ao criar mecanismos democráticos inovadores de participação cidadã, paralelamente aos institutos componentes da democracia representativa, é um mecanismo fundamental dessa profunda transformação em políticas públicas em matéria ambiental.

Na conclusão de Juarez Freitas¹⁸: a sustentabilidade requer ousadia, sem linearismo ingênuo, no cumprimento da Agenda proposta, em matéria de eficientes e equitativas políticas públicas (mais de Estado do que de governo), assumidos, sem tardar, os programas estratégicos de longo prazo, inerentes à expansão concreta das dignidades de todos os seres vivos, o que supõe ampliadas transformações materiais e imateriais. Quer-se expressar, portanto, no conflito entre a sustentabilidade e a insaciabilidade patológica, a opção inequívoca pelo novo paradigma.

A degradação ambiental afeta a democracia e a cidadania uma vez que sem pluralismo político, sem solidariedade social, sem mecanismos participativos que possibilitem a paulatina tomada de consciência sobre as complexas questões ambientais, inclusive sobre os processos de gestão democrática através de políticas públicas que possibilitem a coparticipação dos mais variados segmentos sociais, dificilmente serão vivenciadas condutas efetivamente sustentáveis. A ausência de processos decisórios democráticos inviabiliza a materialização do paradigma representado pelo desenvolvimento sustentável.

Consoante o diagnóstico de Juliana Santilli¹⁹: o socioambientalismo passou a representar uma alternativa ao conservacionismo/preservacionismo ou movimento ambientalista tradicional, mais distante dos movimentos sociais e das lutas políticas por justiça social, e cético quanto à possibilidade de envolvimento das populações tradicionais na conservação da biodiversidade. Para uma parte do movimento ambientalista tradicional/preservacionista, as populações tradicionais – e os pobres de uma maneira geral – são uma ameaça à conservação ambiental, e as unidades de conservação devem ser protegidas permanentemente dessa ameaça. Interessante destacar que o movimento ambientalista tradicional tende a se inspirar e a seguir modelos de preservação ambiental importados de países do primeiro mundo, onde as populações urbanas procuram, principalmente em parques, desenvolver atividades de recreação em contato com a natureza, mantendo intactas as áreas protegidas. Longe das pressões sociais típicas de países em desenvolvimento, com populações pobres e excluídas, o modelo preservacionista tradicional funciona bem nos países desenvolvidos, do Norte, mas não se sustenta politicamente aqui.

O reconhecimento dos novos direitos relacionados à proteção do meio ambiente relacionam-se à construção e consolidação da cidadania ao permitir a participação

18 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pág. 339.

19 SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural.** São Paulo: Peirópolis, 2005, págs. 19 e 20.

demótica nas políticas públicas e na gestão de um Estado mais democrático e aberto aos anseios sociais. Deste modo os direitos surgem a partir de demandas sociais pleiteadas sob múltiplos prismas, tais como: direitos sociais, políticos, econômicos, humanos, civis, culturais e ambientais.

Neste jaez aduz Luiz Alberto de Figueiredo²⁰ que a Declaração do Rio de 1992 também mantém profundo cunho social, ao assinalar a necessidade de cooperação internacional na tarefa essencial de erradicação da pobreza como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Ao tratar do cenário interno dos países, sublinha a necessidade de participação da sociedade civil no debate dos temas ambientais e nos processos decisórios correspondentes, bem como o papel das mulheres, dos jovens e das populações indígenas e comunidades tradicionais.

O movimento ambientalista atravessou modificações significativas, com a passagem do preservacionismo ao socioambientalismo uma vez que a questão da sustentabilidade passa a abranger inclusive os aspectos socioeconômicos peculiares ao paradigma do desenvolvimento sustentável. Observa-se, portanto, que o socioambientalismo surge a partir da necessidade de construção de políticas públicas em matéria ambiental que abarcam as comunidades locais detentoras de conhecimentos e de práticas baseadas na biodiversidade, com destaque para os povos indígenas e os quilombolas.

O socioambientalismo teve suas origens num momento de grande pressão popular e desejo de participação social, concatenando-se a uma série de temas que fizeram surgir os denominados “novos direitos”, dentre os quais merecem destaque: os direitos dos grupos minoritários, em especial indígenas, crianças, adolescentes, idosos, mulheres, gays e negros; o combate às diversas formas de discriminação; e o reconhecimento da diversidade étnica e cultural, proteção ao patrimônio público e social, ao patrimônio cultural e ao meio ambiente. Neste contexto o socioambientalismo inclui-se dentre os novos direitos, classificados pela doutrina e pela jurisprudência como pertencentes à terceira dimensão dos direitos fundamentais, atrelados à solidariedade.

Os direitos referenciados concatenam-se ao meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme normatizado pelo Art. 225 da CF/88. Trata-se de bem coletivo, transgeracional, de uso comum, de interesse público (independentemente de sua dominialidade, quer seja pública ou privada). Neste jaez decidiu o STF (ADI 1856 / RJ, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento: 26/05/2011) que o direito à preservação da integridade do meio ambiente pelo Art. 225 da CF/88 trata-se de prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade como direito fundamental de terceira dimensão que consagra o postulado da solidariedade.

²⁰ FIGUEIREDO, Luiz Alberto. Desenvolvimento e meio ambiente: da Rio 92 até Curitiba. In: AMORIM, Celso. **O Brasil e a ONU**. Brasília : FUNAG (Fundação Alexandre de Gusmão), 2008, pág. 223.

O socioambientalismo funda-se na ideia consoante a qual as políticas públicas devem abranger as comunidades locais detentoras de conhecimentos e de práticas específicas envolvendo a biodiversidade e outras questões ambientais. Para além da sustentabilidade em sua vertente econômica e também ambiental, envolve a sustentabilidade social, elevando-a a um importante parâmetro de contribuição da redução da pobreza, da exclusão e das desigualdades sociais.

Neste sentido aduz Amartya Sen²¹ que a criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das capacidades humanas e da qualidade de vida. A expansão dos serviços de saúde, educação, segurança social etc contribui diretamente para a qualidade de vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis da duração e qualidade de vida de toda a população. A natureza altamente trabalho-intensiva dos serviços de saúde e educação básica – e do desenvolvimento humano em geral – faz com que eles sejam comparativamente baratos nos estágios iniciais do desenvolvimento econômico, quando os custos da mão de obra são baixos.

A análise do socioambientalismo na CF/88 é revelada por Juliana Santilli²²: outro marco no processo de democratização do país foi a aprovação, em 1988, da nova Constituição, que passou a dar sólido arcabouço jurídico ao socioambientalismo. A Constituição, pela primeira vez na história constitucional brasileira, passou a dedicar todo um capítulo ao meio ambiente, assegurando a todos o direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadias qualidades de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (artigo 225, *caput*). Indubitavelmente, a Constituição de 1988 representou um marco e um grande avanço na proteção jurídica ao meio ambiente. Tanto a biodiversidade – os processos ecológicos, as espécies e ecossistemas – quanto a sociodiversidade são protegidas constitucionalmente, adotando o paradigma socioambiental. A Constituição seguiu uma orientação claramente multicultural e pluriétnica, reconhecendo direitos coletivos a povos indígenas e quilombolas, e assegurando-lhes direitos territoriais especiais.

Observa-se que a Constituição Brasileira de 1988, legítima representante do Neo-constitucionalismo, seguiu uma orientação epistemológica nitidamente multicultural e pluriétnica, ao reconhecer os direitos coletivos aos povos indígenas e quilombolas, e assegurando-lhes direitos territoriais especiais, para além dos tradicionais moldes da conotação

21 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pág. 191.

22 SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005, pág. 20.

da propriedade do Direito Civil. A Constituição de 1988 garantiu aos índios o direito de permanecerem como tais, rompendo com a tradição assimilaçãoista adotada pelo Estatuto do Índio (Lei No.: 6.001/73) e assegurando-lhes direitos permanentes. A política assimilaçãoista mostrou-se equivocada no propósito de incorporar o indígena à sociedade, contribuindo ainda mais para o sufocamento de sua identidade cultural e étnica.

Uma ideia constante do Socioambientalismo é a necessidade de primazia dos interesses da coletividade em detrimento dos meramente individuais em questões como propriedade, conservação dos recursos ambientais e biodiversidade.

A lógica do Socioambientalismo supera o antropocentrismo cartesiano que dominou por largo período as relações entre o homem e a Mãe Natureza, bem como consagra a lógica da solidariedade, plasmada no Art. 225 da CF/88, em detrimento da individualidade até então majoritária.

Na conclusão de Ana Firmino²³: apesar do desenvolvimento sustentável não estar ao alcance imediato da maioria das sociedades, por implicar alterações de comportamento que não são fáceis de empreender, o previsível agravamento das condições de vida na Terra, o esgotamento de certos recursos vitais para a manutenção do atual modelo econômico e as tensões sociais crescentes obrigarão indubitavelmente a mudanças que, duma forma ou de outra, deverão conduzir a um modelo econômico e social mais sustentável. O grande desafio que é colocado é o de conseguirmos alargar o nosso conhecimento, tendo por base a observação e o respeito pela Natureza, detentora da sabedoria universal!

O novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo é bastante útil para a consolidação do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano na medida em que busca a promoção e valorização da diversidade cultural e a consolidação do processo democrático na região, com a ampliação da participação social nas políticas públicas.

3. Direitos da Natureza na Integração Latino-Americana para o Bem Viver

Na cosmovisão dos povos indígenas ancestrais andinos (do Peru, da Bolívia, da Argentina e do Chile) a Pacha Mama representa a Mãe Terra.

A partir da epistemologia indígena a natureza é reconhecida como sujeito de direitos pela Constituição do Equador (2008). Esta situação impõe um giro sócio-biocêntrico na hermenêutica jurídica.

²³ FIRMINO, Ana. Desenvolvimento e sustentabilidade: o desafio da sabedoria universal. TOSTÓES, Ana. OLIVEIRA, E.R. de Arantes. PAIXÃO, J.M. Pinto. MAGALHÃES, Pedro. **Encontro de Saberes. Três gerações de bolseiros da Gulbenkian**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 206.

Já em seu Preâmbulo a Constituição do Equador (2008) celebra os direitos da natureza (“CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existência”). Por seu turno, o Art. 10 da mesma Carta²⁴ assevera que a natureza gozará dos direitos reconhecidos no Texto Constitucional. Os Arts. 71 a 74 ressaltam os direitos da natureza.

De acordo com Eduardo Gudynas²⁵ os Direitos da Natureza desdobram em torno do valor da vida. Isso se torna um direito em si mesmo, e daí justificam e constroem as políticas ambientais e a gestão ambiental. Este reconhecimento ao invés de gerar problemas e conflitos entre diferentes posições, em realidade constitui um ponto de encontro entre as perspectivas ocidentais e as expressões das nações indígenas originais e dos povos indígenas das Américas.

No contexto contemporâneo de crise ambiental é louvável a preocupação e o respeito que a Constituição do Equador defere ao meio ambiente, possibilitando com isso uma sadia qualidade de vida atrelada à preservação da natureza.

Neste sentido, com fulcro no Art. 71²⁶ a Natureza ou *Pachamama*, onde se reproduz e vida, tem o direito de respeito integrante de sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade pode exigir dos poderes públicos o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos se observam os princípios consagrados na Constituição. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas, e as coletivas, para que protejam a natureza, e promover o respeito por todos os elementos que formam um ecossistema.

Para o Art. 74²⁷ as pessoas, comunidades, povos e nacionalidades têm direito a beneficiar-se do meio ambiente e dos recursos naturais que lhes permitem o *buen vivir*. Os

24 “Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

25 GUDYNAS, Eduardo. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales. ACOSTA, Alberto (org.). **Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora.** Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 43. Tradução livre: “Los Derechos de La Naturaleza se desenvuelven alrededor del valor de la vida. Ésta se convierte en un derecho en sí misma, y desde allí se justifican y construyen las políticas ambientales y la gestión ambiental. Este reconocimiento en lugar de generar problemas y conflictos entre diferentes posturas, en realidad constituye un punto de encuentro entre las perspectivas occidentales y las expresiones de las naciones originales y pueblos indígenas en las Américas”.

26 “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecossistema”.

27 “Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán

serviços ambientais não serão objeto de apropriação; sua produção, prestação, utilização e aproveitamento serão regulados pelo Estado.

Ao comentar este dispositivo Rosa Cecilia Baltazar Yucailla²⁸ aduz: assim, os povos indígenas usam seus territórios para a produção agrícola sem afetar o meio ambiente, pois aplicam os seus conhecimentos de gestão dos recursos naturais.

De acordo com Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Daniel Braga Lourenço²⁹ defender que a normatividade constitucional que enuncia os *direitos da natureza* é de cunho retórico esvazia a sua força jurídica e é postura que desqualifica a juridicidade pelo estranhamento ou pela oposição ao que tal comando revela (pré-compreensão contrária). Não há na Lei Fundamental dispositivo desprovido de eficácia jurídica.

Os textos andinos vão se dedicar à tentativa de superação da herança colonial, valorizando a cultura milenar dos povos e nações indígenas desses países. Para essa finalidade, surge uma institucionalidade que consagra o pluralismo epistemológico e cultural ao incorporar os processos de organização comunitários, inclusive com a adoção da justiça indígena. Um resultado do projeto de descolonização é a criação de um novo catálogo de direitos e princípios, em especial no tocante aos direitos da natureza, que rompe com a tradição eurocêntrica.

Para Eduardo Gudynas³⁰ na verdade, os direitos da natureza exigem gerando um equilíbrio entre fins de proteção econômica e ambiental. É abranger usos econômicos para os ritmos da natureza, os ritmos de extração coincidirem com as taxas de regeneração de vida. Para lograr este fim, é essencial contar com políticas ambientais eficazes, não meramente fictícias.

A consagração jurídica de que a Terra é um ser dotado de subjetividade ao ostentar dignidade e direitos, estimula sobremaneira a generalização da consciência ecológica

susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”.

- 28 YUCAILLA, Rosa Baltazar. Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. ANDRADE, Santiago; GRIJALVA, Agustín; STORINI, Claudia. **La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos y instituciones**. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009, p. 218. Tradução livre: De este modo, los pueblos indígenas usan sus territorios para la producción agrícola son afectar el ambiente, pues aplican sus conocimientos de manejo de los recursos naturales”.
- 29 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira; LOURENÇO, Daniel Braga. Sustentabilidade insustentável? In: Nilton Cesar Flores. (Org.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. 01ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2012, p. 304.
- 30 GUDYNAS, Eduardo. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales. ACOSTA, Alberto (org.). **Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora**. Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 46. Tradução livre: “En realidad, los Derechos de la Naturaleza requieren generar un balance entre los usos económicos y la protección del ambiente. Es acompañar los usos económicos a los ritmos de la Naturaleza, igualar los ritmos de extracción a la cadencia de regeneración de la vida. Para lograr este fin es indispensable contar con políticas ambientales efectivas, y no meramente decorativas”.

como um dos meios de apoio da efetividade do paradigma da sustentabilidade, passando necessariamente pela necessidade da educação ambiental.

Na lógica do atual arcabouço jurídico-constitucional fruto do Neoconstitucionalismo o meio ambiente é bastante prejudicado, visto que se valora excessivamente o direito de propriedade em sua vertente estritamente civilista, e a natureza é enquadrada como um objeto passível de apropriação e exploração econômica.

Nas Constituições boliviana e equatoriana o postulado ancestral do *buen vivir* foi alçado ao rol de princípios constitucionais. Esse reconhecimento implica que a vida se torna o eixo central da sociedade e abre uma gleba de garantias e direitos socioambientais.

Na análise de Fander Falconí³¹ é importante destacar que a nova Constituição do Equador transcende os tradicionais conceitos de crescimento e desenvolvimento, e planeja o *buen vivir*, como a busca de uma relação harmônica e integral entre os seres humanos e a Natureza, o que não implica uma visão milenar de um futuro paraíso harmonioso. Não se pode evitar, senão com boa vontade, a conflituosidade e a confrontação social, como tampouco se pode menosprezar os problemas que o poder suscita.

Este repensar das relações entre o homem e a natureza impõe a revisão do paradigma antropocêntrico, bem como a utilização sustentável dos recursos ambientais, que não mais poderão ser dominados por um uso abusivo e ilimitado, situação bastante gravosa que acaba por comprometer a continuidade da vida humana no Planeta Terra.

O reconhecimento dos direitos da natureza como credora de dignidade e de direitos, consoante proposto pelas Constituições do Equador e da Bolívia implica uma radical mutação paradigmática, para toda a Ciência do Direito, que se desenvolveu com bases eurocêntricas e racionais-antropocêntricas.

A construção dos direitos da natureza representa a definitiva passagem do paradigma antropocêntrico (cartesiano e mitigado) para um viés sócio-biocêntrico, bem como um prisma consoante o qual a natureza passa de objeto a sujeito, ampliando o rol dos sujeitos do direito.

Os direitos da natureza são classificados como ecológicos, para além dos direitos ambientais (ou de terceira dimensão na lógica do Neoconstitucionalismo), incorporando definitivamente a ideia de bens comuns e proibindo a sua privatização para a preservação

31 FALCONÍ, Fander. Un pacto constitucional por los derechos ambientales. **IX Curso para diplomatas Sul-Americanos: textos acadêmicos**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011, p. 87. Tradução livre: “Es importante destacar que la nueva Constitución trasciende los conceptos tradicionales de crecimiento y desarrollo, y plantea el Buen Vivir, como la búsqueda de una relación armónica e integral entre los seres humanos y la Naturaleza, lo que no implica una visión milenarista de un futuro paraíso armonioso. No se puede obviar, solo con buena voluntad, la conflictividad y la confrontación social, como tampoco se puede menospreciar los problemas que suscita el poder”.

da vida, exemplo dessa questão é a impossibilidade de privatização da água, considerando que o acesso à água é um direito humano básico.

Para a materialização do *buen vivir* propugnado pelo Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano propõe-se a substituição do egoísmo por uma lógica de solidariedade.

Nesta jaez assevera Germana de Oliveira Moraes³² que na confluência do dilema entre os direitos de *Pachamama* (da natureza) e os direitos humanos, e, perante este grande desafio de nosso tempo de articular e compatibilizar as macropolíticas ambientais, exigências do mandato ecológico, introduzindo na Constituição Equatoriana, de maior preservação dos ecossistemas, com as macropolíticas sociais minimizadoras das desigualdades sociais e regionais, sobretudo nos países menos desenvolvidos do Hemisfério Sul, o modelo Bem Viver, ora em construção, parte da crença que não seja possível equacionar essas questões sem que se reveja a relação do ser humano com as forças cósmicas e telúricas, simbolizadas, respectivamente, pelo Pai Sol e pela Mãe Terra (*Pachamama*), pautando-se fundamentalmente no valor da harmonia, desdobrável em variáveis como, por exemplo, unidade, inclusão, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementaridade e equilíbrio.

Os direitos da natureza (ecológicos) enquadram-se em uma visão sócio- biocêntrica, ao procurarem estabelecer um equilíbrio necessário às conflituosas relações entre o ser humano e o meio ambiente. Trata-se de um passo além do que foi estabelecido nas Constituições oriundas do Neoconstitucionalismo que consagraram a visão antropocêntrica sobre os recursos naturais.

No atual modelo de proteção ao meio ambiente no Brasil, observa-se que essa mudança tão radical mostra-se bastante difícil. O neoconstitucionalismo brasileiro adota o paradigma antropocêntrico mitigado quanto aos recursos naturais³³. Por isso no plano processual observa-se a legitimidade tão-somente para as pessoas naturais e para as pessoas jurídicas, tornando-se impensável dentro do arcabouço jurídico-constitucional do Neoconstitucionalismo a possibilidade da natureza como sujeito processual.

O agravamento dos problemas ambientais nos últimos anos tende a aumentar a dimensão da crise e essa realidade complexa talvez venha a reverberar no plano da mutação dos legitimados processuais nas questões atinentes à natureza. Essas alterações parecem remotas no Brasil, mas não são impossíveis.

32 MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o Bem Viver e a nova visão das águas. **Revista da Faculdade de Direito/Universidade Federal do Ceará. Volume 34, No.: 01 (Janeiro/Junho 2013).** Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2013, pág. 128.

33 Sobre os paradigmas ambientais no contexto do Novo Constitucionalismo Democrático Latino Americano, conferir: MARQUES JÚNIOR, William Paiva; MORAES, Germana de Oliveira . A construção do paradigma ecocêntrico no Novo Constitucionalismo Democrático dos países da UNASUL. **Revista de Direito Brasileira, v. 5**, p. 41-68, 2013.

O giro sócio-biocêntrico representa uma das alterações paradigmáticas plasmadas no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano através do *buen vivir* ao situar a vida e a natureza como eixos centrais das políticas públicas estatais. Trata-se de um resgate dos princípios ancestrais das culturas dos povos primitivos que viviam em Abya-Yala, nome da América antes da chegada de Cristóvão Colombo e a consequente colonização europeia³⁴.

Sob o prisma político, relevante alteração paradigmática encontra-se representada na promoção de diretrizes ético-morais na construção de sociedades pluriétnicas, plurinacionais e pluriculturais fundadas no *buen vivir*.

Conforme aduz Alberto Acosta³⁵ o desafio é olhar para a plurinacionalidade como um exercício de democracia inclusiva, mas principalmente como proposta de vida diferente e maior harmonia e aproximação com a natureza.

Para a efetividade mais ampla dos direitos socioambientais faz-se necessária a mutação dos paradigmas dominantes da Modernidade, que constroem abismos entre a realidade e as institucionalidades, dificultando a concretização da democracia genuína, criando uma verdadeira democracia meramente formal. Deste modo ocorre a consolidação do *buen vivir* como princípio constitucional de direito, que direciona as políticas públicas estatais para a consolidação dos direitos socioambientais, jamais alcançada no Neoconstitucionalismo.

4. Conclusões

As Constituições do Equador e da Bolívia, gestadas a partir de uma epistemologia dialógica e dialética com os diversos saberes (incluindo os ancestrais) reverbera no plano da democracia quando reconhece diversos segmentos sociais outrora invisíveis (negros, mulheres, índios, *gays*, etc) como partícipes das políticas públicas estatais e da sua própria história.

Verifica-se o rompimento do arcabouço político copiado da realidade europeia, propugnando uma transformação com bases democráticas e inclusivas, ao projetar novos arranjos políticos que buscam a construção de uma realidade institucional intercultural,

34 Sobre o novo paradigma ambiental no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, conferir: MARQUES JÚNIOR, William Paiva; MORAES, Germana de Oliveira. **A construção do paradigma ecocêntrico no Novo Constitucionalismo Democrático dos países da UNASUL**. Revista de Direito Brasileira, v. 5, p. 41-68, 2013.

35 ACOSTA, Alberto. El Estado Plurinacional, puerta para una sociedad democrática. ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (compiladores). **Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad**. Quito. Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 17. Tradução livre: “El reto es mirar a la plurinacionalidad como ejercicio de democracia incluyente, pero sobre todo como propuesta de vida diversa y en mayor armonía y cercanía con la Naturaleza”.

fundada nos pilares de uma ampla democracia participativa que abarca os contributos oriundos do socioambientalismo.

O modelo representado pelo Neoconstitucionalismo europeu-continental representa, por si só, um complexo arranjo entre a democracia e a política. Contudo, o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano ao resgatar o valor imanente à legitimidade plasmada na pluralidade democrática e na vinculação estatal à vontade popular rompe definitivamente com a categorização oriunda das constituições do pós-segunda guerra de modo a construir as bases de um novo parâmetro jurídico-epistemológico. As noções genéricas, abstratas e universalmente válidas no Neoconstitucionalismo, são substituídas pelo destaque das experiências concretas das sociedades, imanente ao Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano.

Constitucionalismo e democracia representam conceitos distintos. Um pode existir sem o outro. A realidade contemporânea demonstra que a relação entre a democracia e a constituição revela-se como uma constante necessidade. O escopo fundamental da constituição moderna é a introdução de mecanismos reativos às mudanças não permitidas. No contexto do modelo imanente ao neoconstitucionalismo europeu-continental, o valor democrático é materializado através da democracia representativa e majoritária.

O reconhecimento da natureza como sujeito de dignidade e de direitos pelo Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano representa um momento de ruptura com o modelo europeu-continental, e supera a ideia consante a qual essa inovadora corrente constitucional seria apenas um novo modismo retórico, sem consistência teórica inovadora uma vez que um de seus pilares é a valorização dos saberes dos povos ancestrais, historicamente sufocados a partir do processo de colonização europeia com a relação simbiótica desenvolvida com a Mãe Natureza, o que requer um novo construto jurídico-epistemológico.

A abordagem dessa nova corrente constitucional não implica em forte componente apologético, mas sim de valorização e harmonização dos clamores emanados a partir do colapso ambiental vivenciado na contemporaneidade, a partir do contributo oriundo da ancestralidade autóctone, superando dessa forma a visão antropocêntrica do meio ambiente que dominou a epistemologia do Neoconstitucionalismo.

A partir do resgate e valorização da ancestralidade, a América Latina criará o modelo necessário para a efetividade da integração a partir dos postulados do bem viver, consagrando o socioambientalismo e os direitos da natureza.

5. Referências

- ACOSTA, Alberto. El Estado Plurinacional, puerta para una sociedad democrática. ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (compiladores). **Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad.** Quito. Ediciones Abya-Yala, 2009.

FALCONÍ, Fander. Un pacto constitucional por los derechos ambientales. **IX Curso para diplomatas Sul-Americanos: textos acadêmicos**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

FIGUEIREDO, Luiz Alberto. Desenvolvimento e meio ambiente: da Rio 92 até Curitiba. In: AMORIM, Celso. **O Brasil e a ONU**. Brasília : FUNAG (Fundação Alexandre de Gusmão), 2008.

FIRMINO, Ana. Desenvolvimento e sustentabilidade: o desafio da sabedoria universal. TOSTÓES, Ana. OLIVEIRA, E.R. de Arantes. PAIXÃO, J.M. Pinto. MAGALHÃES, Pedro. **Encontro de Saberes. Três gerações de bolseiros da Gulbenkian**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Quinhentos anos de periferia: uma contribuição ao estudo da política internacional**. 5ª- edição. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

GUDYNAS, Eduardo. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales. ACOSTA, Alberto (org.). **Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora**. Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2009.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Conferências de desenvolvimento sustentável**. Brasília : FUNAG, 2013.

LEFF, Enrique. **Racionalidad Ambiental. La reapropiación social de la naturaleza**. San Ángel, México DF: Siglo Veintiuno Editores, 2004.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva; MORAES, Germana de Oliveira . A construção do paradigma ecocêntrico no Novo Constitucionalismo Democrático dos países da UNASUL. **Revista de Direito Brasileira**, v. 5, p. 41-68, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o Bem Viver e a nova visão das águas. **Revista da Faculdade de Direito/Universidade Federal do Ceará. Volume 34, No.: 01 (Janeiro/Junho 2013)**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2013.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira; LOURENÇO, Daniel Braga. Sustentabilidade insustentável? In: Nilton Cesar Flores. (Org.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. 01ed.Campinas, SP: Millennium Editora, 2012.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VEIGA, José Eli da. **A desgovernança mundial da sustentabilidade.** São Paulo: Editora 34, 2013.

YUCAILLA, Rosa Baltazar. Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. ANDRADE, Santiago; GRIJALVA, Agustín; STORINI, Claudia. **La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos y instituciones.** Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

TESTAMENTO VITAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO ESTRANGEIRO E DE UM *LEADING CASE* BRASILEIRO

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor Adjunto (dos Cursos de Graduação em Direito e Mestrado em Direito Agroambiental) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Coordenador de Pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito Civil Contemporâneo” da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Advogado do Escritório Silva Neto e Souza Advogados. professorcarloseduardo@gmail.com

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES SANCHES

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Cuiabá. Advogada. vss_adv34@hotmail.com

Resumo

O presente artigo objetiva estudar o instituto do testamento vital, isto é, a disposição de última vontade que envolve o bem mais sublime e importante do ser humano, isto é, a sua própria vida, quando envolvida uma circunstância de enfermidade ou gravo dano físico incurável, geradores de grande sofrimento físico. Nesse sentido, a ideia inicial é dirigida para a compreensão do próprio objeto pesquisado, isto é, do que vem a ser efetivamente testamento vital. Em seguida, são apresentadas as controvérsias que geram ao redor do objeto da presente pesquisa. Ao depois, o assunto é abordado sob a ótica do direito estrangeiro, apresentando-se especialmente os regramentos dos Estados Unidos da América, Canadá, União Europeia, Grã-Bretanha, Espanha, Portugal e Itália. Compreendido o testamento vital nessa múltipla perspectiva, a ideia direciona-se para a compreensão da temática em relação à capacidade humana de testar, quando se contrapõe o assunto com as disposições do próprio direito interno. Ao final, as ideias conclusivas são apresentadas de forma articulada, a fim de se evidenciar a essência das inquietações que alimentaram o presente estudo. A investigação foi construída por meio da pesquisa bibliográfica, documental, além de outras fontes de informação escrita, a qual se serviu do método de abordagem qualitativo e do método dedutivo de análise de dados, com auxílio da técnica de observação direta intensiva e do método de procedimento monográfico.

Palavras-chave

Testamento; Vida; Liberdade; Dignidade.

Abstract

This article aims to study the living will institute, that is, the last will that involves far more sublime and important human being, ie his own life when involved an infirmity of circumstance or record incurable physical damage of great physical suffering generators. In this sense, the initial idea is directed to understanding own researched object, that is, of what is to be effectively living will. Then they present the controversies they generate around the object of this research. By then, the issue is approached from the perspective of foreign law, appearing especially the specific regulations of the United States of America, Canada, European Union, Britain, Spain, Portugal and Italy. Understood the living will that multiple perspective, the idea directs to understanding the issue regarding the human ability to test, when contrasted it with the provisions of their own national law. Finally, the concluding ideas are presented in a coordinated way in order to show the essence of the concerns that have fueled this study. The research was built through bibliographic research, documentary, and other sources of written information, which has used the qualitative approach method and deductive method of data analysis, with the help of intensive direct observation technique and method monographic procedure.

Key words

Testament; Life; Freedom; Dignity.

1. Introdução

O chamado testamento vital diz respeito à disposição que alguém estabelece sobre o mais importante e sublime bem do ser humano: a própria vida. Considerando uma situação especialíssima, na qual o indivíduo perdeu sua capacidade de existência racional e autônoma em razão de enfermidade ou grave dano físico incurável, geradora de grandes sofrimentos.

Nesse contexto, impossível não reconhecer que o testamento vital tem importância sobremaneira destacada, especialmente ser considerada vertiginosa evolução tecnológica ligada à biologia e à medicina, nas suas mais variadas vertentes, que vem proporcionando cada dia mais e mais, meios técnicos de prolongamento da vida independentemente da possibilidade de sofrimento e angústia para o paciente e sua família.

Neste trabalho, procura-se enfocar as diversas formas de eutanásia e suas consequências como também os debates que surgem acerca do tão controverso tema, e baseando

em outros países, no direito comparado já tem como exemplos alguns meios do morrer dignamente, ou mesmo em um consultório americano onde o médico aconselha aos seus pacientes, dando-lhes o direito de conhecer e refletir sobre as diretrizes antecipadas, que são nada mais do que escolher como o paciente quer terminar a sua vida.

Com esse propósito, o trabalho é divido, portanto, em três partes: a primeira é dedicada a compreensão do próprio objeto de investigação, isto é, do testamento vital; a segunda, por sua vez, apresenta as controvérsias que giram ao redor do problema; a terceira, a seu turno, dedica-se a apreciar como o direito estrangeiro tem lidado com a questão do testamento vital; a quarta parte dedica-se a apreciar, segundo o entendimento do direito interno, a capacidade humana de testar; encerrando o trabalho, a quinta e última parte é voltada para análise de um *leading case* brasileiro que analisa especificamente o instituto do testamento vital.

A presente pesquisa é relevante, porque, enquanto se enfrenta dificuldades na compreensão e aceitação do testamento vital no Brasil, o tema encontra-se em estágio avançado em outros países, daí porque objetiva-se propor novas reflexões a partir do presente trabalho.

O presente trabalho é fruto de uma investigação norteada por uma pesquisa bibliográfica, documental e de outras fontes de informação escrita, tendo-se servido do método de abordagem qualitativo, do método dedutivo de análise de dados, da técnica de observação direta intensiva e do método de procedimento monográfico.

2. Compreendendo o Testamento Vital

Eis o principal desafio ante o tema abordado no presente trabalho, o “morrer com dignidade” e respeitar a vontade daquele que se encontra já sem qualidade de vida e “nas mãos” de seus familiares/cuidadores. Existe a necessidade de se conceber o limiar de quando se deve atender os desejos do paciente e privilegiar àqueles que dizem que amam o ente agonizante, porém não permitem que se exercente seu direito de morrer.

Considerando essa singular situação na qual o indivíduo perdeu sua capacidade de existência racional e autônoma em razão de enfermidade ou grave dano físico incurável, geradora de grandes sofrimentos, é imperativo que se discorra sobre o importante instrumento de manifestação de vontade que é o chamado testamento vital. O Testamento Vital é utilizado para dispor, antecipadamente, sobre a assistência médica a ser prestada ao paciente terminal. O Testamento Vital (“testamento biológico, *living will* ou *testament de vie*”), paralelamente à figura do consentimento informado tem sido discutido em vários países. Merecem menção os ensinamentos de Maria Celeste Cordeiro ao apontar, como seu fundamento legal, o chamado direito à intimidade. A autonomia (do grego = faculdade

para se auto-governar) como direito moral e legal, como dever: “a capacidade de auto-governo é a capacidade para pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom”.¹

O Testamento Vital visa influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges² conceitua o Testamento Biológico como um documento em que a pessoa determina de forma escrita, o tipo de tratamento ou não tratamento que deseja receber para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.

Outra conceituação que merece menção é a de Adriana Carrera Calvo³ ao lecionar que Testamento Vital:

é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Não há regulamentação sobre o testamento vital no Brasil. Nos EUA, este documento tem valor legal, e o médico que desrespeitar as disposições do testamento pode sofrer sanções disciplinares.

Desse modo, pode-se entender que o testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, que uma pessoa realiza em uma situação de lucidez mental para que seja levado em conta quando, por causa de uma doença, em condição física ou mental incurável ou irreversível, e sem expectativas de cura ou já não seja possível expressar sua vontade. O que se assegura através destes documentos é a “morte digna”, no que se refere à assistência e ao tratamento médico a que será submetido um paciente.

As instruções destes testamentos, no mais das vezes, aplicam-se sob uma condição terminal, sob um estado permanente de inconsciência ou um dano cerebral irreversível que, além da consciência, não possibilite que a pessoa recupere a capacidade para tomar decisões e expressar seus desejos futuros. Eis quando o testamento vital deve gerar seus efeitos, porquanto estabelecerá o tratamento a ser aplicado, os limites às medidas necessárias para manter o conforto, não se exetuando os que podem ocorrer como consequência da suspensão ou interrupção do tratamento.

1 CORDEIRO, Maria Celste apud PESSINI, L. *Distanásia. Até quando prolongar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2001, p. 65.

2 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 32.

3 CALVO, Adriana Carrera apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 46.

A primeira menção a possibilidade jurídica de tal instrumento ocorreu em 1967, quando a Sociedade Americana para Eutanásia propôs o testamento vital (*living will*) como documentos de cuidados antecipados, pelo qual os indivíduos poderiam registrar sua vontade quanto a intervenções médicas para manutenção da vida. Porém, admite-se que efetivamente passou a existir em 1969, pelas mãos de Luis Kutner, advogado de Chicago, e se inscreve no tipo de documentos enquadrados, genericamente, sob a denominação de consentimento informado.

Luis Kutner sugeriu um documento no qual o próprio indivíduo declarava que se entrasse em estado vegetativo, com impossibilidade incontestável de se recuperarem suas capacidades físicas e mentais, deveriam ser suspensos os tratamentos médicos. Para tanto, tal documento deveria atender a quatro finalidades: primeira, em processos judiciais, a necessidade de se ter em conta a diferença entre homicídio privilegiado por relevante valor moral, a compaixão, e o homicídio qualificado por motivo torpe; segunda, a necessidade legal de permitir, ao paciente, o direito de morrer por sua vontade; a terceira, a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer, ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião; quarta, para satisfazer às três primeiras finalidades, dever-se-ia dar, ao paciente, garantias necessárias de que sua vontade seria cumprida.⁴

Entretanto, havia apenas tentativas, as quais acabaram fracassadas, e somente em 1972, nos EUA, que este documento teve valor legal, tendo surgido com o Natural Death Act, na Califórnia. Assim, o testamento vital passou a ser um documento comum a ser incorporado às leis de morte natural (*Natural Death Acts*).

Em 1976, com a promulgação, na Califórnia, da primeira lei sobre morte natural, vigente até 1991, quando entrou em vigor a lei federal de autodeterminação do paciente, onde definitivamente obrigava o sistema hospitalar a respeitar o documento. Nesse período, a opinião pública foi mobilizada por processos judiciais de grande repercussão, como por exemplo: o Caso Quinlan, de 1976, o Caso Conroy, de 1985, e o Caso Cruzan, de 1990, cujo objeto era a retirada de tratamentos vitais. Esses casos fizeram com que muitas pessoas temessem ficar presas a tratamentos similares aos impostos àqueles pacientes, com a Justiça exigindo, ao final de suas vidas, provas das preferências prévias de cada um.⁵

Em 1995, a Associação Médica Britânica em conjunto com a Comissão Legislativa do Governo Inglês produziu um código de prática para o documento de vontades antecipadas.

⁴ KUTNER apud RIBEIRO, Diaulas Costa. **Suspensão de esforço terapêutico. Cadernos de direito clínico.** Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central. Ano I, número 1, Out. 2005. Brasília. p. 17.

⁵ RIBEIRO, Diaulas Costa. **Suspensão de esforço terapêutico. Cadernos de direito clínico.** Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central. Ano I, número 1, Out. 2005. Brasília. p. 18

O governo do Reino Unido determinou que a capacidade mental fosse o requisito indispensável para a confecção de um documento de vontades antecipadas.⁶

Ante a atual capacidade das ciências médicas em realizar prognósticos eficazes, pretende-se ampliar as diretrizes antecipadas a quaisquer enfermidades em situações clínicas potenciais. Desse modo, pode o paciente não só adotar determinado comportamento, mas recusar, ou optarem positivamente por um tratamento, diante do prognóstico que tem ciência. No terceiro período, as diretrizes passaram a ser contempladas como uma mera extensão doutrinária do consentimento informado para a escolha de tratamentos médicos, sendo que, no Brasil, tal instituto não possui previsão legal.

Portanto, o testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, que uma pessoa realiza em uma situação de lucidez mental para que seja levado em conta quando, por causa de uma doença, em condição física ou mental incurável ou irreversível, e sem expectativas de cura, já não seja possível expressar sua vontade.

3. Um Tema que traz Controvérsias

Muitas são as opiniões, convicções, os adeptos e os detratores dos testamentos vitais. A discussão pela validade, a ética e a necessidade de uma legislação para a existência e a aceitação ou não de um testamento vital, é um tema a ser resolvido em vários países.

Na Argentina, desde a sociedade até o legislativo, a resposta para o tema “morte digna” não tem sido concreta, nem definitiva. O tema chegou a ser tratado pelo Congresso Nacional Argentino, onde um projeto de lei obteve uma média sanção, entretanto, não houve continuidade.

Existem algumas organizações, entre elas a chamada *Niketana*, presidida pelo Dr. Hugo Dopaso - médico que escreveu livros como *El Buen Morir* - que sustenta a necessidade de respeitar os desejos individuais relativos aos direitos das pessoas, nos últimos momentos de suas vidas. Existem correntes religiosas que também entendem que todo paciente em estado terminal deve ter por direito, acompanhamento e a dignidade.

Entretanto, também existem muitas posições que entendem que ninguém pode decidir sobre a vida ou a morte e menos ainda saber, em muitos casos, as possibilidades de uma pessoa frente a uma doença, por mais grave que esta seja.

Atualmente, muita pessoa de forma individual ou coletivamente tem redigido e assinado seus manifestos e comunicado às suas famílias, às pessoas mais próximas ou às

⁶ KUTNER apud RIBEIRO, Diaulas Costa. **Suspensão de esforço terapêutico. Cadernos de direito clínico.** Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central. Ano I, número 1, Out. 2005. Brasília. p. 17.

instituições que sustentam este direito. Além do mais, quando for o caso, o testamento não representará um desejo legalmente garantido. As pessoas envolvidas - médicos, familiares e autoridades - deverão decidir as possibilidades de sua aceitação ou não.

Filosoficamente, discute-se a transcendência e os possíveis conceitos no contexto de uma distinção entre a morte e falecimento, sobre o significado da vida ou continuação da mesma sem “qualidade”, ou do prolongamento do processo de morte. O debate estabelecido é vinculado ao conceito de eutanásia, tendo por este âmbito quem diferencie entre eutanásia ativa e eutanásia passiva. A Eutanásia ativa consiste na ação de interromper de maneira artificial, a vida de um paciente que não morreria de maneira natural.

Eutanásia passiva corresponde à morte pela não aplicação de tratamentos médicos ante uma patologia que, por não ser assistida, provocaria a morte do paciente. Aqueles que sustentam a validade e necessidade de respeitar um testamento vital consideram a eutanásia passiva não é mais que deixar que a natureza haja no que a medicina não pode remediar.

4. O Testamento Vital e o Direito Estrangeiro

4.1. Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, desde 1991, por meio do *Patient Self-Determination Act*, compeliram todos os hospitais, agências de saúde e hospices do país a prover aos paciente admitidos que informem sobre suas decisões pessoais e os tratamentos que desejam ou não receber como cuidados. Essa lei também prevê que serão respeitadas as diretrizes antecipadas e informadas pelo paciente. Atualmente, todos os Estados Americanos possuem estatutos formalizados para o Testamento Vital, que teve início na Califórnia, no ano de 1976, com o *Natural Death Act*. No Estado do Óregon, em 1990, os médicos criaram um documento em que se expressavam os desejos dos pacientes, chamado de *Physicians Order for Life-Sustaining Treatment - POLST*, utilizado em pacientes com um ano ou menos de expectativa de vida, questionando-os sobre o que esperavam da Instituição de tratamentos específicos para suporte de vida. Alguns Estados estipulam um formulário básico simplificado de diretrizes para aqueles indivíduos interessados em expressar seus desejos previamente para quando tornarem-se incompetentes em tomar suas próprias decisões⁷.

Os estatutos disponibilizam desde uma declaração simples que discriminam quais os suportes de vida são acolhidos ou não pelo declarante como ressuscitação cardiopulmonar,

⁷ BORGES, R. C. B. **Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado.** In: Santos MCCL (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>. Acesso em: 10 out. 2014.

ventilação mecânica por respirador, terapia de eletro-choque, diálise renal, quimioterapia, transfusão de sangue e hemoderivados, instalação de cateteres, atos cirúrgicos necessários para o conforto e alívio da dor, antibioticoterapia, nutrição e hidratação até informações específicas para cuidados em patologias como câncer, infecção por HIV, doenças degenerativas do sistema nervoso central.

Os estatutos exigem que o declarante seja capaz e maior de 18 anos. O registro pode ser feito em órgão estatal na presença de testemunhas maiores de 18 anos que assinaram o documento de vontades antecipadas. O declarante deve informar expressamente que é um desejo pessoal; que não está sendo influenciado ou coagido; que não se trata de uma fraude ou constrangimento e que sua assinatura é voluntária e está garantida por lei. Da mesma maneira, ratifica, nesses termos, que a família, os médicos assistentes e todos que se preocupam com sua saúde estão absolvidos legalmente, por terem seguido as instruções declaradas. Existe a previsão da nomeação de um “agente responsável legal” que possuirá poderes determinados pelo declarante, e só atuará quando o médico assistente comunicar que o declarante não está mais capaz de tomar decisões. O sigilo das decisões é partilhado somente com as pessoas de confiança do declarante. O médico assistente e os profissionais de enfermagem não podem ser nomeados agentes pelo declarante. O agente nomeado deverá portar a cópia do Testamento Vital quando for notificado que o declarante perdeu sua capacidade de decisão ou encontra-se inconsciente. O documento pode ser cancelado a qualquer momento. Recomenda-se que ele seja revisto periodicamente. O agente pode ser destituído oralmente pelo declarante se assim for desejado. Existe também a possibilidade de se fazer um registro eletrônico das diretrizes antecipadas – dentre outras maneiras, como as que nomeiam advogados especializados – que é disponibilizado 24 horas por dia em todo o país cujo acesso é concedido mediante a informação de senha. Este serviço pode ser acessado através de um membro provedor de cuidados ou de uma comunidade associada.⁸ O documento poderá prever outras decisões – concernentes à boa prática médica – que se queiram deixar registradas como, por exemplo, a previsão da doação de órgãos. O direito a fazer escolhas com relação aos cuidados de saúde, por meio de um documento de diretrizes antecipadas, tem garantia plena concedida pela Corte Suprema Americana, que protege, portanto, a dignidade do declarante.

4.2. Canadá

Segundo o Centro de Bioética da Universidade de Toronto, o Testamento Vital faz parte de um processo chamado plano para cuidados antecipados em que se faz a

⁸ BBC. **A Short History of Important Events**; Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/religion/ethics/euthanasia/overview/livingwills_print.html>. Acesso em: 13 out. 2014.

comunicação entre os pacientes e seus entes queridos sobre questões relacionadas à sua saúde quando ocorrerem diagnósticos em que não existam esperanças de recuperação.⁹

A nomeação de um agente pode vir complementar o Testamento Vital. Ele poderá tomar decisões caso o declarante determine.

A Associação Médica Canadense endossa a política de suporte ao Testamento Biológico, bem como muitos médicos autônomos também são favoráveis. Algumas províncias canadenses têm legislações especiais. O requerimento deve ser feito por agência institucional do governo. As províncias de Alberta, *Manitoba, Newfoundland, Nova Scotia, Quebec e Saskatchewan* legalizaram o registro do Testamento Vital. O Testamento Biológico tem nomes e previsões legais diferentes nas diversas províncias canadenses.

O Centro de Bioética da Universidade de Toronto propôs um formulário que foi desenvolvido pelo professor Peter Singer e atualmente é utilizado nas províncias de Alberta, *Prince Edward Island, Saskatchewan, Nova Scotia, Newfoundland, New Brunswick, Manitoba e Ontário*. O formulário contém um anexo que informa detalhadamente as situações em que se requerem cuidados de saúde especializados.

Por exemplo, diante de uma pneumonia que evolua para uma insuficiência respiratória será realizado um procedimento de ventilação artificial considerado na tábua do formulário. Situações clínicas diagnosticadas, como derrame cerebral, demência, coma permanente vegetativo, e doenças excluídas de proposta terapêutica e sem expectativa de cura, como certos tipos de câncer, são abordadas em formulários especializados e ajuda a decidir o suporte de apoio vital indicado para cada caso. O médico assistente poderá, nessas situações, esclarecer as dúvidas sobre a doença e os protocolos de tratamento. Outras decisões pessoais podem constar no documento como, por exemplo, o local onde o declarante gostaria de receber os cuidados. Em caso de não ser possível receber o tratamento no domicílio, o paciente pode declarar se aceita ou não ser transferido para um hospício. Cuidado com a alimentação, higiene, tipo de vestimenta também podem ser incluídos no testamento como decisões e desejos pessoais. O requerente decidirá sobre uma tábua de situações colocadas, optando e escolhendo as palavras: sim, não, não decidido e tentar.

4.3. União Européia

O parlamento europeu aprovou em 1994 a declaração sobre a promoção dos Direitos dos Pacientes que foi ratificada com o Convênio do Conselho Europeu sobre os direitos do Homem e da Biomedicina no ano de 1997.

⁹ CENTRAL NOTTINGHAMSHIRE HEALTH COMMUNITY. Disponível em:<<http://www.nimhe.csip.org.uk/silo/files/livingwillspdf.pdf>. Acesso em: 23 set. 2014.

Nos termos do artigo 9º do indigitado Convênio serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente com respeito a uma intervenção médica no momento em que o paciente não se encontre em situação de expressar sua vontade.

4.4. Grã-Bretanha

Em abril de 1995, a Associação Médica Britânica (BMA) publicou um código de prática de tratamentos médicos mediante as declarações antecipadas.¹⁰ O Parlamento do Reino Unido em 2005 aprovou o Ato de Capacidade Mental, que instrui sobre a vida das pessoas que perderam a capacidade mental e relaciona uma cadeia de temas direcionados às implicações desta perda. Foi também proposto um código prático para este Ato que norteia o dia-a-dia das pessoas que cuidam e/ou são responsáveis por pacientes que perderem a capacidade mental. Estas ações procuram estabelecer um protocolo de boa conduta para situações que envolvem os que perderam a capacidade mental.¹¹ O código de prática adotado pela BMA avalia situações baseadas num fluxograma que primariamente verifica a capacidade mental para se considerar o respeito a autonomia da pessoa que possui uma declaração de vontades antecipadas. Em caso de emergência, os tratamentos não podem ser retardados ou serem recusados se não houver uma indicação de validade da declaração de vontades antecipadas, conforme a aplicação do fluxograma.

4.5. Espanha

No ano 2000 foi aprovado, pelo parlamento da Catalunha, o projeto de lei que permitia a qualquer pessoa, por meio de vontade expressa, evitar certos tratamentos médicos em caso de sofrer enfermidade terminal.¹² A Conferência Episcopal Pública, no mesmo ano, promoveu e lançou bases para uma proposta de Testamento Vital. Esta entidade eclesiástica fundamenta-se no dogma religioso de que a morte é inevitável e o fim da existência terrena abre os caminhos para os que têm fé a se juntarem a Deus. Ela defende que o testamento vital deve ser entendido como um pedido de ajuda do declarante para assumir, de forma cristã e humana, a própria morte. A Entidade entende que o documento ampara aqueles que evocam conscientemente essa responsabilidade, em face de uma enfermidade grave e incurável, que não se mantenha a vida por tratamentos

10 UNITED KINGDOM. Acts of the UK Parliament and Explanatory Notes. Disponível em: <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050009.htm>>. Acesso em: 15 set. 2014.

11 Idem.

12 CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRELOS DERECHOS DEL HOMBRE Y LA BIOMEDICINA DE 1997. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF_Conv_197_Trafficking_Spanish.pdf> ou <http://www.bioeticas.net/leg/001.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

despropositados ou extraordinários, não se aplique a eutanásia ativa, não se prolongue a vida abusiva e irracionalmente frente ao processo de morte e que sejam administrados tratamentos paliativos para os sofrimentos.¹³

Outras províncias como a Galícia, Extremadura, Madrid, Aragon, Navarra, Catam-bria e Euzkadi aprovaram estatutos próprios que culminaram na Lei Básica reguladora da autonomia do paciente e dos direitos e obrigações em matéria de informação e de docu-mentação clínica publicada naquele país em 31 de outubro de 2002 – Lei 41/2002. A lei, que foi espelhada no mundo anglo-saxão, prevê o direito à autonomia e ao consentimento informado. A judicáculo da atividade médica favoreceu a chamada medicina defensiva. O processo de especialização e tecnificação da ciéncia médica somada à despersonalização na assisténcia à saúde desaguardam na exigéncia de resultados e responsabilidades valoradas eco-nomicamente. O empobrecimento da relação médico-paciente é um tributo promovido pela mudança de paradigma que tornaram a saúde um bem valorado na sociedade hodierna.

O código penal espanhol proíbe formalmente qualquer tipo de eutanásia (Art 134.4), embora, a contra senso, admita atenuantes para certas situações. O testamento vital na Espanha ainda pode ser um instrumento perfeitamente útil para o ilícito tipifi-cado entendido como eutanásia passiva e eutanásia ativa indireta na proteção do médico e dos Hospitais.

4.6. Portugal

Portugal ratificou a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, o que implica no “dever de respeito pela vontade anteriormente manifestada pelo doente”. O Testamento Vital ainda não é assegurado por lei portuguesa. Segundo Rui Nunes, presidente da Associação Portuguesa de Bioética, existe a previsão legal, no código penal português no seu artigo 156. Em outubro de 2007, foi proposto aos deputados patrícios a criação de um Registro Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (Rendav), a ser implantado até 1 de Janeiro de 2008. A regulamentação tem como proposta “o exer-cício do direito a formular directivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde” e estipula que o documento terá uma duração máxima de três anos, podendo ser alterado a qualquer momento. Assegura, ainda, aos profissionais de saúde o direito à objeção de consciéncia. Podem fazer um testamento as pessoas maiores de idade, que gozem de plena capacidade de exercício dos direitos e o consentimento deve ser livre e esclarecido. Deve ser assinado na presença de um notário, de um funcionário do “Ren-dav” ou de três testemunhas¹⁴.

13 Idem.

14 IN VERBIS: **Revista Digital de Justiça e Sociedade**. Portal Verbo Jurídico. [on line] Disponível em: <<http://www.inverbis.net/actualidade/testamento-vital.html>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

4.7. Itália

Segundo Massimo Donadi, porta-voz do partido Itália dos Valores, da coalizão governamental de centro-esquerda, os casos noticiados significam uma chamada aos legisladores para que “enfrentem a questão do Testamento Biológico”.¹⁵ O parlamento atualmente debate o tema para a definição de um texto como projeto de lei, a fim de introduzir o Testamento Vital que garantirá os direitos dos médicos e dos pacientes. A ministra da Saúde, Lívia Turco, comentou que “não é aceitável a eutanásia”, mas é “necessário respeitar a vontade do doente que não quer ser curado”¹⁶.

O código de deontologia médica italiano prevê que o médico deve respeitar a vontade precedentemente expressa pelo paciente. A Itália, sendo um país de maioria católica, pôde vivenciar, em 2005, a vontade expressada pelo Papa João Paulo II nos seus últimos dias de vida.

5. A Capacidade Humana de Testar

O direito à personalidade enseja um conteúdo de grande relevância sendo muito mais vasto e importante do que comumente se considera. Há quem o tenha como um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro. Indiscutivelmente carrega, em seu bojo, toda carga principiológica basilar do Estado Democrático de direito, marcatamente a dignidade da pessoa humana, já que esse tem sua aplicabilidade no exercício dos direitos personalíssimos.

Para Maria Helena Diniz, direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto), a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e a sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).¹⁷ Segundo Gofredo Telles Jr., é o direito comum da existência, porque é simples permissão dada pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.

Deste modo, é do direito da personalidade que decorre o direito de testar. Inquestionavelmente, o direito ao testamento vital retira seu fundamento, ou razão de ser, do

¹⁵ CLICABRASÍLIA.COM.BR. **Morte por greve de fome de doente que pedia eutanásia reabre debate na Itália.** Disponível em: http://www.clicabrasilia.com.br/portal/noticia_new.php?IdNoticia=3313224/07/2007. Acesso em: 15 set. 2014.

¹⁶ JORNAL DO BRASIL. **Morte por greve de fome de doente que pedia eutanásia reabre debate.** Agência EFE; 2007. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/extra/2007/07/24/e240711824.html>>. Acesso em 20 nov. 2014.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

direito da personalidade, como já afirmado, não se pode olvidar que os direitos e garantias individuais plasmados na Carta Magna decorrem do direito da personalidade, ainda que eventualmente materializados por meio de alguma das suas manifestações como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade, o direito à liberdade, o direito à integridade física.

O testamento público, conforme leciona Argentino I. Néri, é uma das tantas instituições jurídicas legadas pelos romanos, tendo-se chegado à forma pública, primeiro, pelo *testamentum apud acta conditum*, através de declaração verbal feita ante autoridades judiciais, e, em seguida, pelo *testamentum principi oblatum*, mediante a entrega das disposições, por escrito, ao imperador, para sua guarda em arquivo.

No direito pátrio, em período anterior ao Código Civil de 1916, já havia previsão do testamento público, nas Ordenações do Reino de Portugal, as quais denominavam-no testamento *aberto*.

O testamento público é aquele testamento feito pelo tabelião, em seu livro de notas, perante o testador e duas testemunhas, em atendimento à vontade inequívoca manifestada pelo testador e observada a solenidade determinada pela lei. No dizer de Itabaiana de Oliveira, testamento público “é aquele que é feito em livro de notas, escrito pelo oficial público com funções de tabelião, de acordo com as declarações do testador, exaradas verbalmente”.¹⁸

Para Sílvio de Salvo Venosa¹⁹, é o “ato aberto, no qual um oficial público exara a última vontade do testador, conforme seu ditado ou suas declarações espontâneas, na presença de [...] duas testemunhas”.

Clóvis Beviláqua conceituou-o como sendo o testamento “escripto por oficial público em seu livro de notas, contendo a declaração da ultima vontade do testador, feita perante o mesmo oficial e cinco²⁰ testemunhas idôneas”.²¹ Tal conceito encontrou severas críticas por ensejar somente um conteúdo objetivamente patrimonial.

Bem andou o legislador ao inserir, no Código Civil de 2002, a admissão de que o testamento tenha conteúdo não patrimonial, a exemplo do que se ver do artigo 1.857, § 2º, como se dá no caso de instituição de bem de família voluntário (art. 1.711 do CC).

A respeito da possibilidade de conter o testamento público conteúdo não-patrimonial, interessante passagem traz Pontes de Miranda: “No período da Reconquista,

18 Ibid, p. 434.

19 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito das Sucessões**, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 161

20 Novo Código Civil de 2002, **são necessárias duas testemunhas, e não as cinco exigidas pelo Código anterior**.

21 Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, v. 2, p. 829.

testamento, em Portugal, era mais para o bem da alma do que para outro fim [...].²² No mesmo sentido leciona Justino Adriano Farias da Silva, ao asseverar que, no século XII, o testamento “deixa de ser um ato de direito privado que se preocupa, fundamentalmente, com a sucessão dos bens do falecido. Constitui-se, antes de mais nada, um ato religioso de uso quase obrigatório. Não testar acarretava a pena de excomunhão e não poderia ser o defunto sepultado nem na Igreja nem no cemitério”.²³

É de importância ímpar e, notadamente o objeto de todos os testamentos, incluindo-se aí o testamento público, é a da capacidade testamentária, ativa e passiva, isto é, a análise de quem pode testar, e que pode ser beneficiado em testamento.

A capacidade testamentária ativa determina as pessoas que podem testar. Trata-se de capacidade especial para testar, a qual não se confunde com a capacidade geral, para os atos da vida civil. A matéria encontra-se tratada no artigo 1.860 do Código Civil. Como negócio jurídico que é o testamento exige, para sua validade, agente capaz.

Têm capacidade testamentária ativa todas as pessoas naturais que a lei não declare incapazes de testar. As pessoas jurídicas, ao contrário, não a têm.

Tem a capacidade testamentária ativa o condão de permitir que somente aqueles que têm condições de entender e de querer, que tem pleno discernimento para entender a extensão do ato que está praticando e manifestar segura e livremente a sua vontade, possam fazer um testamento. Eis a razão pela qual o *caput* do artigo 1.860 do Código Civil limita-se a afirmar que não poderão testar os incapazes e os que não tiverem pleno discernimento no momento do ato de testar.

Em primeiro lugar, estão impossibilitados de testar os absoluta e relativamente incapazes, previstos nos artigos 3º e 4º do Código Civil, e o estão na exata medida do óbice para os demais atos da vida civil. Isto significa dizer que os absolutamente incapazes jamais poderão testar, todavia, no que concerne aos relativamente incapazes, necessário se faz uma análise mais aguçada do caso. As situações previstas nos incisos II e III do artigo 4º do Código Civil exigem um grau de análise a respeito do nível de incapacidade gerado pelas hipóteses ali estipuladas. Se a pessoa estiver interditada, não haverá maiores dúvidas, porquanto os limites da incapacidade estarão definidos pelo juiz, na sentença (artigo 1.772 do Código Civil). Todavia, diante da inexistência de interdição, deverá haver uma análise que possa estabelecer os limites da incapacidade natural²⁴ – incapacidade de entender e de querer – gerada, a fim de se estabelecer se há ou não capacidade para o ato

22 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, t. 59, § 5.864.

23 SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado de direito funerário**. São Paulo: Método Editora, 2000, t. I, p.608.

24 GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 171.

específico, isto é, a fim de estabelecer se a pessoa tem ou não condições de entender o ato que está praticando. Tal análise vale no que toca a todos os atos da vida civil, e também ao testamento.

No concernente ao pródigo, entendem alguns que pode ele testar, sob a alegação de que elaborar testamento não se encontra dentre os atos que lhe são vedados (artigo 1.782 do Código Civil),²⁵ o que não parece a melhor solução, uma vez que o testamento é ato de alienação para depois da morte, através do qual alguém dispõe de seus bens para após a sua morte, ultrapassando a margem dos atos de simples administração, encontrando-se, portanto, dentre os atos vedados ao pródigo, e constantes no artigo 1.782 do Código Civil. Permitir ao pródigo testar, seria permitir o que se lhe quer vedar: dilapidar o seu patrimônio, ainda que com eficácia posterior à sua morte.

Qualquer pessoa, enfim, que não tenha pleno discernimento para o ato, que não tenha condições de entender o ato em todo o seu alcance, não poderá testar, por lhe faltar capacidade jurídica para o ato.

É de notar-se que a idade avançada ou enfermidade grave não extirparão da pessoa a sua capacidade testamentária ativa, desde que continue ela no pleno gozo de suas faculdades mentais.

Cumpre assinalar que o parágrafo único do artigo 1.860 do Código Civil confere capacidade testamentária aos maiores de dezesseis anos. Tais pessoas, ordinariamente são consideradas relativamente incapazes, por força do artigo 4º do Código Civil, devendo ser assistidos nos atos da vida civil. Porém, no testamento, têm eles plena capacidade, não havendo necessidade de assistência para o ato.

Importante assinalar, por fim, no que tange a capacidade testamentária ativa, que ela é determinada no momento da realização do testamento. A superveniência de capacidade para quem era incapaz no momento da realização do testamento não valida o ato, da mesma forma que a superveniente incapacidade para quem era capaz, não invalida o ato feito.

Já no que concerne à capacidade testamentária passiva, determina ela a capacidade de ser instituído herdeiro ou legatário em testamento. Em regra, possui capacidade testamentária passiva qualquer pessoa, natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, existente ao tempo da morte do testador (artigo 1.798 do Código Civil). Todavia, embora essa seja a regra, algumas exceções despontam.

25 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Curso Preparatório para Concursos, 2003, p. 54, e MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35 ed. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 129.

Em primeiro lugar, como exceção à regra, surgem algumas situações de pessoas que têm capacidade testamentária passiva sem que, contudo, existam ao tempo da morte do testador. São o nascituro, a prole eventual, a fundação e a pessoa jurídica sem registro.

O nascituro tem seus direitos assegurados desde a concepção (artigo 2º do Código Civil) e, nascendo com vida, será o titular de tais direitos. Assim, se quando da morte do testador estiver concebido o nascituro, seus direitos hereditários estarão assegurados e, havendo o nascimento com vida, receberá a herança ou o legado (artigo 1.798 do Código Civil).

6. O *Leading Case*: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul *versus* João Carlos Ferreira

Um caso bastante ilustrativo da potencialidade de novas reflexões e repercussão do tema do testamento vital é o *leading case* que envolve um pedido de alvará judicial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para suprimento de vontade do idoso João Carlos Ferreira, que tramitou, em grau de apelação, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (autuado sob o número 0223453-79.2013.8.21.7000).²⁶

O pedido se referia à supressão de vontade do idoso (usuário-morador do Hospital Colônia Itapuá e ex-hanseniano) em questão no que se referia à necessidade de amputação do membro inferior esquerdo, em razão da necrose detectada no pé esquerdo, decorrente de uma lesão sofrida.

Segundo a decisão, a necrose já estava acarretando o emagrecimento progressivo, anemia acentuada e, se não fosse realizado o tratamento em referência, a morte se daria em consequência de infecção generalizada.

O julgado noticiava ainda que o idoso não apresentava sinais de demência, mas se encontrava em estado depressivo, razão pela qual manifestava a desistência em relação à vida e enxergava na morte uma forma de alívio do sofrimento.

O juiz singular negou o citado pedido de alvará judicial, pois entendia que o idoso já suportava a doença há muito tempo, além de não verificar nele a perda de sua capacidade civil, de forma que se encontrava no pleno gozo da liberdade para agir e, justamente por esse motivo, não cabia ao Estado a interferência em sua decisão, ainda que o resultado morte pudesse ser concretizado.

Na decisão, firmou-se a distinção entre:

²⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação nº 0223453-79.2013.8.21.7000**. Rel. Des. Irineu Marini. Disponível em <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em 14 mai 2015.

- a) a eutanásia (também conhecida como boa morte, morte apropriada, suicídio assistido, crime caritativo ou morte piedosa), na qual uma pessoa solicita ao médico ou a um terceiro que o mate, com o fito de que sejam eliminados os males de uma moléstia;
- b) a ortotanásia, que “vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar o sofrimento, morte sem prolongar a vida por meios artificiais ou além do que seria o processo natural”²⁷; e
- c) a distanásia (alcunhada também como obstinação terapêutica ou futilidade médica), segundo a qual todos os tratamentos médicos devem ser impostos a um paciente, ainda que estes não surtam qualquer resultado proveito ou implique em sofrimento atroz ao paciente terminal, a qual, ao invés de prolongar a vida do paciente, acaba por alongar o processo de morte.

A aludida Corte entendeu que a demanda representava o caso da ortonásia, a qual seria permitida pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina de número 1.805/2006 e 1995/2012.

Em seu fundamento, a decisão cita até mesmo a Encíclica *Evangelium Vitae*, que foi promulgada, em 1995, pelo Papa João Paulo II. Esse documento condena apenas a eutanásia e a distanásia, razão pela qual a ortonásia seria tolerada pela religião católica.

Ademais, outro fundamento interessante é de que o direito à vida (inscrito na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º) não é absoluto e deve ser lido em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (previsto no artigo 2º, III do mesmo Diploma normativo).

Chega-se, portanto, à conclusão de que a ordem constitucional brasileira assegura o direito à vida e não impõe um dever à vida, razão pela qual foi assegurada indiretamente ao paciente a liberdade de não se submeter ao tratamento que lhe causaria sofrimento de ordem moral.

Reforça, ainda, a decisão a previsão contida no artigo 15 do Código Civil, na qual resta consignado que ninguém deve ser submetido, com risco de vida, à tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

O caso deve ser entendido como paradigmático especificamente porque cita explicitamente a figura do instituto do “testamento vital”, que estaria previsto na Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que necessitaria conjugar os seguintes requisitos: a) decisão antecipada do paciente em relação à fase crítica da moléstia;

²⁷ Idem.

b) paciente em plenas condições de consciência; e c) prevalência da vontade do paciente em determino daquela externada pelos seus familiares e pela sua equipe médica.

7. Conclusões

O testamento vital não se encontra contemplado em nossa legislação, mas como já visto o testamento vital assim como o testamento comum, retira seu fundamento no intitulado direito da personalidade – direito cardeal – e extremamente abrangente – podendo deduzir-se que se encontra uma face da mesma moeda.

No ínterim da Bioética e do Direito ante as atuais concepções jurídicas sobre a proteção da vida e a postura judaico-cristã sobre a qual se erigiu nossa nação, nos leva a questionar sob quais argumentos poríamos erigir a prática socialmente aceita e juridicamente aplicável o futuro instituto do Testamento vital.

É imperativo se ter em mente a construção de um modelo que possa ser utilizado implica no estabelecimento de fundamentos focados na filosofia, na Bioética e nos conflitos judiciais, mas também antes de toda a problemática ensejada no campo das ciências humanas, não há de se ignorar as atuais tempos de ciência e tecnologia capazes de realizar prognósticos seguros que permitam uso do, futuramente implantado, testamento vital, com segurança para toda a sociedade. Não se deve aplicar ao Testamento Biológico um caráter reducionista de “livre escolha” de suportes de apoio vital relacionados à assistência médica, mas sim respaldar e prover informações que esclareçam as possibilidades de escolha em caso de eventos que se instalem num processo de terminalidade.

Desse modo, ainda que não faça parte ainda do direito positivo brasileiro, não podemos considerar impossível que este possa vir a existir dentro de nosso ordenamento. Tampouco se deve entender o testamento vital mero direito alternativo ou insurgente – na acepção de que se privilegia determinado valor para considerar jurídico algum comportamento realizado às testilhas da lei – a despeito da falta de previsão legal, pois, como já anteriormente dito, é um direito que decorre do direito da personalidade que tem fundamentos e garantias constitucionais.

Realmente, a literatura jurídica atinente a testamento vital é extremamente escassa e o tema não tem merecido a devida atenção da comunidade jurídica, apesar da sua inegável atualidade, onde o significativo e veloz avanço da tecnologia, particularmente ligado à medicina, tem proporcionado expressiva postergação da morte – como é notório, hoje em dia são inúmeros os recursos tecnológicos que proporcionam o prolongamento artificial da vida, muitas vezes independentemente da aquiescência do paciente com tal situação que, sem dúvida alguma, além de não gozar a vida, muito provavelmente padece de terríveis sofrimentos, certamente injustificáveis se considerado que, de forma invariável, esse tipo de vida fictícia tem se revelado irreversível.

O testamento vital seria um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal e incapaz de manifestar sua vontade.

Logo, não se confunde testamento vital com o chamado consentimento informado tendo em conta que este “é mais necessário quanto menos urgente é o tratamento e quanto mais experimental, pelo que tem seu campo limitado às situações programadas ou não emergenciais, onde é possível o paciente ou enfermo exteriorizar sua concordância com determinado tratamento. Ao contrário, o testamento vital vai muito além de mera concordância ou consentimento com determinado tratamento (experimental ou não), mas significa verdadeiro ato de disposição ou estabelecimento – praticamente uma ordem – do tipo de procedimento que deverá ser realizado para o caso extremo de enfermidade, incurável ou terminal, que implique manutenção da vida de forma artificial e por período incerto, ainda que não envolva significativa dor ou sofrimento, conferindo outro caráter a relação médico-paciente.

À evidência, o testamento vital encerra importantíssimo ato de vontade, derivado, pois, do direito da personalidade, que exige certos requisitos:

- a) capacidade civil do testador;
- b) materialização através de documento escrito;
- c) objetos ou termos indubiosos e não dúbios;
- d) subscrição de duas testemunhas.

Como testamento que é, o testamento vital obviamente é ato personalíssimo, só pode emanar inexoravelmente, da vontade do testador, unilateral, em que não existe contraparte ou aceitante da manifestação da última vontade e pode ser mudado ou revogado a qualquer tempo.

Entretanto, é imperioso notar que, consoante à legislação penal vigente, ao cumprir as disposições insertas num testamento vital o agente incorrerá em crime. Assim é que, conforme a natureza da atitude ou comportamento do agente, configurar-se-á o crime de homicídio privilegiado por motivo de relevante valor social ou moral (artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal), necessariamente através de ato comissivo, ou crime de auxílio ao suicídio (artigo 122 caput do Código Penal), obrigatoriamente por meio de ato omissivo, considerando que ainda não há, no direito positivo brasileiro, a previsão legal (proibitiva ou permissiva) da controvertida figura da eutanásia, distanásia e ortotanásia.

Notou-se, ainda, diante do *leading case* brasileiro, que há a possibilidade de se admitir o testamento vital em relação à ortotanásia, especialmente quando conjugados os requisitos contidos na Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, quais sejam: a) decisão antecipada do paciente em relação à fase crítica da moléstia; b) paciente

em plenas condições de consciência; e c) prevalência da vontade do paciente em determino daquela externada pelos seus familiares e pela sua equipe médica.

É importante se ter em mente que a vida encontra-se assegurada, no bojo do texto da Constituição da República Federativa do Brasil, como um direito e não como um dever, bem como que a sua leitura e compreensão precisa estar com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Espera-se que o presente artigo possa suscitar novas reflexões em relação à temática envolvida, especialmente para que seja ele bem compreendido e que sejam notadas as suas efetivas possibilidades, inclusive no cenário jurídico brasileiro, onde paira sempre uma nuvem de insegurança em relação à falaciosa percepção de que o direito à vida se repousaria na condição de um direito absoluto e invencível.

8. Referências

- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Curso Preparatório para Concursos, 2003.
- BBC. **A Short History of Important Events**; 2006. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/religion/ethics/euthanasia/overview/livingwills_print.html>. Acesso em: 13 out. 2014.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado**. In: Santos MCCL (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. [2001]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>. Acesso em: 10 out. 2014.
- _____. **Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.
- CALVO, Adriana Carrera SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT, 2001.
- CENTRAL NOTTINGHAMSHIRE HEALTH COMMUNITY. 2005. Disponível em: <<http://www.nimhe.csip.org.uk/silo/files/livingwillspdf.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2014.
- CLICABRASÍLIA.COM.BR. **Morte por greve de fome de doente que pedia eutanásia reabre debate na Itália**. Disponível em: <http://www.clicabrasilia.com.br/portal/noticia_new.php?IdNoticia=3313224/07/2007>. Acesso em: 15 set. 2014.

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRELOS DERECHOS DEL HOMBRE Y LA BIOMEDICINA DE 1997. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF_Conv_197_Trafficking_Spanish.pdf> ou <http://www.bioeticas.net/leg/001.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

CORDEIRO, Maria Celste apud PESSINI, L. **Distanásia. Até quando prolongar a vida?** São Paulo: Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

FERRY, Luc. **Aprender a viver: filosofia para novos tempos**. Trad. Véra Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objectiva, 2007.

FRANÇA, GV. **Comentários ao Código de Ética Médica**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IN VERBIS: **Revista Digital de Justiça e Sociedade**. Portal Verbo Jurídico. [on line] Disponível em: <<http://www.inverbis.net/actualidade/testamento-vital.html>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

JORNAL DO BRASIL. **Morte por greve de fome de doente que pedia eutanásia abre debate**. Agência EFE; 2007. Disponível em:<<http://jbonline.terra.com.br/extra/2007/07/24/e240711824.html>>. Acesso em 20 nov. 2014.

KUTNER apud RIBEIRO, Diaulas Costa. **Suspensão de esforço terapêutico. Cadernos de direito clínico**. Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central. Ano I, número 1, Out. 2005. Brasília.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35 ed. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Suspensão de esforço terapêutico. Cadernos de direito clínico**. Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central. Ano I, número 1, Out. 2005. Brasília.

SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado de direito funerário**. São Paulo: Método Editora, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação nº 0223453-79.2013.8.21.7000**. Rel. Des. Irineu Marini. Disponível em <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em 14 mai 2015.

UNITED KIGNDOM. Acts of the UK Parliament and Explanatory Notes; 2005. Disponível em: <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050009.htm>>. Acesso em: 15 set. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito das Sucessões**, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

TRATAMENTO JURÍDICO DADO AO VAZAMENTO DO PETRÓLEO NO CAMPO DE FRADE. ESTUDO DE CASO: (I) RESPONSABILIDADE CIVIL E A ASSINATURA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

ALEXANDRE RICARDO MACHADO

Professor, Consultor e Advogado em Direito do Petróleo e Gás, Mestre em Direito Ambiental, Doutorando em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos. Bolsista *CAPES*.

EDSON RICARDO SALEME

Professor Doutor, do curso de Mestrado *stricto sensu* da Universidade Católica de Santos. Professor da UNIP e Escola Superior do Ministério Público. Consultor do IBAMA e do MDS.

Resumo

Este artigo discutirá como foram tratados os desdobramentos jurídicos e ambientais ocasionados pelo grande vazamento de petróleo ocorrido no CAMPO DE FRADE (RJ), pela empresa americana CHEVRON Brasil, em face das autoridades nacionais. No texto se discutirão questões relacionadas à responsabilidade civil objetiva e suas teorias diante da extinção de duas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal e de um Termo de Ajustamento de Conduta. Neste estudo se fará uma análise cronológica dos fatos que permearam os dois derramamentos de petróleo e a forma como a empresa CHEVRON Brasil lidou com o incidente, sobretudo após se firmar o referido compromisso entre ela, o Ministério Público Federal (MPF), Agência Nacional de Petróleo (ANP) e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) solucionando as duas ações civis públicas propostas e relacionadas aos incidentes ocorridos no campo de Frade, em 2011 e 2012. O processo também desencadeou aplicação de multas pecuniárias, já recolhidas. No trabalho serão tecidas considerações relacionadas ao incidente e sua “solução” por essa fórmula jurídica e se, diante da gravidade do acidente, as medidas indicadas revelam acerto ou não dos setores competentes.

Palavras-chave

Derrame de Petróleo; Chevron; Campo de Frade; Dano Ambiental.

Abstract

This paper is to discuss how were treated the legal and environmental consequences caused by the large oil spill occurred in the FRADE FIELD, State of Rio de Janeiro, Brazil by the Company CHEVRON Brazil, in the face of brazilian authorities. On the text it will be discussed important decisions taken related to objective liability from the Company due to damages and the theories that have been taken into consideration for the extinction of two public civil actions filed by the Federal Public Ministry by an agreement called “Conduct Adjustment Term”. This study will make a chronological analysis of the facts that occurred on the two oil spills and how the company Chevron Brazil handled the incident, especially after be signed the undertaking between this Company, the Federal Public Ministry (MPF), National Agency Petroleum (ANP) and the Brazilian Institute of Environment and Renewable Natural Resources (IBAMA) solving the two public civil actions and proposals related to incidents in the Frade field in 2011 and 2012. The process also triggered imposition of financial penalties, already collected. On this comments shall be made considerations related to the incident and its “solution” for this legal formula and, given the severity of the accident, the indicated measures show hit or not the sectors involved.

Key words

Case Study; Oil Spill; Chevron; Frade Field; Environmental Damage.

1. Introdução

A incessante atividade de exploração e produção de petróleo e gás em diferentes regiões do mundo, mantém seu avanço nas reservas encontradas no mar, conhecidas como *Offshore*. Atualmente representam a grande maioria das bacias sedimentares mundiais. O Brasil, em face da crescente intensificação de suas atividades de exploração e produção do produto, intensificou a exploração *offshore* após a descoberta do Pré-sal¹ e da aparente dificuldade do judiciário brasileiro, no trato de questões de cunho ambiental relacionadas ao petróleo.

Nesse sentido, de acordo com as informações do Centro Brasileiro de Infraestrutura – CBIE (2015), o Brasil é o país onde a produção marítima é a mais elevada, representando cerca de 95% do total produzido. Com a exploração do Pré-sal este índice se elevará ainda mais, criando novos riscos de acidentes ambientais com petróleo. Isso gera a necessidade de novas discussões sobre o assunto e como será tratado pelo Judiciário brasileiro.

¹ O pré-sal é uma camada de petróleo localizada em grandes profundidades, sob as águas oceânicas, abaixo de uma espessa camada de sal.

Diante desse novo quadro importa efetivar análise mais apurada das questões de cunho jurídico abrangidas nos processos judiciais movidos contra a Empresa Chevron, tanto no âmbito Civil - Ação Civil Pública (MPF, 2012), quanto no âmbito Criminal - Denúncia (MPF, 2015b), visando elevar ainda mais tão importante discussão.

A partir da relevância do tema indaga-se: como a empresa americana CHEVRON, operadora do CAMPO DE FRADE (RJ), tratou os desdobramentos ambientais e jurídicos causados pelo vazamento de petróleo, junto as autoridades brasileiras? Como foi discutida a competência e soberania brasileira para julgamento dos processos, no que se refere ao local do acidente? E qual o papel da Responsabilidade Civil objetiva e suas teorias, com a extinção das duas Ações Civis Públicas propostas pelo Ministério Público Federal diante do Termo de Ajustamento de Conduta?

O objetivo desse estudo consiste em apresentar uma análise cronológica dos fatos que permearam os derramamentos de petróleo e a forma como a empresa americana Chevron lidou com o incidente e com às autoridades brasileiras. Destarte, diante dos danos ambientais, serão analisadas as consequências jurídicas causadas, repercutindo-se em termos de responsabilidade civil e como isso poderia ser solucionado por meio de termo de ajustamento de conduta.

Para tanto, será apresentada uma abordagem sobre as irregularidades praticadas pela Empresa Chevron constatadas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, que desencadearam na aplicação de multas pecuniárias, já devidamente recolhidas².

A metodologia³empregada baseou-se no estudo de caso, pesquisa bibliográfica de meios impressos e eletrônicos, do inquérito, da ação civil pública, do TAC, do relatório do acidente emitido pela ANP, além dos processos decisórios de grande relevância nacional.

2. Descrição do Fenômeno: O Caso Chevron no Campo de Frade

A Chevron é uma das maiores empresas de energia do mundo, com subsidiárias em diversos países. Suas afiliadas estão presentes no Brasil desde 1915, com a comercialização de produtos derivados de petróleo com a marca Texaco, que se firmou no país como uma das maiores distribuidoras de combustíveis.

2 A Chevron Brasil já quitou todas as multas aplicadas pelo IBAMA no total de R\$ 54.000.000,00, tendo recolhido R\$ 42.857.010,00, com o desconto de 30% previsto no “caput” do art. 4º, da Lei n.º 8.005, de 1990, assim como já quitou todas as multas aplicadas pela ANP relativas ao primeiro incidente no total de R\$ 36.650.000,00, tendo recolhido R\$ 25.592.000,00 com o desconto de 30% previsto no art. 4º, §3º, da Lei n.º 9.847, de 1999.

3 Utilizou-se como base metodológica para o desenvolvimento da pesquisa, o modelo de estudo de caso sistematizado bibliográfico, proposto por Marcelo Lamy (2011).

Em 1997, a empresa instalou seu escritório de exploração e produção de petróleo no Rio de Janeiro, seguindo a decisão do governo brasileiro de abrir o setor a investimentos privados. Hoje, a Chevron Brasil Ltda. tem participação em três projetos de exploração em águas profundas no Brasil: 51,74% no Campo de Frade, onde opera desde 2009; 37,5% em Papa-Terra (não operadora) e 30% em Maromba (não operadora) – todos na Bacia de Campos (ANP, 2007).

O Campo de Frade, localiza-se na Bacia de Campos, Estado do Rio de Janeiro, confrontando-se a leste com o Campo de Roncador, sob concessão da Petrobras. A distância até o litoral do Município de Campos dos Goytacazes é de aproximadamente 113 km. A lámina d'água⁴ é em torno de 1.100 metros e a área atual do campo é de 154 km, dentro do território marítimo brasileiro, mais precisamente dentro da Zona Econômica Exclusiva Brasileira.

Descoberto em dezembro de 1986, pela Petrobrás, e declarado comercial pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), em 1998. O desenvolvimento da área de Frade é atualmente realizado por um consórcio de empresas formado pela Petrobras E&P, que detém 30% de participação, pela Frade Japão Petróleo Ltda., com 18,3% e pela Chevron Brasil Ltda., com 51,7%, que opera o campo em nome de suas parceiras, através do Contrato de Concessão 48000.0038969720 (ANP, 2007).

A atividade de produção do campo envolve o FPSO Frade⁵ (*Floating Production, Storage and Offloading*) está regularmente licenciada pelo IBAMA, por meio da licença de operação nº 845/2009 (MMA, 2012).

O incidente, iniciado no dia 07 de novembro de 2011, com um “kick”⁶ durante a perfuração pela Unidade Marítima de Perfuração Transocean SEDCO 706, do poço MUP1-P-ST2-N545D (9FR50DPRJS) no campo de Frade, resultou em vazamento de óleo a partir de fissuras no leito marinho (ANP, 2012).

Vale lembrar que a empresa assumiu um risco ao explorar petróleo em alto mar. Este somente tornou-se viável em face aos avanços da tecnologia de perfuração petrolífera. Porém, mesmo em condições críticas, decidiu explorar. No caso vertente, a resistência das paredes da própria rocha que compunha o poço não se manteve incólume. A empresa não foi capaz de interpretar corretamente a geologia e a fluidodinâmica do local, apesar de já haver perfurado 62 poços no Campo de Frade, ocasionando o “kick”, evento iniciador que culminou com a exsudação do óleo para o mar (ANP, 2012).

⁴ Profundidade vertical entre o leito oceânico e a superfície do mar.

⁵ Unidade Flutuante de Produção, Armazenamento e Transferência é um tipo de navio utilizado pela indústria petrolífera para a exploração (produção), armazenamento petróleo e/ou gás natural e escoamento da produção.

⁶ “Kick” é quando entram fluidos no poço, não necessariamente chegando à superfície, mas acarretando risco.

Destaca-se ainda que o Estudo de Impacto Ambiental – EIA, obtido pela própria Chevron, especificava como estratégia de gerenciamento de risco a identificação de perigos e avaliação de implementação de medidas de controle específicas ao Projeto do Campo de Frade. Isso permitiria, em tese, que os riscos fossem conhecidos, mensurados, mitigados e reduzidos ao mínimo (IBAMA, 2006).

Conforme relatório final do incidente realizado pela ANP (2012), o acidente poderia ter sido evitado, caso a empresa tivesse conduzido suas operações em plena aderência à regulamentação, em conformidade com as boas práticas da indústria do petróleo e com seu próprio manual de procedimentos, onde a empresa não foi capaz de interpretar corretamente a geologia e a fluidodinâmica local.

2.1. O Primeiro Vazamento

Em 7 de novembro de 2011, a equipe da plataforma submersível SEDCO 706, de propriedade da empresa Transocean Brasil Ltda., identificou a ocorrência de *kick* de óleo no poço MUP1, que estava sendo perfurado no Campo de Frade pela concessionária Chevron Brasil Upstream Frade Ltda. O equipamento de segurança BOP - *Blowout Preventer*⁷ foi acionado visando o fechamento do poço, o qual, como veremos adiante, não foi totalmente fechado por ineficiência da Chevron. A partir daí foi iniciado o procedimento de circulação do fluido invasor⁸ (ANP, 2012).

No dia 08 de novembro de 2011, a PETROBRÁS comunicou a presença de mancha de óleo⁹ localizada entre os Campos de Frade e Roncador. Iniciada busca para identificação de um possível ponto de derramamento com utilização de ROV - *Remotely Operated Vehicle*¹⁰, foram localizadas sete fissuras, a maior medindo cerca de 300 metros de extensão (ANP, 2012).

Em 9 de novembro de 2011, a Chevron comunicou oficialmente o acidente no Campo de Frade e informou o início dos procedimentos previstos no Plano de Emergência Individual, previsto na Resolução CONAMA nº 398, de 2008 (ANP, 2012; CONAMA, 2008).

A ANP e o IBAMA, a partir do dia 10 de novembro de 2011, passara a acompanhar o acidente no próprio Centro de Comando da concessionária Chevron. Ocasião em que se deliberou, em reunião, o abandono do poço fissurado.

⁷ BOP é um conjunto de válvulas de segurança usada para selar, controlar e monitorar os poços de P&G.

⁸ Elevação do peso da lama para conter a pressão e realizar a sua cimentação.

⁹ O petróleo vazou por meio do poço que estava sendo perfurado, migrou para as rochas por meio de fissuras nas paredes do poço e aflorou no fundo do mar, atingindo a superfície da água e formando as grandes manchas - óleo.

¹⁰ ROV - *Remotely Operated Vehicle* - sigla em inglês para veículo operado remotamente.

No dia 12 de novembro de 2011, o IBAMA conseguiu realizar o sobrevoo na área afetada com comparação com imagens RADARSAT¹¹, tendo a empresa estimado que a área afetada pela mancha de óleo estava em torno de 120 km² e o volume de óleo no mar estava entre 64 e 104 m³, o equivalente a cerca de 440 a 720 barris de petróleo. Essas informações foram consideradas compatíveis com as imagens de satélite, a partir de interpretação dada por especialistas da Marinha (PORTAL BRASIL, 2012).

Em 14 de novembro de 2011, a empresa estimou que a área da mancha já estava em 163 km², derivando na direção Sul-Sudeste, ou seja, se afastando da costa. Já o volume de óleo foi estimado entre 83 e 140 m³ (570 a 970 barris), inferido a partir de imagens de satélite. A interpretação dos dados que resultou na quantificação da área afetada foi, novamente, corroborada pela Marinha do Brasil.

No dia 15 de novembro de 2011, a ANP detectou, em ação fiscalizatória, que os equipamentos necessários ao fiel cumprimento do plano (devidamente aprovado) de abandono de poço, não se encontravam na posse da concessionária Chevron (ANP, 2012; IBAMA, 2014).

Ressalte-se, aqui, que a empresa Halliburton, contratada pela Chevron para realizar a elevação do peso da lama para conter a pressão do poço e realizar a sua cimentação, não conseguiu deter o derramamento de óleo no mar, piorando a situação. A ANP calculou um derramamento médio de 200 a 300 barris por dia, no período de 08/11 a 15/11, tendo vazado na média aproximadamente 3.000 (três mil) barris de petróleo (ANP, 2012).

O IBAMA, em 21 de novembro de 2011, autuou a empresa Chevron para pagamento da multa administrativa de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), com base nos artigos 70 e 72, inciso II, da Lei Federal nº 9.605, de 1998, artigo 17 da Lei Federal nº 9.966, de 2000 e artigo 36 do Decreto Federal nº 4.136, de 2002, por ter a referida empresa “dado causa a descarga (derramamento) de petróleo na plataforma SEDCO 706, durante perfuração do poço MUP1, no Campo de Frade, na Bacia de Campos” (IBAMA, 2012).

A ANP, a seu turno, instaurou processos administrativos para investigação das causas do acidente e das infrações cometidas pela demandada Chevron. A concessionária, nesse contexto, foi autuada duas vezes, além da autuação do IBAMA. Primeiro, por descumprir o plano de abandono do poço, já que não dispunha dos equipamentos necessários à execução do plano que ela mesma havia submetido à Agência Nacional de Petróleo. Segundo, por omitir informações ao órgão regulador, ao entregar imagens editadas das filmagens feitas por veículo remoto nos pontos de derramamento.

Além disso, a Chevron teve suspensas suas atividades de perfuração no Brasil. A medida não alcança as atividades necessárias ao abandono definitivo do poço que deu origem ao derramamento nem restauração das suas condições de segurança. A decisão baseou-se nas

11 Satélite de observação da Terra, controlado pelo Canadá.

análises e observações técnicas da Agência, que verificaram negligência da concessionária na apuração de dado fundamental para a perfuração de poços e na elaboração e execução de cronograma de abandono, além de falta de maior atenção às melhores práticas da indústria.

A ANP também rejeitou, naquela oportunidade, o pedido da companhia para perfurar um novo poço em Frade em direção à camada do Pré-sal em razão dos riscos de natureza semelhante agravados pela maior profundidade.

2.2. *O Segundo Vazamento*

Em 15 de março de 2012, a ANP (2012, p.1-2) informou, em nota oficial, “que foi registrado um novo vazamento de petróleo na mesma região onde a petroleira americana Chevron já tinha um derramamento, no Campo de Frade, na Bacia de Campos (RJ), em novembro do ano passado”. Ressalte-se, por oportuno e necessário, que na referida nota oficial emitida pela ANP, consta que “a Chevron foi autuada novamente por não ter atendido notificação da ANP para apresentar medidas necessárias que evitassem novas exsudações na área onde vazou petróleo do Campo de Frade”.

Os técnicos da ANP constataram, por meio de filmagens submarinas, cinco pontos ao longo de uma fissura de 800 metros no solo marinho, na concessão do Frade, de onde se observava o aparecimento de gotículas de óleo, em uma vazão reduzida.

Vale considerar, ainda, que através de a nota oficial, divulgada em 20 de março de 2012, a ANP (2012, p.3) informou que “foram identificados, na última semana (compreendida entre 12 e 18 de março) novos pontos de vazamento de óleo no solo marinho, na concessão de Frade”, de onde não é preciso raciocínio elaborado para concluir que restou provado que o acidente que ocasionou o primeiro vazamento resultou em danos mais sérios e ainda de extensão não mensurada ou totalmente conhecida, mas, com certeza, grave.”

Assim, no dia 15 de março de 2012, um novo derramamento ocorreu no Campo de Frade. Esta vez outra fratura marítima que ultrapassou 800 metros gerou o desastre. Esta nova ocorrência, visceralmente associada às condições adversas criadas pelo primeiro acidente, além de agravar, sobremodo, as nefastas consequências ambientais já relatadas, implicaram no aumento dos danos causados à rocha reservatório na sua condição de patrimônio da União.

3. **Jurisdição para Julgamento e Processo**

No estudo em questão há de se afirmar que a jazida de petróleo¹² consistente no Campo de Frade e levando em consideração todos os poços perfurados é de propriedade

¹² O sistema geológico de um campo de petróleo é composto pelas rochas reservatório, rochas geradoras e rochas selantes. Fala-se em sistema porque se não houver sincronismo geológico na formação destes

da União, nos termos da Constituição Federal, mais especificamente em seus incisos V e IX, do artigo 20¹³.

O Estado Brasileiro, sob a dimensão internacional, é o proprietário das jazidas de petróleo situadas no subsolo marinho compreendido dentro dos 370 km – 200 milhas náuticas – contados da linha base do litoral brasileiro. Na condição jurídica de proprietário das jazidas de petróleo, é que o Estado Brasileiro possui o inarredável e inalienável direito de tomar todas as medidas jurídicas, judiciais, jurisdicionais e legislativas no escopo de proteger não só os bens objeto da predita propriedade como o próprio exercício deste direito (BRASIL, 1993; MARTINS, 2015).

Nesse sentido, o território nacional é constituído pelos seguintes elementos: parte continental, parte marítima, sendo que esta última, também conhecida por águas territoriais ou águas jurisdicionais, as quais abrange o Mar Territorial, a Zona Econômica Exclusiva e a Plataforma Continental¹⁴.

Sabe-se que o derramamento de óleo ocorreu na Zona Econômica Exclusiva brasileira, ou seja, dentro da área abrangida pelo território marítimo brasileiro sobre a qual o Estado costeiro exerce jurisdição relativa à exploração, aproveitamento, conservação e gestão de recursos naturais vivos ou mortos. O limite da ZEE foi estabelecido em 1982, pela Convenção das Nações Unidas sobre direitos do mar, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 5, de 1987, e posta em vigor em junho de 1995, mediante o decreto nº 1.530 (BRASIL, 1995; BRASIL, 1987).

Assim, verifica-se que, a gestão, uso e exploração dos oceanos e mares é matéria eminentemente de Direito Internacional, razão pela qual sua regulamentação jurídica deu-se por Convenção Internacional.

Inobstante as inúmeras tentativas da empresa Chevron levar o caso para a jurisdição internacional, manteve-se inarredável a competência para processo e julgamento do

três tipos de rochas o local não será um *optimum* para a produção de petróleo. Pela conjunção de fatores naturais, o petróleo migra das rochas geradoras para as reservatórios, onde fica retido. Entre as rochas reservatório e o leito oceânico existe a rocha selante, pois do contrário, o hidrocarboneto vazaria naturalmente para o leito do oceano, atingindo a lamina d'água correspondente. O conceito de produção é extremamente importante, pois o petróleo ainda não produzido (incrustado na rocha) é, precisamente, o que forma o patrimônio nacional sob propriedade e administração da União Federal *ex vi constitutiones*. O petróleo no poço ou dentro dos tanques de armazenamento no navio sonda ou em navios auxiliares é de propriedade da concessionária *ex vi contractus*.

13 Art. 20. São bens da União: [...] V - Os recursos naturais da plataforma continental e da *zona econômica exclusiva*; IX - Os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

14 O território marítimo brasileiro abrange as zonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional, nomeadamente, as águas interiores, o mar territorial (MT), a zona contígua (ZC), a zona econômica exclusiva (ZEE) e a plataforma continental (PC). A CNUDM III - Conferência da ONU sobre o Direito do Mar - estabeleceu limites dos espaços marítimos, estipulando 12 milhas para o Mar Territorial, 188 milhas de Zona Econômica Exclusiva, delimitando ainda a Plataforma Continental e a Zona Contígua (24 milhas).

incidente em questão ser da Justiça Federal, conforme estabelece o artigo 109, inciso III da CF, de 1988¹⁵, que afirma serem as causas fundadas em tratados ou contratos firmados entre a união e estado estrangeiro ou organismo internacional, da competência da justiça federal. Assim, a Convenção do Direito sobre o Mar amolda-se à espécie normativa exigida no inciso mencionado, vez que se trata de compromisso jurídico de Direito Internacional firmado entre a União (Brasil) e um Organismo Internacional, qual seja a organização das Nações Unidas (ONU).

Apenas a título de argumentação, não fossem os conceitos estabelecidos pela Convenção Internacional de Mar Territorial, Zona Econômica Exclusiva e Plataforma Continental com todas as suas implicações jurídicas e fáticas, o acidente envolvendo a empresa Chevron está, *in statu assertioni*, fundada em tratado internacional. Este elemento é fundamental para se determinar a competência da Justiça Federal, o que de fato se consumou, pois, ambas as ações civis públicas ali tramitaram.

4. Analise dos Danos Ambientais e sua Extensão no Processo

Os mares e os oceanos são fontes abundantes de recursos biológicos e naturais comparáveis ou até mesmo superiores às florestas tropicais – razão pela qual o território marítimo brasileiro é denominado “Amazônia Azul”¹⁶ – e são essenciais para determinar o clima da Terra, sendo também responsáveis pela constante reciclagem de produtos químicos, nutrientes e água. Não bastasse isso, são fontes importantíssimas de alimentos e emprego, além de se constituírem em vias naturais de comunicação, transporte e comércio (MARTINS, 2015).

Os derramamentos provenientes de dutos e navios, oriundos de um acidente ou durante operações rotineiras como carga e descarga, são menos frequentes, porém recebem maior apelo para seu combate, dada a grande visibilidade e consequências trágicas que a poluição aguda pode provocar sobre os ecossistemas atingidos.

15 Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - As causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto [...];

16 A área oceânica brasileira é chamada de Amazônia Azul porque é quase tão grande quanto a floresta amazônica, que cobre boa parte do nosso país. São 4.489.919 km² de área, formada por mais de três milhões de km² de Zona Econômica Exclusiva (ZEE) e mais 950 mil km² de plataforma continental. Juntos, esses espaços marítimos correspondem a 52% do tamanho das terras continentais. A porção de mar correspondente a Amazônia Azul foi declarada território brasileiro em 1982, na Convenção das Nações Unidas sobre os direitos do mar (CNUDM) e ratificada pelo Brasil, apesar de nem todos os países terem assinado a convenção ainda – o que não diminui a importância dessa área para o país. A área poderá ser ampliada para 4,4 milhões de quilômetros quadrados em face da reivindicação brasileira perante a Comissão de Limites das Nações Unidas. É proposto prolongar a plataforma continental do Brasil em 900 mil quilômetros quadrados de solo e subsolo marinhos, que o país poderá explorar.

Analisar os riscos envolvidos é uma das estratégias técnicas mais utilizadas para avaliar os impactos ambientais que um empreendimento como a prospecção e extração de petróleo em águas marítimas profundas pode causar, como consequência de acidentes. Constatar tais riscos consiste em usar um conjunto de técnicas ou métodos aplicados a uma atividade proposta ou existente com o objetivo de se identificar e avaliar o risco à própria empresa, à população vizinha ou ao meio ambiente, gerado pela atividade em questão, em termos de frequência e consequências, e propor medidas de redução da vulnerabilidade com critérios de aceitação previamente estabelecidos (LEITE, 2012).

De acordo com o Estudo de Impacto Ambiental - EIA II, apresentado pela Chevron a empresa realizou ao longo de 2005 e no primeiro semestre de 2006 investigações geotécnicas e da fauna bentônica no local de instalação da unidade FPSO e de todos os equipamentos do sistema submarino, e ao longo da rota inicialmente planejada para instalação do gasoduto de ligação da FPSO ao ponto de conexão com o gasoduto de Roncador. Estas investigações tiveram objetivo de averiguar as condições do assoalho marinho, mitigando riscos de instabilidade geológica e, consequentemente, assegurar que a ancoragem da FPSO e dos equipamentos ocorram de forma segura, evitando riscos com os equipamentos assentados no solo marinho (IBAMA, 2007).

O dano causado era previsível e até previsto, em função da incapacidade da empresa de conter um muito provável derramamento. Isso devido à mobilização de recursos humanos e materiais a serviço da empresa era insuficiente, desde o início das operações, sobretudo em face de contingências previsíveis como a que acarretou o desastre no Campo de Frade.

Sob este aspecto, a empresa não pode alegar que desconhecia os riscos de sua atividade e nem afirmar, como afiançou o seu representante para a América Latina e África, Alki Moshiri (DPF, 2011, p.1), que a “mãe natureza é complicada” e culpar a complexa geologia do Campo de Frade, por ela bem conhecida desde o início de 2009.

De acordo com o Relatório Final da ANP (2012), o erro de interpretação da geologia e da fluidodinâmica do reservatório por parte da Chevron, principalmente no que se refere aos efeitos da injeção de água por ela realizada no Campo de Frade, levou a uma estimativa incorreta no modelo de pressão do reservatório N560 na região onde ocorreu o *kick*. A pressão equivocadamente prevista pela empresa era de 3.700psi (9,4ppg), enquanto, segundo os cálculos da ANP, situava-se entre 4.003psi (10,16ppg) e 4.176psi (10,6ppg).

Neste contexto de equívocos praticados pela Chevron, o Professor David Man Wai Zee (DPF, 2011, p.2), consignou que “a vistoria da área demonstrou que uma extensa mancha de óleo foi espalhada pelas ondas e pelos ventos em função de sua forma alongada e estriada. Em outros locais, a mancha apresentava, em alguns pontos, formato elíptico indicando assim uma reduzida taxa de dispersão”. Observe-se que este detalhe garantiria

um trabalho de coleta do óleo derramado (logo deixado de lado pela Chevron), em vez de espalhá-lo, o que diminuiria em muito os danos ambientais.

Restou, constatado, também, por David Zee (DPF, 2011, p.3), que "...a extensão do espalhamento da mancha de óleo foi devido à falta de capacidade de detecção rápida do vazamento do óleo no leito marinho, decorrente da perfuração do poço e piora das condições de espalhamento e por conseguinte alastramento dos impactos ambientais ao dispersar o óleo mecanicamente".

E ainda, corroborando a ausência de ações preventivas, por parte da Chevron, na minimização dos danos ambientais, Fernando Augusto Galheigo (DPF, 2011, p.5) concluiu que "a dispersão superficial do óleo observada no Campo de Frade está diretamente relacionada com o volume total de óleo vazado, e este por sua vez apresenta relação direta com o descontrole da situação que ocasionou seu lançamento no mar". Desta maneira, considerando que o vazamento foi detectado inicialmente no dia 8 de novembro e até a data do sobrevoo (12/11) o poço não havia sido controlado, "é possível afirmar que a extensão da mancha observada na superfície do mar é sim decorrente da ausência de controle imediato da situação" (DPF, 2011, p.6)¹⁷.

Aqui cabe uma ressalva, o Ministério Públíco Federal - MPF ofereceu denúncia contra as Empresas Chevron, Transocean, e mais dezessete pessoas físicas.

Na denúncia criminal referida segundo o MPF (2012, p. 12), o dano ambiental estaria demonstrado nos laudos elaborados por David Man Wai Zee e Fernando Augusto Galheigo, bem como nos estudos elaborados pelo IBAMA em conjunto com a Marinha do Brasil, ANP e do próprio estudo de impacto ambiental apresentado pela Chevron. Entretanto, de acordo com o Juiz Federal Marcelo Luzio Marques Araújo em sua sentença, a denúncia esbarrou em um obstáculo invencível: "a não realização do fato descrito como crime". A poluição causada pelo vazamento do óleo não chegou a ponto de concretizar os eventos danosos elencados pelo art. 54, caput, da Lei n. 9.605, de 1998 (BRASIL, 2012, p. 22; BRASIL, 1998).

Assim, segundo as palavras do Juiz Federal na sentença, os pareceres dos peritos nomeados *ad hoc* pelo Delegado de Polícia Federal Fábio Scliar, "pecam pela precariedade da análise técnica. São especulações, como já se disse, firmadas apenas pela visão proporcionada pelo sobrevoo na área oceânica, atingida pelo óleo vazado para o mar, e por

¹⁷ Peritos nomeados *ad hoc* pelo Delegado de Polícia Federal Fábio Scliar. Professor Doutor David Man Wai Zee, da Faculdade de Oceanografia da UERJ e o Oceanógrafo e Analista Ambiental Fernando Augusto Galheigo, onde suas conclusões foram citadas na Denúncia que tramita junto a Justiça Federal - 10^a Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, Processo nº 0490545-96.2011.4.02.5101 (2011.51.01.490545-7), tendo como réu a Chevron Brasil Petróleo Ltda e mais dezessete pessoas físicas, dentre gestoras, empregados e colaboradores das pessoas jurídicas.

estudos teóricos acerca dos efeitos da poluição por petróleo no meio ambiente feitos antes do acidente e sem relação com ele” (BRASIL, 2012, p. 23).

Ainda nas palavras do Juiz Federal: “Por outro lado, os autos deste processo contam com o Laudo Técnico que o Núcleo de Criminalística da Polícia Federal incumbiu aos Peritos Criminais para dar respostas às questões suscitadas pelo Delegado de Polícia Federal Fábio Sciar, que, desta vez, foi municiado de informações realmente precisas acerca das repercussões do incidente sobre meio ambiente” (BRASIL, 2012, p. 24).

E o Juiz Federal conclui em sua decisão: “Em resumo, pode-se afirmar, com carradas de certeza, que a magnitude do vazamento de óleo não foi capaz, certamente por ter ocorrido em alto mar, de causar poluição ambiental penalmente relevante (...) Conclusão: falta, assim, a prova da materialidade indispensável para a aceitação da Denúncia. Também por esse motivo, é de ser rejeitada a acusação por conta de uma suposta, mas não existente, poluição ambiental penalmente relevante” (BRASIL, 2012, p. 27).

O MPF recorreu da decisão, que foi distribuída para 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª região, tendo como relator o Juiz Federal convocado Marcello Ferreira de Souza Granado. O julgamento do recurso, marcado para 14 de agosto de 2013, foi adiado em virtude do pedido de vista do Desembargador Paulo Espírito Santo. Ainda não há data para a retomada do julgamento.

5. Responsabilidade Civil e suas Teorias

A responsabilidade civil é um instituto altamente dinâmico e flexível, que vive em mudanças constantes, sempre se transformando para atender às necessidades sociais que surgem.

A tendência na sociedade, nos últimos anos, está no sentido de não deixar nenhuma vítima de dano sem reparação. Isso reflete diretamente no instituto da responsabilidade civil, uma vez que tem proporcionado um fenômeno de expansão dos danos suscetíveis de indenização.

A ideia de responsabilidade civil está relacionada diretamente ao conceito de não prejudicar outro. A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

Segundo Rui Stoco (2013, p.114) “a noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos”. Da mesma forma completa “essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado”.

Em seu sentido etimológico e também no sentido jurídico, a responsabilidade civil está atrelada a ideia de contraprestação, encargo e obrigação. Entretanto é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 3).

Frise-se que a Responsabilidade Civil tem como prioridade, ainda nos tempos hodiernos, o princípio romano denominado *restitutio in integrum* (princípio da restituição integral). Tal premissa, aliás, antecipe-se, justifica o contido no art. 944, do Código Civil¹⁸ brasileiro (BRASIL, 2002).

A responsabilidade civil costuma ser classificada pela doutrina em razão da culpa e quanto a natureza jurídica da norma violada. Quanto ao primeiro critério a responsabilidade é dividida em objetiva e subjetiva. Em razão do segundo critério ela pode ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual (VENOSA, 2015).

Tendo em vista o tema tratado no presente estudo, no que se refere a responsabilidade da empresa Chevron pelo vazamento estimado pela ANP em 3,7 mil barris de óleo em novembro de 2011, e em março de 2012, quando ocorreram novos vazamento no Campo de Frade, daremos enfoque apenas na teoria sobre a Responsabilidade Civil Objetiva, abarcada pelo direito ambiental (PASSOS DE FREITAS, 2012), visando pontuar a problemática jurídica causada pelo incidente ambiental.

5.1. Teoria Objetiva ou Teoria do Risco

Conforme a melhor doutrina, há de se confirmar que toda manifestação da atividade do homem traz em si a responsabilidade civil diante da coletividade existente.

Inicialmente surge a noção de culpa (LIMA, 1998), que, com o tempo sofreu constantes modificações na sua aplicação, ao passo que a jurisprudência, atendendo as necessidades prementes da vida social, ampliou o seu conceito, até chegar o momento das noções de risco e a garantia ganhar força para substituí-la¹⁹.

Nesse contexto, surge a responsabilidade objetiva, também chamada de responsabilidade pelo risco, que descartava a existência de culpa, sustentando para possível reparação apenas o nexo causal.

Segundo Venosa (2015, p. 36), “sob esse prisma, quem, com sua atividade, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício”.

18 Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

19 Segundo Lima: “Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara...”

Para o professor Paulo Alonso (2000, p.12) salienta que “a objetivação da responsabilidade civil, que tem como princípio a ideia de que todo risco deve ser garantido, desvinculou a obrigação de reparação do dano sofrido da ideia de culpa, baseando-se no risco, ante a dificuldade de obtenção da sua prova, pelo lesado, para obter a reparação”.

Em relação as situações dos empreendedores de responderem pelos riscos e desvantagens, existem posicionamentos diferentes, sustentando uns, o risco proveito pela existência do lucro, e outros o risco criado, oriundo da atividade criadora do risco (ALONSO, 2000; PASSOS DE FREITAS, 2012).

No que se refere atividades de exploração de petróleo, há de se afirmar que a Constituição Federal de 1988 garante a livre iniciativa para a exploração da atividade econômica, em harmonização com uma série de princípios (art. 170)²⁰, onde uma das características principais da atividade econômica, reiterando, é a criação de riscos. Assim, do ponto de vista do dever de indenizar, a responsabilidade civil da Empresa Chevron é objetiva, oriunda do risco integral da atividade econômica exercida (PADILHA, 2010, PASSOS DE FREITAS, 2012).

O art. 225, §2º da CF, de 1988 impõe àquele que explore recursos minerais a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, não condicionando essa obrigação à apuração de culpa. Aduz, ainda o art. 225, §3º, que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (MACHADO, 2015; MILARÈ, 2015; PADILHA, 2010).

Assim, 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 atividade²¹.

Pela teoria do risco da atividade, seu mero exercício envolve responsabilidade. Acolhendo essa teoria, o Código Civil de 2002 dispõe que “haverá 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 outrem²².

20 Art. 170. [...] : I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

21 Lei nº 6.938, art. 14, §1º.

22 CC, de 2002, art. 927, parágrafo único.

Com o fito de ampliar a discussão, é oportuno frisar, entretanto, que existe forte divergência na doutrina jus ambientalista a respeito da aplicação das teorias que fundamentam e dão extensão à responsabilização objetiva do infrator em matéria ambiental.

Segundo Annelise Monteiro Steigleder (2010, p.325), “...de um lado a teoria do risco integral, mediante a qual todo e qualquer risco conexo ao empreendimento deverá ser integralmente internalizado pelo processo produtivo; e, de outro, a teoria do risco criado, a qual 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”.

Nesse passo, tem-se que na sistemática do risco integral, a responsabilidade objetiva do ofensor pelo dano ambiental pressupõe o simples exercício de uma atividade empresarial que acarrete riscos de prejuízos ao meio ambiente, independentemente de essa atividade ser ou não considerada perigosa.

Ao justificar o posicionamento, Steigleder (2010, p. 332) anota que “imputar a responsabilização civil apenas àquele que exerce atividade “perigosa” redundaria numa “interpretação” incompatível “com o objetivo posto na Constituição de proteger o meio ambiente e combater a poluição em todas as suas formas”.

Corroborando com esse entendimento, tem-se da mesma forma Paulo Afonso Leme Machado (2015), Edis Milaré (2015), Gilberto Passos de Freitas e Wladimir Passos de Freitas (2012).

Assim, no contexto da Responsabilidade Civil Objetiva da Chevron, “mitigada” com a assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta, que implicou em “medidas preventivas e de precaução, previstas e estabelecidas pela ANP e pelo IBAMA” a CHEVRON BRASIL se “obrigou” a prover, nos termos do Compromisso, a título de compensação socioambiental, de que natureza for, o montante de R\$ 95.160.000,00 (noventa e cinco milhões, cento e sessenta mil reais) (MPF, 2013). Não podemos deixar de questionar, a eficácia na questão da aplicação de medidas de cunho “pecuniário” ainda que a título de apresentação de projetos com cunho de compensação ambiental, ser a medida mais eficiente para inibir práticas lesivas ao meio ambiente.

5.2. *Termo de Ajustamento de Conduta - TAC*

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) surgiu no ordenamento jurídico como um meio alternativo de resolução de conflitos no âmbito dos direitos coletivos, ao estabelecer a possibilidade de efetivação extrajudicial da tutela de referidos direitos, entre eles o ambiental, o que, além de contribuir para desafogar a máquina judiciária, evita a demanda de tempo em submeter a questão ao aparelho judiciário.

Delineado na ordem jurídica pátria fundamentalmente pelo parágrafo 6º do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/1985), o TAC pode ser conceituado, nos dizeres de Geisa de Assis Rodrigues (2002, p.297), como “...uma forma de solução extrajudicial de conflitos promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial”.

O compromisso de ajustamento de conduta é um instrumento utilizado como forma de solucionar os problemas resultantes de práticas ilícitas, neste caso o dano Ambiental, evitando que o Poder Judiciário tenha de intervir sempre que ocorrerem degradações (MILARÈ, 2006).

Constatado o dano ambiental, e surgindo a possibilidade de seu causador pretender reparar o dano, ou, ainda, ajustar-se de modo a evitar a sua ocorrência ou a sua persistência, a solução consensual é forma de se evitar a propositura de medida judicial.

No tocante à natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta, podem-se agrupar as posições doutrinárias sobre o tema basicamente nas que enquadram o compromisso de ajustamento como transação bilateral, outra como acordo em sentido estrito e a que concebe o instrumento como ato administrativo (VIÉGAS, PINTO & GARZON, 2014).

De acordo com Rodrigo Fernandes (2008, p.56-78), após discorrer extensivamente sobre as correntes de pensamento existentes em torno dessa modalidade de compromisso, conclui que o ajustamento de conduta “responde satisfatoriamente à natureza jurídica de contrato administrativo típico, resultando na avença consensual, geralmente preventiva de litígio na qual a administração buscará a reparação do bem ambiental lesado”.

Em posicionamento contrário está Milaré (2006, p.11-12), o qual considera o compromisso de ajustamento de conduta como um mecanismo de solução pacífica de conflitos, com natureza jurídica de transação, pois estabelece certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado e inclui a adoção de medidas destinadas à proteção do interesse difuso atingido.

Denota-se que o compromisso de ajustamento de conduta é uma garantia mínima em benefício da coletividade, o qual busca proporcionar um ambiente de negociação, visando trazer melhores resultados na conciliação entre o meio ambiente e o desenvolvimento.

Em que pese os órgãos legitimados a tomar o compromisso de ajustamento poder dispor do conteúdo processual do termo, como, por exemplo, a estipulação de prazos para cumprimento, não detêm disponibilidade sobre o direito material, haja vista que o meio ambiente pertence à coletividade como um bem jurídico indisponível (REALE, 2007, p. 302)²³.

23 Por interesses individuais e sociais indisponíveis se entendem aqueles que, por sua natureza essencial ao valor e à sobrevivência da pessoa humana ou da coletividade, não poderão ser objeto de renúncia, de troca ou de cessão a terceiros, ou quando a lei lhes conferir essa qualidade.

Já Hugo Nigro Mazzili (2015a, p.104-105), por sua vez, entende que o compromisso de ajustamento de conduta não tem natureza contratual, pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição, não podendo ser considerado transação própria, haja vista que a transação importa poder de disponibilidade, e os órgãos públicos legitimados a tomar o compromisso possuem apenas disponibilidade do conteúdo processual da lide, mas não detêm disponibilidade sobre o próprio direito material controvertido. Assim, o compromisso de ajustamento de conduta “é um ato administrativo negocial (negócio jurídico de direito público), que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular causador do dano, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei”.

Depreende-se que o termo de ajustamento de conduta é um ajuste de conduta do investigado à lei para cumprir o que ela determina, pois, o órgão público que o toma pode apenas negociar prazos e nunca o que diz a lei.

Não obstante a divergência doutrinária existente, entende-se neste trabalho que a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta ambiental, posto que seja uma modalidade especial de compromisso, pode ser enquadrado como um ato administrativo negocial realizado entre o poder público e o causador do dano que concorda em adequar sua conduta às exigências legais (MAZZILI, 2015b).

A disciplina jurídica do ajustamento de conduta deve oferecer um mínimo de estabilidade e garantia ao compromissário de que se configura uma verdadeira alternativa à jurisdição. Se o autor do dano se submete ao ajuste de conduta, sujeito ainda a cominações em caso de descumprimento do compromisso, há de militar-lhe um mínimo de segurança jurídica. E essa segurança consiste em não se pode desprezar a existência do compromisso, para que não haja desvalorização do instituto, conforme orientação do ilustre Rodrigo Fernandes (2008).

Não se tem dúvida, que dentre os princípios basilares do Direito Ambiental de prevenção e reparação do dano, a assinatura do referido Termo de Ajustamento de conduta é a forma mais célere e efetiva possível, em decorrência da desnecessidade da intervenção do Poder Judiciário, ou mesmo com a extinção dos processos que já tramitam, como no caso em questão; porém é importante deixar consignado que existe, sim, quando o bem jurídico tutelado é o meio ambiente a necessidade de responsabilização “judicial ou efetiva”, pois como visto, o meio ambiente mereceu “consagração constitucional especialíssima”²⁴, categorizada como “direito fundamental da pessoa humana”, na medida em que a destruição ambiental compromete a possibilidade de uma existência digna para os seres humanos das gerações não só de hoje, mas também e sobretudo as de amanhã.

²⁴ Cf. Voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. ADI 3378-6/DF.

Assim, as medidas compensatórias avençadas no Termo de Ajustamento de Conduta (MPF, 2013), quais sejam: (i) a conservação da biodiversidade no litoral, (ii) o uso sustentável dos recursos pesqueiros, o fortalecimento da pesca artesanal e (iii) educação ambiental, na qual a CHEVRON BRASIL no valor total de R\$ 95.160.000 (noventa e cinco milhões, cento e sessenta mil reais) tornam-se insuficientes diante da análise global do direito ambiental fundamental violado.

6. Conclusões

O vazamento de petróleo no Campo de Frade, na Bacia de Campos, com suas implicações na ecologia e no desenvolvimento econômico nacional, faz com que as recentes descobertas de grandes reservas de hidrocarbonetos na fronteira do Pré-sal imponham uma série de novos e complexos desafios. O mais importante deles é a necessidade de se repensar o direito do petróleo brasileiro, visando a adoção de medidas de caráter preventivo eficientes, capazes de inibir novos acidentes ambientais.

Diante desse novo contexto, propõe-se o seguinte problema: como a empresa americana CHEVRON, operadora do CAMPO DE FRADE (RJ), tratou os desdobramentos ambientais e jurídicos causados pelo vazamento de petróleo, junto as autoridades brasileiras, com destaque a questão da competência e soberania e o papel da responsabilidade civil objetiva e suas teorias, com a extinção das duas ações civis públicas contra ela propostas pelo Ministério Pùblico Federal diante do Termo de Ajustamento de Conduta?

Realizou-se uma análise cronológica dos fatos que permearam os dois derramamentos de petróleo e a forma como a empresa americana Chevron lidou com o incidente e com às autoridades brasileiras. Analisou ainda, a partir dos Danos Ambientais, as consequências jurídicas causadas, discutiu-se Competência e Soberania, Responsabilidade Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC.

Dessa forma, conforme explanado, o local do acidente foi um poço de petróleo localizado na plataforma continental brasileira. As rochas geradoras, reservatório e selante que compõe o sistema petrolífero do Campo de Frade são bens da União, cuja exploração de hidrocarbonetos foi transferida, via contrato de concessão à empresa privada Chevron, constituída sob as leis brasileiras, tal qual imposto pela Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, mesmo existindo controvérsias sobre a questão “território marítimo”, é indiscutível ser a ZEE e a Plataforma Continental brasileiras elementos geográficos integrantes do território nacional à luz da moderna legislação internacional sobre os mares.

Diante das teorias sobre o fenômeno jurídico da responsabilidade civil, na reparação e prevenção de danos ambientais decorrentes da atividade petrolífera na perspectiva da Teoria do Risco Integral, há de se ponderar que, com a assinatura do Termo de Ajustamento

de Conduta pela Empresa Chevron, a figura jurídica da responsabilidade civil objetiva, permaneceu em segundo plano. Desta forma, partiu-se para uma irresponsabilidade objetiva em detrimento do direito econômico na continuidade das atividades de extração do petróleo.

Nesse contexto, conclui-se ainda, que a condição econômica e a influência da empresa Chevron contribuíram, em grande medida, para determinar os resultados do processo, tendo em vista que a própria ANP na condição de Agência Reguladora, interpôs recurso, junto ao Supremo Tribunal de Justiça, na forma do Agravo Regimental nº 1.639/RJ (2012/0175070-5), logrando a suspensão de liminar que a proibia de explorar novos poços no Brasil. Fato inusitado e nunca antes visto neste País em se tratando de agências reguladoras em território brasileiro.

7. Referências

- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva.** São Paulo: Saraiva, 2000.
- ANP. Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis. **Investigação do Incidente de Vazamento de Petróleo no Campo de Frade.** Relatório Final. Superintendência de Segurança Operacional e Meio Ambiente: julho de 2012. Disponível em:< <http://www.anp.gov.br/?dw=61108>>. Acesso em: 19/5/2015.
- _____. Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis. **Contrato de Concessão do Campo de Frade nº 48000.003896/97-20.** 2007. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?dw=861>>. Acesso em: 19/5/2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 15/5/2015.
- _____. **Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 10/5/2015.
- _____. **Lei Federal nº 8.005, de 22 de março de 1990.** Dispõe sobre a cobrança e a atualização dos créditos do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8005.htm>. Acesso em: 10/5/2015.
- _____. **Lei Federal nº 9.847, de 26 de outubro de 1999.** Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9847.htm>. Acesso em: 10/5/2015.

- _____. **Lei Federal nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993.** Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8617.htm>. Acesso em:10/5/2015.
- _____. **Lei Federal nº 7.343, de 24 de julho de 1995.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em:10/5/2015.
- _____. **Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 10/5/2015.
- _____. **Lei Federal nº 9.966, de 28 de abril de 2000.** Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9966.htm>. Acesso em: 10/5/2015.
- _____. **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10/5/2015.
- _____. **Decreto Federal nº 1.530, de 22 de junho de 1995.** Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso em: 10/5/2015.
- _____. **Decreto Federal nº 4.136, de 20 de fevereiro de 2002.** Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às infrações às regras de prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, prevista na Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4136.htm>. Acesso em: 10/5/2015.
- _____. **Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008.** Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm> Acesso em: 19/5/2015.
- _____. **Sentença que rejeitou a denúncia contra a Chevron, Transocean e 17 pessoas físicas.** 10ª Vara Federal Criminal do Rio. Processo nº 0490545-96.2011.4.02.5101. Disponível em: <www.jfrj.jus.br>. Acesso em: 10/5/2015.

_____. **Decreto Legislativo nº 5, de 1987.** Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, concluído em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1980-1987/decretolegislativo-5-9-novembro-1987-367281-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 19/5/2015.

_____. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.639/RJ-(2012/0175070-5).** Relator: ministro presidente do STJ. Agravante: Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis - ANP. Procurador: Marcelo de Siqueira Freitas e outro (s). Agravado: Ministério Público Federal. Requerido: Tribunal Regional Federal da 2ª região. Decisão. Trata-se de Agravo Regimental interposto pela Agência Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis - ANP. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp_arquivo=2674> Acesso em: 19/5/2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 11ª Ed. Revisada e Ampliada São Paulo: Atlas, 2014.

CBIE. Centro Brasileiro de Infraestrutura. **Produção no Pré-sal cresce 4,8% em relação a abril.** Revista TN Petróleo. Ano XIV. Nº 84. Especial 2012-2016. Disponível em: <http://www.tnpetroleo.com.br/media/revista/TN_Petroleo_84_Flip_1.pdf> Acesso em: 19/05/2015.

CONAMA. **Resolução CONAMA nº 398, de 11 de junho de 2008.** Revoga a Resolução nº 293, de 2001. Dispõe sobre o conteúdo mínimo do Plano de Emergência Individual para incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional, originados em portos organizados, instalações portuárias, terminais, dutos, sondas terrestres, plataformas e suas instalações de apoio, refinarias, estaleiros, marinhas, clubes náuticos e instalações similares, e orienta a sua elaboração. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=575>> Acesso em: 19/05/2015.

DPF. Departamento de Policia Federal. **Inquérito Policial nº 0035/2011-13-SR/DPF/RJ.** Instaurado em: 16/11/2011 - término: 20 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-inquerito-policial-chevron.pdf>> Acesso em 19/5/2015.

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: Fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

IBAMA. Instituto Brasileiro de Meio Ambiente. **Estudo de Impacto Ambiental - EIA.** Chevron. Atividade de Produção de Petróleo no Campo de Frade, Bacia de Campos. Setembro de 2006 – Rev. 00. 1/137. Disponível em: <<http://siscom.ibama.gov>

- br/licenciamento_ambiental/Petroleo/Campo%20de%20Frade/EIA/> Acesso em: 19/5/2015.
- _____. Instituto Brasileiro de Meio Ambiente. **Relatório de Impacto Ambiental - RIMA-Rev02**. Chevron. 2007. Atividade de Produção de Petróleo no Campo de Frade, Bacia de Campos. Disponível em: <<http://licenciamento.ibama.gov.br/Petroleo/Campo%20de%20Frade/RIMA/RIMA%20rev02.pdf>> Acesso em: 19/5/2015.
- _____. Instituto Brasileiro de Meio Ambiente. **Plano de Emergência Individual (PEI)**. Chevron. 2014. Atividade de Produção de Petróleo no Campo de Frade, Bacia de Campos. Disponível em: <https://www.chevron.com.br/images/publicacao/Boletim_PCS_Frade_2014.pdf> Acesso em: 19/5/2015.
- _____. Instituto Brasileiro de Meio Ambiente. **Ibama multa Chevron por descumprimento de condicionantes ambientais**. 2011-2012. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/publicadas/ibama-multa-chevron-por-descumprimento-de-condicionantes-ambientais>>. Acesso em: 19/5/2015.
- LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatriomonial**. 5ª Ed. Rev. At. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 3ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MARTINS. Eliane Maria Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Volume I: teoria geral. 5ª Ed. Barueri: Manole, 2015.
- MAZZILI. Hugo Nigro. **A defesa dos Direitos difusos em juízo**. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. b. Hugo Nigro. **O inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiência**. 4ª Ed. São Paulo: 2015.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. Édis; ARTIGAS, Priscila Santos. **Compensação ambiental: questões controvértidas**. Revista de Direito Ambiental, vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2006.
- MMA. Ministério do Meio Ambiente. **Nota Informativa nº01/12 CGPEG/DILIC/IBAMA**. Vazamento no Campo de Frade, na Bacia de Campos - Propostas de Moção do CONAMA - 05/01/2012. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/DC218947/ParecerIBAMA.pdf>> Acesso em: 19/05/2015.

MPF. Ministério Público Federal. **Denúncia.** Inquérito Policial nº 0035/2011-13-SR/DPF/RJ. Chevron. 21 de março de 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/chevron-denuncia-criminal-versao.pdf>> Acesso em: 19/5/2015.

_____. b. Ministério Público Federal. **Ação Civil Pública com Pedido de Liminar.** Chevron. 02 de abril de 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acao-civil-publica-chevron-mpf.pdf>> Acesso em: 19/5/2015.

_____. Ministério Público Federal. **Termo de Ajustamento de Conduta – TAC.** Chevron. 2013. Acesso em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/mpf-na-capital/atuacao/ajustamentos-de-conduta/tac-chevron-e-transocean/at_download/documento>. Acesso em: 20/5/2015.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PASSOS DE FREITAS. Gilberto; PASSOS DE FREITAS, Vladimir. **Crimes Contra a Natureza.** 9ª Edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

PORTAL BRASIL. **Inspetor da Marinha sobrevoa Campo de Frade para avaliar danos causados pela Chevron.** 20/03/2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2012/03/marinha-sobrevoa-campo-de-frade-para-verificar-vazamento-de-oleo>>. Acesso em: 19/5/2015.

REALE, Miguel. Consulta sobre o Decreto n. 430/92 e o cabimento de ação civil pública para assegurar, aos aposentados e pensionistas da Previdência Social, reajuste em seus proventos. In: WALD, Arnoldo. (Coord). **Aspectos polêmicos da ação civil pública.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.** In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas Essenciais - Responsabilidade Civil - Direito Ambiental*, vol. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil:** doutrina e jurisprudência. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil IV. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VIÉGAS, Rodrigo Nuñez. PINTO, Raquel Giffoni. GARZON, Luis Fernando Novoa. **Negociação e acordo ambiental:** O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como forma de tratamento dos conflitos ambientais. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2014.

UNA CONTRIBUCIÓN AL DESARROLLO SOSTENIBLE: LA FISCALIDAD COMO INSTRUMENTO ECONÓMICO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

ANA PAULA BASSO

Doctora en Derecho Tributario Europeo por la “Universidad de Castilla-La Mancha – UCLM”, España, y por la “Università di Bologna”, Itália. Profesora de la “Universidade Federal de Campina Grande – UFCG”. Profesora del “Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas” de la “Universidade Federal da Paraíba – UFPB”. Becaria de Pos-Doctorado por el PNP/CAPES.

FERNANDA HOLANDA DE VASCONCELOS BRANDÃO

Doctora en “Ciências Jurídicas” por la “Universidade Federal da Paraíba – UFPB”. Professora de la “Universidade Federal da Paraíba-UFPB”. Editora de la “Revista Direito e Desenvolvimento”.

Resumen

La explotación incontrolada del medio ambiente ha amenazado la capacidad asimiladora y regeneradora de la naturaleza. Delante de este problema, hay la necesidad de tomar medidas para garantizar la preservación ambiental, que puedan evitar la perturbación irreversible del equilibrio del entorno natural, cuyas consecuencias son gravosas. Con la referida situación, es importante advertir que debe haber una armonía entre crecimiento económico y medio ambiente, para que se pueda alcanzar el desarrollo sostenible. El objetivo del presente trabajo, es trazar una aproximación a la fiscalidad ambiental, presentando su importancia para conjugar medidas económicas con la tutela del medio ambiente. Se demuestra que, para la consecución de la tutela del medio ambiente, la fiscalidad ambiental puede orientar conductas ambientalmente deseables. Es decir, puede actuar de dos formas, una positiva, por medio de la aplicación de gravámenes más onerosos a las actividades que causen daños al medio ambiente, o de forma negativa, proporcionando una carga tributaria más suave para aquellos que atienden políticas y medidas de conservación ambiental, que vengan a proporcionar el desarrollo sostenible.

Palabras clave

Fiscalidad ambiental; Desarrollo sostenible; Instrumento económico; Tutela ambiental.

Abstract

The uncontrolled exploration of the environment has threatened the assimilative and regenerative capacity of nature. Against this problem, there is a need to take actions aiming at environmental protection, in order to prevent an irreversible trepidation of the balance of the natural environment, which consequences are grievous. Given that situation, it's important to note that there has to be harmony between economic growth and the environment so that we can achieve sustainable development. The objective of this study is to outline an approach to environmental taxation, presenting its importance to matching economic measures with the protection of natural environment. This leads to the conclusion that for the achievement of environmental protection, environmental taxation can guide to a desirable behavior. That is, it can act in two paths; one positive, through the application of more costly taxation to the activities damaging to the environment and the other negative, providing a smoother taxation charge for those whom attending political and environmental conservation measures which will result in sustainable development.

Key words

Environmental taxation; Sustainable development; Economic instrument; Environmental protection.

1. Introducción

Dada la persistente situación de deterioro del medio ambiente, la aplicación del componente ambiental en diferentes sectores de la sociedad se presenta cada vez más relevante. La desestabilización del entorno natural ha despertado cierta inquietud, involucrando la necesidad de realización de medidas preventivas por parte del Estado, de los particulares y de los sectores económicos.

En virtud de esta preocupación, se consideró hablar sobre el concepto de desarrollo sostenible, lo cual debe cubrir el desarrollo de las necesidades presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras, para satisfacer sus propias necesidades. Es preciso pensar en un modelo de desarrollo, que permita el equilibrio adecuado entre el crecimiento económico, el desarrollo social y la tutela del medio ambiente.

La metodología utilizada para la elaboración del presente estudio, tiene por base el método de investigación hipotético-deductivo, en que se parte del análisis del medio ambiente, como elemento esencial para los sectores económicos, siguiendo con la necesidad de su preservación para el desarrollo sostenible y justificando, al final, la implementación de la fiscalidad ambiental como instrumento económico tendiente a incentivar la tutela del medio ambiente.

El estudio tiene por finalidad, destacar el impacto que suscita la relación medio ambiente y crecimiento económico. Es decir, de un lado está la actividad económica que no puede devastar los recursos naturales y de otro, está la institución de determinado régimen rígido de políticas de conservación ambiental, que no pueden paralizar una actividad económica lícita. Son dos elementos de gran relevancia, pues ambos contribuyen para la calidad y manutención de la vida de las personas. Tanto uno como el otro aspecto no constituyen derecho absoluto, pero ambos deben ser configurados de modo que se limiten recíprocamente.

En la búsqueda del desarrollo sostenible, es necesario el empleo de un mecanismo que permita el equilibrio adecuado entre la protección del medio ambiente, el progreso económico y el desarrollo social. Conforme se podrá verificar en el presente texto, el tributo puede ser un instrumento apto para ello, ya que puede, sobre la autorización del “principio quien contamina paga”, desestimular conductas perjudiciales para el entorno o, al contrario, fomentar o estimular otros comportamientos más acordes con la racional utilización de los recursos nacionales, por medio de la graduación (aumento o reducción, respectivamente) del gravamen.

2. Perspectiva de Medio Ambiente para el Presente Estudio

El objeto del presente estudio, son las medidas fiscales tendientes a contener la degradación del medio ambiente. Que permitan proponer los aspectos pertinentes hacia este bien esencial, que socialmente se quiere preservar. Ante todo, conviene delimitar el concepto de medio ambiente que se abordará en ésta investigación. Por tratarse de un concepto amplio y complejo, que trae dificultad en determinar una definición propia y específica.

La problemática versa en la variedad y la multiplicidad de ordenamientos que cuidan del referido entorno. Por ejemplo, como en muchos países, incluyendo Brasil y España, el contenido referente al medio ambiente envuelve además del entorno natural, también elementos artificiales, como los monumentos históricos.¹

1 A ejemplo de Brasil, la regulación del medio ambiente en la Constitución como ambiente natural y cultural está en los artículos 225 y 216, además de la misma trata del medio ambiente artificial en los artículos 184 y 182, que regulan las políticas agrarias y urbanas. Una especial regulación y que posibilita extraer una relación de medio ambiente con sostenibilidad en la Constitución de la República de Brasil está en el artículo 225:

Artículo 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

Así como diversos ordenamientos establecen una definición de medio ambiente, en las que se verifica que se trata de un concepto extenso.² Partiendo de los reglamentos que tratan del medio ambiente, infiérase como un conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales que proporcionan un desarrollo armónico de la vida.³

Partiendo del enfoque del trabajo que se irá desarrollando, se advierte que no se hará un estudio muy extenso sobre el concepto de medio ambiente. Por ello se establece una acotación que pretende enunciar la expresión medio ambiente. Al mencionar medio ambiente en este trabajo, se concibe como “naturaleza” en su sentido económico, o sea, como fuente de recursos de los cuales el hombre depende.

La idea que se quiere exponer, es sobre la esencialidad del medio ambiente para la vida en la Tierra y desarrollo de los seres vivos. Criterio que no puede ser dispensado para el estudio del medio ambiente, es la relación del hombre y la naturaleza, ya que el primero para sobrevivir y desarrollar sus actividades económicas, depende de la segunda. La locución relativa a medio ambiente en la presente investigación, consiste en la representación del entorno natural. En términos generales, es permitido definir el medio ambiente como las condiciones naturales que posibilitan la existencia de vida en la Tierra (ORTEGA ALVAREZ, 2002).

Conforme la relevancia del medio ambiente, a las condiciones de continuidad de la vida en el planeta, que se comprueba en los últimos años, el incremento de la difusión de la preocupación global de su protección. La preocupación no debe ser apenas para reducir

-
- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;*
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comporte risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. [...]

- 2 La ley 6.938/81 en su artículo 3º, inciso I, del sistema jurídico brasileño define medio ambiente como:
Artigo 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; [...]
- 3 Así se extrae de la propia referencia del artículo 225 de la Constitución brasileña. Coinciendo con lo dicho, el criterio del Tribunal Constitucional de España en -Sentencia- STC 102/1995, de 26 de junio, delimita el medio ambiente como el *conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida.*

problemas ambientales actuales, pero la perspectiva debe ser a largo plazo. Como corolario del crecimiento que se percibe con el pasar de los tiempos y las exigencias cada vez más altas de bienestar, el medio ambiente se encontrará presionado sobre la potencialidad de la existencia de recursos, para atender la demanda y también de absorber la contaminación en su entorno.

En que pese haya intentos dirigidos a la tutela ambiental, infortunadamente, no existe una conciencia seria sobre la necesidad de conservar o mejorar el medio ambiente, por parte de muchas naciones y entes económicos. Partiendo de que preservación del medio ambiente debe ser una actuación global y de esfuerzos múltiples, en este sentido resulta trascendente parafrasear las palabras de Luis Ortega Álvarez (2002, p. 44) en que el mismo resalta que de *algún modo es posible conectar la aparición del concepto de medio ambiente como un nuevo valor que debe protegerse frente al resultado del proceso global de concentración de la población en zonas urbanas y del modelo de vida que ello implica*.

Tal tarea es una obligación de todos, sea de modo particular, sea de modo colectivo. El medio ambiente se revela como un bien de todos, siendo de interés general y que exige una conducta adecuada de todos que de él disfrutan. No se debe pautar un “no actuar” por un sencillo hecho de ser una preocupación global, que pequeñas medidas de preservación no resultan en nada. Se debe partir, inicialmente, de acciones locales, a través de actuaciones concretas en relación a la actividad dañosa al medio ambiente.

Profusos trabajos aún deben ser hechos para los fines de tutela ambiental. La principal medida que debe ser una preocupación de todos, es que sean incluidos los aspectos ambientales, en la toma de decisiones efectivas de las políticas de desarrollo, asegurando la tutela del medio ambiente, para promover el conocido desarrollo sostenible.

3. **Medio Ambiente y su Aspecto Económico**

En principio, de lo que se observa frente a los fenómenos naturales, como efecto del aniquilamiento continuo de recursos naturales, se constata que hay una constante y creciente preocupación con el medio ambiente que aún no es suficiente. Los resultados del incremento del efecto invernadero no son la excepción, diferentes catástrofes son ocasionadas, como se puede experimentar con las inundaciones y secas que ocurren en diversas partes del mundo.

Es vertiginosa la preocupación con el medio ambiente, ante los impactantes efectos climáticos que se presentan y que se agravan a cada día, comprometiendo la vida en la tierra.

Los deterioros del medio ambiente, son ocasionados en gran parte por la competencia del capitalismo, a través de la desmedida utilización de recursos naturales, sobre

todo, cuando no hay preocupación con el uso de los recursos no-renovables. Pero, junto a ello, es incongruente afirmar que protección ambiental no pueda conjugarse con desarrollo económico; ya que el primero es la fuente de producción de bienes y generación de energía, que posibilita un incremento conveniente y provisor. El medio ambiente también proporciona la creación de riquezas y empleos. Por ello, se debe alertar en no tener una visión predatoria e inconsciente del medio ambiente.

Cuando se trata de tributación en el ámbito ambiental, la base jurídica primordial es de orden constitucional, lo que no es raro constatar también su delegación en los ordenamientos nacionales. Referida preocupación con el medio ambiente, está relacionada con el desarrollo y además de esto, es atribución de la política fiscal.⁴ No es correcto desasociar el medio ambiente de los sectores económicos y sociales, pues conjuntamente con ellos, componen el desarrollo económico. Es del medio ambiente que se extrae la fuente de la cual se tiene la producción de bienes.

Además, no se debe olvidar que el medio ambiente aunque disfrutado de forma individual por algunos entes económicos, es un bien de interés colectivo y que debe ser protegido por todos. Es por ello que incumbe al Estado, dirigir sus políticas en acciones de preservación del medio ambiente y, sobre todo, que sea asegurado el uso racional de los recursos naturales.

La actuación estatal debe generar resultados positivos al medio ambiente, con la intención de evitar su detrimento, de forma que no haya disensión entre desarrollo económico y medio ambiente. Uno de los substanciales problemas ambientales globales que se presenta está relacionado al llamado “cambio climático”⁵. La degradación del ecosistema frente a los procesos de producción se presenta constante y grande debe ser la preocupación y actuación sobre la problemática.

Diferente no es la consecuencia frente al cambio climático, causado por gases de efecto invernadero, lanzado a la atmósfera, que torna imperiosa la toma de medidas de prevención ambiental. Conforme constata la Organización de las Naciones Unidas, el calentamiento global que amenaza de forma concreta la vida en la Tierra. Además, de esta Organización, el V Programa de medio ambiente elaborado por la Unión Europea,

4 La Carta Magna de la República de Portugal, asevera que es incumbencia del Estado, asegurar que la política fiscal compatibilice desarrollo con protección del medio ambiente y calidad de vida.

5 La atmósfera contiene gases que permiten que ultrapase la gran parte de los rayos solares que llegan hasta la superficie terrestre. Esta radiación produce calor a la superficie de la tierra que también remite parte de la energía absorbida. Esta energía que llega a la atmósfera es retenida por ciertos gases (gases de efecto invernadero) que ocasionan un calentamiento natural en que torna difícil la vida en la Tierra. Si la cantidad de estos gases es acrecida, la detención de energía aumenta y sube la temperatura. Luego, esta alteración en la composición de los gases de efecto invernadero en la atmósfera induce al efecto invernadero, lo que conlleva al calentamiento global y el cambio climático.

expuso en 1999 una evaluación global, en la cual confirmó como problema ecológico más grave, el derivado del propio cambio climático.

No hay duda, que el efecto invernadero es imputado a la actividad del hombre. Está relacionado a la explotación de combustibles fósiles, -principalmente-, de la concentración de gases compuestos de carbono (CO y CO₂) resultantes de su quema.

La problemática ambiental llama la atención en la protección del medio ambiente como condición necesaria para compatibilizar el desarrollo económico con la utilización racional y equitativa de los recursos naturales. O sea, que el crecimiento económico tenga en cuenta el desarrollo sostenible. En el diseño internacional, aunque ya existan esfuerzos dirigidos a enfrentar los problemas relacionados al cambio climático, ellos son pequeños y sencillos, comparado a la dimensión de la problemática y de sus desastrosas consecuencias. Entre muchas, la principal lucha es reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. El Protocolo de Kyoto, es una de las importantes aportaciones para el logro de este objetivo. Además, una de las cuestiones debatidas en la Conferencia de las Naciones Unidas, sobre el Medio Ambiente y Desarrollo – Río/92 fue sobre la estabilización del lanzamiento del dióxido de carbono, CO₂, en la atmósfera.

El medio ambiente, es un bien tutelado jurídica y constitucionalmente; los poderes públicos, son los principales responsables para la toma de medidas trascendentales para la preservación del entorno natural, en gestionar acciones a este fin, junto a los sectores económicos.

La preocupación ambiental frente al desarrollo económico, se expone en el ámbito constitucional que trae reflejos en el campo fiscal. Un ejemplo en el Derecho comparado, es la Constitución portuguesa, que atribuye al Estado, la función de asegurar que la política fiscal compatibilice desarrollo con la protección del medio ambiente y calidad de vida.

La tutela ambiental constitucional, tuvo sus primeras promociones en los países europeos, siendo los pioneros aquellos que tuvieron su mudanza en los régímenes dictatoriales, como en el caso de España y Portugal. A su vez, Brasil introdujo en su sistema constitucional, la protección del medio ambiente, con la Carta de 1988 y teniendo a bien considerarlo, formalmente, como un bien jurídico. (NUNES, 2005)

Diversos experimentos de control del referido fenómeno pueden ser gestionados, ya que la materia sobre el medio ambiente puede transponerse a diversas ciencias y en especial, en el ramo del derecho.

La finalidad de protección del entorno natural puede ser averiguada por diferentes formas y con consecuencias diversas. Muestra de lo dicho se tiene en el ámbito del derecho privado, específicamente en Derecho Civil, en que se objetiva reparar los daños ambientales, así como en el derecho público, por medio del Derecho Tributario con una actuación previa con la oferta de beneficios para que el daño no sea causado o sea

disminuido, así como en contrapartida, una imposición más pesada para quien utilice técnicas contaminantes de manera que desincentive su empleo y se adopten las técnicas más deseables al medio ambiente.

Al pasar de los tiempos, el Estado ha promovido diversas formas de explotación al proceso de producción, pero sin preocuparse con otras cuestiones y en especial con la conservación del medio ambiente. En efecto, la actuación estatal es sustancial para la toma de medidas protectoras al medio ambiente dentro del sector económico. En este caso, el Estado hace el papel del agente “negociador” de los intereses colectivos e individuales, sea ellos de las presentes o futuras generaciones. (MODÉ, 2003)

Las actuaciones en el medio ambiente, deben ser controladas en la medida que el hombre está incluido en el todo mayor que es el medio ambiente. Con todo, no debe olvidar que los recursos naturales son susceptibles de supresión.

No es una puerilidad insistir en la búsqueda de una convivencia pacífica entre la naturaleza y el desarrollo económico. La posibilidad está en adecuar la producción de bienes a la preservación ambiental. Sin esta preocupación, es difícil no llegar a la destrucción de la especie humana que acaba con una de las esencias de su existencia, en la persecución del desregulado progreso e inconsecuente productividad.

El Derecho tiene importante representación en la defensa del medio ambiente, en instrumentalizar las políticas de gestión social y productiva. El Derecho proclama providencias en la organización de la sociedad y no puede ser diferente a los problemas ambientales.

4. Desarrollo Sostenible, Interés Económico y Explotación Ambiental

La locución desarrollo sostenible es una expresión que surgió en 1987, con la obra “Nuestro Futuro Común”, conocida como el “Informe de Brundtland”. Aludido documento resguardó que desarrollo sostenible es atender las necesidades del presente sin comprometer los recursos equivalentes que serán necesarios en el futuro para otras generaciones.

Es posible definir desarrollo sostenible, como aquel desarrollo que atienda las necesidades del presente, sin dejar en riesgo la capacidad de las generaciones futuras, para satisfacer sus propias necesidades. El desarrollo sostenible fue el tema más discutido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en Río, en el año 1992. Sin embargo, de entre sus discusiones, no fue establecida una definición expresa en la Declaración del evento.

Suele interpretarse su esencia, por el Principio 3 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, al declarar que el derecho al desarrollo debe ejercerse en

forma tal, que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

Resguarda el principio que sean incorporados los criterios de tutela ambiental en la definición de políticas y de planeamiento de desarrollo. Sobre el tema en cuestión, el desarrollo sostenible se enseña factible cuando se considera y se promueve el uso de tecnologías renovables.

Es por medio de progresos de mejoría en la productividad de los recursos, que se puede alcanzar el desarrollo sostenible. Tales perfecciones emanan, tanto del avance tecnológico cuanto de la elucidación ética de prioridades.

Convergente con el principio, la Constitución Federal de 1988 de la República de Brasil, contiene la previsión del desarrollo sostenible, al indicar su preocupación con la manutención de un medio ambiente ecológicamente equilibrado y también, al agregar la defensa del medio ambiente como principio orientador de la política económica brasileña.

La particularidad del principio, está en que el desarrollo de la actividad económica, no puede comprometer o poner en riesgo las generaciones futuras. Demandando, así una necesidad, de buscar el equilibrio entre la actividad económica, el desarrollo y la protección del medio ambiente.

Debe existir una responsabilidad compartida con equidad, en relación con los recursos naturales y el comportamiento de la actividad económica ante el medio ambiente. Para el equilibrio entre ellos, se debe tener en cuenta, las consideraciones ecológicas en las aplicaciones de políticas económicas y sectoriales, en las decisiones del poder público, así como en la dirección y el desarrollo de procesos de producción y en el comportamiento y elecciones individuales.

El fenómeno del cambio climático es considerado por la comunidad científica, como una de las más serias amenazas para la vida en el planeta. Para que sea mitigada la problemática ambiental, no se puede ignorar la importancia de la intervención de los Estados.

Por lo tanto, es necesaria una regulación jurídica por parte de cada ordenamiento estatal, para hacer frente al grave problema ambiental y se alcance el deseado desarrollo sostenible.

El sector económico, es uno de los principales causantes de los problemas ambientales. Diversas exploraciones del medio ambiente, se justifican en alguna teoría económica.

De manera especial, los modos de producción económica tienen agravado el problema de degradación del medio ambiente, sin preocuparse con la responsabilidad del futuro de la humanidad. Delante de las adversidades ambientales dramáticas se debe tener como prioridad en los debates políticos el control ambiental. Delante de la conjetaura, incumbe

a los Estados formular políticas de acuerdo con las bases de un desarrollo sostenible que son las cuestiones sociales, económicas y ambientales.

Pese la importancia de la protección del medio ambiente, la misma no puede ser vista de manera absoluta, en que se denote una barrera al desarrollo, de tal forma que lo estanque. El desarrollo económico es también un valor que debe ser observado dentro de las políticas estatales.

Entretanto, se está entre la actividad económica, que no puede acabar con la naturaleza y las políticas ambientales, que tampoco pueden paralizar toda una actividad económica imprescindible para la manutención de la vida de las personas.

Apreciase una materia doblemente dividida, por un lado se verifica la actividad económica que no puede ser obstada, y por otro, está la lucha de la preservación ambiental, que es tutelar un bien esencial a la sobrevivencia en la Tierra.

Coexisten dos aspectos importantes; que ambos contribuyen para la calidad de vida de los individuos. Tanto uno como el otro, son incluyentes; pues ninguno de ellos es absoluto y ambos se limitan recíprocamente.

No hay que olvidar que la actuación estatal tiene que ser la más eficiente y eficaz posible. Para ello, se muestra como primordial, el estudio del tributo, como instrumento de intervención en la economía, con el objetivo de proteger el medio ambiente, y, finalmente, atingir el ideal del desarrollo sostenible.

La idea de que el progreso económico y la protección del medio ambiente no se adaptan, no debe ser más aceptada; pues lo que debe resguardarse, es que sus objetivos sean conjugados para alcanzar la deseada calidad de vida.

Con entendimiento diverso, de aquellos que se posicionan en el sentido de que no hay desarrollo, mientras no se pueda causar perjuicio ambiental, hay que aclarar que el medio ambiente y el sector económico, pueden ser asociados y puestos en armonía, en la medida en que se proporcionen medios alternativos y renovables.

No se puede olvidar, que el sector económico depende directamente del medio ambiente. Para que el primero no sea afectado, en la medida que no perjudique el entorno natural, es razonable valerse de diversos instrumentos económicos, incluso beneficios fiscales, que pueden ser ofrecidos al conjunto de empresas y a las actividades del sector económico, preocupadas con la defensa del medio ambiente.

Para ello, se requiere por parte de los Estados, un avance de políticas para el incremento de la conciencia medio ambiental y de la importancia de una innovación de sus respectivas legislaciones.

La estrategia de política ambiental, es elemental para el crecimiento económico sostenible y la ordenada competencia de la economía. Tratase de medidas dirigidas a fomentar la adopción de nuevas tecnologías, que beneficien el medio ambiente y la economía.

Los ejemplos de acciones son diversos, pueden presentarse como mejoras de eficiencia energética y de recursos que optimizan la productividad y reducen los perjuicios al medio ambiente. A través de esta política, será posible fomentar el crecimiento económico e inclusive, aumentar la oferta de empleo.

Dentro de esta cuestión, uno de los instrumentos de cuño económico es la fiscalidad. Sin embargo, el presente tema en su introducción, se ha hecho mención que la protección ambiental, debe ser analizada con vistas a sus propias limitaciones. Por medio de la fiscalidad ambiental, hay una injerencia del Estado para que el sector privado, sea orientado a tomar medidas no contaminantes y no solamente poner un coste por el daño que a través de una medida persistirá, como ocurre, por ejemplo, con el mercado de emisiones.

5. **Fiscalidad Ambiental como Mecanismo de Alcance al Desarrollo Sostenible**

En consonancia con las políticas generales del medio ambiente, se puede incluir la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como una de sus patrocinadoras. La OCDE considera como instrumentos económicos para la protección del medio ambiente, las medidas que recaen sobre la elección entre diversas opciones tecnológicas o de consumo, por medio de la transformación de las convencionales en términos de costes y beneficios privados.

Considerando esta definición, la OCDE distingue, por lo menos, cinco categorías de mecanismos económicos pertinentes a la tutela ambiental, en las cuales se destacan dos, en razón de la relevancia relativa al presente estudio: a) tasas (o impuesto) y tarifas, que pueden tener función de incentivar o no incentivar determinada actividad o entre ambos; b) subsidios, que tienen la función de ayuda financiera para estimular medidas o actividades involucradas a la reducción de la contaminación.

Hablando del tributo como instrumento económico de tutela ambiental, conviene identificar como se puede clasificar cierta especie tributaria, tal como un tributo ambiental. Para que sea clasificado como tal, es importante considerar la Comisión de la Unión Europea, que advierte sobre la importancia del tributo ambiental, al observar tres elementos indicativos: a) el elemento imponible: que se traduce sobre la base material, sobre la cual la imposición es recogida sobre un impacto negativo sobre el medio ambiente comprobado científicamente; b) la acción de incentivo: por la cual la imposición podría actuar como incentivo económico para la mejora ambiental; c) el vínculo del objetivo declarado: por el cual la voluntad política del legislador es la mejora del entorno natural.

De acuerdo con la propia Comisión, el primer elemento es el que se presenta más eficaz, pues los otros dos son factores exteriores, no objetivos, y dependen de las expectativas y de los juicios subjetivos de la colectividad.

De conformidad con lo afirmado, sigue la Comisión enseñando que la imposición ambiental, es así caracterizada cuando el imponible es una unidad física (bien como un substituto o derivado), que recurre de una prueba científica de efectos ambientales negativos. Estos impactos negativos pueden ser el deterioro del bien ambiental o una reducción en la oferta de tales bienes.

Según es expuesto por Franco Gallo y Fabio Marchetti (1999), las unidades de medidas para referencia, pueden ser una unidad de substancia emitida o una unidad substitutiva o consecuencial, bien como una unidad de determinado recurso natural. El ejemplo para ello sería un litro de benzina consumida en un motor standard o un vehículo con ciertas características de emisiones.

La Comisión infiere que un tributo ambiental para que sea así configurado, debe tener una relación causal entre la unidad física, que indica determinado deterioro o daño científicamente señalado del medio ambiente, y el imponible del tributo.

Conforme ostenta la Comisión, es relevante la relación causal que debe existir entre el tributo y su unidad física, que representará un perjuicio científicamente comprobado al medio ambiente. Con ello, se puede verificar un tributo caracterizado con una relación directa entre su presupuesto y la unidad física, que produce o puede producir un daño al medio ambiente.

Delante de dicha perspectiva, la finalidad ambiental está ajustada a la estructura del tributo y de esta forma se estaría graduando la imposición, de acuerdo con el deterioro del medio ambiente, científicamente expuesto, conforme la unidad física que determina o también por el respectivo daño ambiental.

Sin embargo, hay que destacar que la finalidad ambiental, se revela en la utilización de un instrumento tributario para el alcance de la tutela ambiental. En otras palabras, se espera un efecto de conservación del medio ambiente, en que la fiscalidad ambiental resulte en un cambio de conducta que reduzca los daños ambientales.

El resultado esperado es que haya un cambio de conducta dirigido a actividades más deseables al medio ambiente, y no que se cree un tributo ambiental que contenga el bien ambiental como elemento de su estructura. Además, en relación al daño ambiental determinante de la unidad física del presupuesto del tributo hay la evaluación de que sea un daño relativo y no absoluto. Es decir, el perjuicio ambiental debe tratarse de deterioro soportable, posiblemente reversible y eventualmente reparable.

Para que haya la tributación con base en la unidad física que produce el daño ambiental, este perjuicio no puede ser “non sostenible”. Ya que, según la doctrina que así defiende tal perjuicio, debe ser reprendido por sanciones, con la finalidad de detener la actividad.

No obstante, no se debe olvidar que los daños ambientales por más triviales que puedan parecer, su constancia y sus resultados a largo plazo pueden ser irreversibles, luego una fiscalidad ambiental debe tener el cuidado de no permitir una incoherente justificación de producir daños ambientales que aún en largo plazo también son irreversibles y no sostenibles.

Delante del desarrollo económico es importante insertar un control sobre él, frente la tutela del medio ambiente, pero en referida injerencia se debe tener el cuidado de no obstarlo de forma injusta ya que se trata de un valor tutelado constitucionalmente.

Los sistemas fiscales nacionales deben presentar en su complejidad, la preocupación con los problemas ambientales, sin negar la relevancia de la tutela ambiental, de forma que proporcione medidas de elecciones fiscales, para la adopción de conductas más adecuadas para el medio ambiente dentro del sector productivo.

A pesar de que será mejor analizado supra, ya se adelanta que la fiscalidad ambiental activa, con la imposición positiva de tributos, debe ser analizada frente la capacidad económica del contribuyente. Esto es, instituir un nuevo tributo ambiental propio o establecer la finalidad ambiental en otro ordinario ya existente, para responder al principio de la capacidad económica, se debe envolver un índice económico, o sea, una evaluación económica.

En pertinente contexto, interesa entonces evaluar la fuerza económica de una emisión contaminante. Todavía, mientras es considerada apenas como una emisión, según se concluye aquí no se verifica un índice económico por sí misma.

Por otro lado, analizando la desventaja que puede acarrear al medio ambiente y comparando los costes no soportados por el ente económico contaminante que deja de adoptar otra técnica menos contaminante, se verifica que el agente contaminante puede lograr una ventaja económica frente a los demás que se preocupan con el medio ambiente.

Lo que se verifica, es una extorsión directa al principio constitucional de la igualdad, donde quien se preocupa con un medio ambiente saludable y que tiene costes para atender este fin, acaba por sufrir un cargo económico más pesado, que aquellos que solo están preocupados con el logro de sus actividades, independiente de los daños ambientales.

Con vistas a la tutela ambiental, el cambio de mentalidad que se debe producir a la sociedad actual, debe alcanzar la actividad que ocasiona el deterioro del medio ambiente. Luego, lo que debe resultar rentable al ente económico, es la posición de asumir el gasto de evitar la contaminación y no el coste del tributo.

5.1. El Tributo como Instrumento Orientador de Desarrollo Económico y de Tutela Ambiental

En la actualidad, es visible la proporción del crecimiento económico y de la explotación de los recursos naturales que se presenta de manera severamente predatoria. De

modo a cambiar esta realidad, hay la necesidad de combinar el derecho tributario y el derecho ambiental, para adecuar la actividad económica y sea dirigida a la preservación ecológica.

En efecto, se puede observar que las cuestiones ambientales están conjugadas a las económicas. Son dos valores relevantes a la sociedad actual y futura, y una eficiente defensa del medio ambiente está sujeta al tratamiento conjugado de las mismas.

El importante aspecto de los tributos ambientales es en relación a su carácter instrumental. Es decir, para la consecución de la tutela del medio ambiente, los poderes públicos pueden adoptar medidas de política económica.

Sin embargo, para que una exacción sea considerada de carácter ambiental, la sustancia o la actividad gravada deben tener un reflejo negativo visible en el medio ambiente, aunque también se consideraría así, cuando tiene un efecto sobre el medio ambiente menos claro, pero su exigencia resulta visiblemente positiva a la tutela ambiental.

Por esta razón, se puede afirmar que la finalidad deseada no es estrictamente fiscal. La esencia de la fiscalidad ambiental es la finalidad extrafiscal de realizar políticas de preservación del medio ambiente.

En otras palabras, un tributo ambiental es así considerado cuando el conjunto de sus elementos estructurales, especialmente que componen el hecho imponible, constituyen un gravamen relacionado directa o indirectamente a fines de protección ambiental.

La fiscalidad ambiental puede actuar de dos formas, una positiva, por medio de aplicación de gravámenes más pesados a actividades contaminantes o de forma negativa, proporcionando incentivos fiscales para la consecución de políticas y medidas de tutela ambiental que reducen el deterioro ambiental.

La idea de defensa del medio ambiente a través de la tributación ambiental, oscila en proporción a la contaminación que sea producida por parte de los entes económicos privados por su actividad dañosa al entorno natural. Mientras se está a producir contaminación, más permanecerá a soportar el encargo tributario. Por otro lado, en la medida en que se contamina menos, reducen las acciones del Estado en fiscalizar el cumplimiento de las normas legales sobre medio ambiente y los perjuicios de la sociedad.

La economía dentro de la fiscalidad ambiental se presenta en dos sentidos, uno será la internalización de los costes recurrentes de la actividad contaminante y el otro será la reducción de los costes públicos con la aplicación de las actividades estatales en fiscalizar y reparar el daño.

Conviene resaltar que a través de la fiscalidad ambiental, se puede proporcionar al agente económico diferentes opciones de elección para adecuar su actividad a un medio ambiente protegido. Ello se torna incomparable a las reglas prohibitivas que no garantizan posibilidades de ajustes por parte del emprendedor.

Reiterase que la importancia de la utilización de mecanismos fiscales en la protección del medio ambiente, se destaca por su carácter modulador del esfuerzo realizado por el agente económico, dirigido a evitar la contaminación en la medida en que este empeño es premiado por la norma con bonificaciones y exenciones fiscales.

Como muestra se tiene el mecanismo de disponer beneficios fiscales, para aquellos que actúan disminuyendo sus factores contaminantes al invertir en tecnologías limpias o se inclinen para el uso de recursos renovables.

Los comportamientos deben ser valorados como legítimo empleo instrumental de cada uno de los actos aplicados. Lo dicho es posible cuando existen diversas alternativas igualmente legales y tratadas de distintas formas por los sistemas fiscales en cada caso.

La cuestión es compleja una vez que se tienen que resguardar dos valores de niveles constitucionales, la libre competencia y el respeto al medio ambiente. Como no se puede abandonar el bienestar económico de los ciudadanos, inevitable es la separación del sector económico con el medio ambiente y esta circunstancia es inferida en diferentes ordenamientos.

Coincidendo con lo afirmado, identifícase la política fiscal española, que es orientada por la protección del entorno natural por intermedio de los incentivos fiscales, y de otros tipos, para que aquellos que tienen comportamientos en conformidad con la conservación del medio ambiente.

La fiscalidad ambiental está sumergida básicamente en la función extrafiscal del tributo. En otras palabras, el objetivo principal es la injerencia en el dominio económico, buscando un efecto diverso de la simple recaudación de recursos financieros.

No obstante, la relevancia de la función fiscal que recae en recaudar impuestos, del mismo modo, es de importancia el medio ambiente, una vez que a través de la recaudación de recursos, tiene como implantar medios dirigidos a la protección ambiental de acuerdo con muchos ordenamientos constitucionales de países involucrados a la protección ambiental.

Sin embargo, si la especie tributaria elegida por el sistema brasileño es el impuesto, habrá el óbice en relación a los recursos recaudados, una vez que no pueden ser vinculados a ningún fondo, por más importante que sea la política de preservación ambiental. La Constitución brasileña no hace excepción a la regla para finalidades ambientales.

En el caso de la tributación activa, se permite llevar a la práctica el principio quien contamina paga, propugnado por la OCDE (1972) y adoptado por los Estados para las medidas de protección ambiental. La aplicación del aludido principio persigue tanto objetivos de eficiencia como de equidad.

El principio de quien contamina paga implica en atribuir al causador del daño ambiental los costos necesarios a la reducción, eliminación o neutralización del deterioro

del medio ambiente. En otras palabras, importa imponer la responsabilidad en la composición de los costes de las medidas de protección del medio ambiente en los costes de producción.

En este aspecto, el ordenamiento español tiene una política basada en el fundamento de que quien reduce la contaminación tiene reducida su tributación con base en el principio de quien contamina paga.

No obstante, se encuentran cuestionamientos relativos a los incentivos fiscales, porque no se adecuan al principio de quien contamina paga, pues al contrario, implica encargos a toda sociedad. Según los cuestionamientos que se posicionan contrarios a los incentivos fiscales, se tiene el entendimiento que con ellos no se proporciona mejora cualitativa en los procesos de producción, porque en la mayoría de los casos tan-solamente muestra efectividad en la reducción de emisiones o en la producción de residuos industriales.

La posición es pertinente, por ello que se insiste que la medida aplicable debe ser eficaz y se puede complementar que ella también debe ser objetiva. Al indicar objetiva se está relacionando al resultado de la medida, o mejor, es decir que haya un visible resultado en la mejora de la calidad del medio ambiente. Es decir, la ley debe ser específica/objetiva en relación a los resultados que pretende alcanzar. En cuanto al carácter eficaz, concierne verificar como los instrumentos dirigidos a la tutela ambiental permiten atingir eficazmente/efectivamente los fines ambientales.

Relativo a la equidad, consiste que quien contamina en la medida que no soportan los perjuicios ocasionados al medio ambiente, dedujese que utilizan gratuitamente de los bienes públicos pertinentes al entorno natural, de forma que la sociedad sufra los daños causados que estaría “subvencionando” a quien se favorece con la contaminación.

El sistema de tributos está coligado al sistema económico, como una de las formas de reglamentación y planificación de la actividad económica. En el campo de la OCDE los países utilizan cada vez más los tributos con fines de defensa y conservación del medio ambiente.

Las medidas tributarias de carácter ambiental, conciernen en estímulos permanentes al agente económico para que el mismo siga explorando, de acuerdo con sus intereses, la forma más ajustada para la reducción o eliminación del potencial predador del medio ambiente al desarrollar su correspondiente actividad económica.

5.2. Política Tributaria Ambiental: Conductas Ambientalmente Deseables e Internazalización de los Costes Ambientales

Los tributos cuando son instituidos visan recaudar recursos a los cofres públicos para costear las expensas públicas, siendo caracterizado por el carácter fiscal. No obstante, el

tributo también puede revestirse de la finalidad extrafiscal, en que la figura tributaria no perseguirá solamente fines recaudatorios.

De forma a ejemplificar lo que fue aseverado, se puede esclarecer que los tributos considerados ambientales que al mismo tiempo que recaudan, pueden dirigir conductas con un gravamen más fuerte para quien no adopta técnicas más limpias de producción. Así, puede haber la redistribución de la recaudación para orientación de las inversiones para sectores productivos o más adecuados al interés colectivo.

Por otro lado, los incentivos fiscales también están envueltos por la extrafiscalidad, una vez que su prioridad no es la recaudación de recursos para los cofres públicos. Son formas para estimular y adoptar medidas más convenientes al orden jurídico.

La tutela ambiental respalda el objetivo de solamente inducir los contribuyentes a no asumir o no continuar con conductas, sin embargo lícitas, que son consideradas impropias en el punto de vista ambiental.

El Estado actúa como agente conductor del comportamiento del sector económico incentivando iniciativas positivas y desincentivando las nocivas al bien común. Conviene decir que un tributo extrafiscal no es así puramente, lo que pasa es que con él se pretende alcanzar finalidades de política económica sin perder la condición de tributo, añadiendo esta configuración de alcanzar otras finalidades a su función fiscal.

Un tributo no surge sin una obligación de pagar y es en ella que se trabaja la función no fiscal. Estos fines fiscales y extrafiscales no son contradictorios, más bien complementarios. A pesar de la ausencia de una característica exclusiva, los tributos pueden ser clasificados como fiscales y extrafiscales en razón de estas características el tributo se orienta de forma preponderante.

Resaltase que la extrafiscalidad no hace que el tributo no tenga que sujetarse a las garantías puestas por el sistema constitucional. No es un régimen de excepción, salvo disposiciones específicas y expresas en la Constitución.

La finalidad extrafiscal está pautada por la generalidad de los principios constitucionales. Asegurando la aplicación de los comandos constitucionales se tendrá la unidad del ordenamiento, con la aplicación armonizada de sus reglas.

Reiterase que es impracticable dividir el medio ambiente de la economía. De esta forma, el Derecho Tributario tiene gran relevancia en la preservación ambiental. En este sentido, es necesario resaltar la trascendente colaboración de los instrumentos de tributación que están siendo usados por los Estados, para el alcance de una política de protección ambiental más objetiva.

Cuando se analiza la fiscalidad ambiental, se puede tratar de tributos propios de carácter ecológico o de los demás tributos existentes con la introducción de medidas que

incentiven determinadas conductas distintas de aquellas que provocan efectos negativos al crecimiento sostenible.

Para considerar un tributo como ambiental debe investigarse su estructura, que corresponde reflejar la finalidad de incentivar económicamente la protección del medio ambiente. Dentro del estudio sobre medio ambiente y fiscalidad se constata la necesidad de una visión detallada del sistema tributario, exigiendo que ambos sean compatibles. Para ello, es necesario verificar si el sistema posibilita una efectiva protección del medio ambiente. No bastando haber apenas incremento en la recaudación sin la efectiva reducción del impacto ambiental.

Dentro de las formas de gestión de la fiscalidad para la tutela del medio ambiente, se puede valer de la tributación ambiental activa o positiva. La referida forma puede seguir por la aplicación de un tributo ya existente adaptado a los esfuerzos ambientales, como por la creación de un tributo nuevo por el uso del medio ambiente.

Diversos intentos hacen uso de cargas tributarias para combatir la degradación ambiental y el uso inmoderado de los recursos naturales. Los instrumentos fiscales pueden ser tanto como la introducción de nuevos tributos concernientes al medio ambiente como la adecuación del fin de protección ambiental dentro de las estructuras fiscales existentes.

Con ello se estaría creando un gravamen específico relativo a la actividad contaminante, de modo a inducir un nuevo comportamiento deseable y adecuado al entorno natural. Por otro lado, se puede tener la reducción de la contaminación de forma indirecta, una vez que el tributo no presenta directamente un criterio ambiental, siendo que solamente supone una base de él razonablemente vinculada.

Se estaría hablando de introducir elementos ambientales en cualquier de los elementos que forman el tributo, distinguiendo por lograr el efecto extrafiscal por su intermedio. Un ejemplo sería la introducción de alícuotas diferenciadas en un tributo incidente sobre productos conforme su potencial contaminante al medio ambiente.

Parece más aceptable la adaptación del sistema ya existente a los aspectos ambientales, que la creación de nueva imposición. Para ello, son necesarias adaptaciones de modo a armonizar el orden constitucional a la práctica impositiva dirigida a la tutela ambiental.

En cuyo detalle resaltase que el establecimiento de tributos ecológicos debe realizarse con cautela, de tal modo que no se lesionen los principios constitucionales, ni se disfracen como figuras ecológicas que en la verdad son meramente tributos recaudatorios.

Los nuevos gravámenes no se adaptan siempre bien a las categorías tributarias elaboradas por la doctrina, lo que dificulta la configuración de sus elementos esenciales (hecho imponible, sujetos pasivos o elementos de cuantificación). Por tanto, será preciso proceder con rigor en su desarrollo normativo si se desea evitar un peligroso deslizamiento hacia la confusión terminológica y la inseguridad jurídica.

Como ya se ha aclarado, la fiscalidad ambiental proporciona al agente económico la elección de una opción adecuada a su actividad y sus intereses de forma que atiendan a los intereses ambientales. Los tributos deben servir como instrumentos de intervención estatal en el medio social y en la economía privada.

En la fiscalidad ambiental esta intervención, necesaria, acontece a favor de un comportamiento más favorable de los agentes económicos en relación al medio ambiente. Hay que identificar este importante aspecto, cuando se habla de fiscalidad ambiental en relación a un sector económico. El elemento a ser destacado es que el valor de los costes de producción en razón de la finalidad ambiental, debe ser más alto que el coste de las inversiones en el proceso productivo.

Para combatir los problemas ambientales, la tributación ambiental puede valerse de una actuación coercitiva para compensar las externalidades negativas. Así, no se estaría delante de una intervención estrictamente posterior a la ocurrencia del daño ambiental, se operaría de modo que se evite el respectivo deterioro del medio ambiente y no apenas proceder a reparar los daños en que ya se percibe la existencia de los perjuicios al entorno natural.

La idea del tributo ambiental surgió en 1920 con Arthour Pigou, cuando presentó las fallas de mercado que podrían ser corregidas por el sistema tributario. Según su obra se tiene que los impuestos y las subvenciones pueden interiorizar las externalidades, en otras palabras es señalar que aquellos efectos que afectan a terceros y que nos son tenidos en cuenta por el mercado, serán soportados por los agentes contaminantes.

Ejemplo de ello, es el productor y el consumidor de electricidad producida por proceso contaminante, que no consideran los perjuicios que la contaminación origina a terceros.

Por consiguiente, el precio de la energía eléctrica sólo expresa los costes y beneficios privados de productores y consumidores y no incluye los costes sociales.

Luego, el modo de producción de energía eléctrica contaminante se beneficia de precios más bajos y se produce en mayor cuantía.

La solución propuesta por Pigou, concierne en corregir los precios considerando los costes sociales producidos por la contaminación, que se agrega al precio de mercado por medio de un impuesto unitario. Este tipo impositivo debe coincidir, idealmente, con el coste marginal de la contaminación en el nivel óptimo de la actividad contaminante.

Incluyendo los costes causados por el daño de la contaminación, se pasa del precio de mercado manifiestamente bajo, a un precio más alto, como consecuencia de una cantidad de producción de mercado excesivamente alta a una más reducida, que resulta socialmente óptima al razonar tanto los beneficios que produce a la sociedad el producto contaminante como los costes de la contaminación que produce.

No obstante, la administración tributaria no disfruta de todas las informaciones necesarias para establecer un tributo en los moldes propuestos por Pigou, como la función de la demanda de los bienes contaminantes, la función de los costes marginales privados y la función de perjuicios marginales de la contaminación.

La administración tributaria no conoce el nivel de contaminación óptimo, que se traduce en aquél que se maximiza el bienestar social, y ha de accederse con el establecimiento de un standard razonable. O sea, la administración deberá integrarse con objetivos de contaminación que se entiendan razonablemente satisfactorios.

6. Conclusiones

Conforme se aprecia del presente estudio, los inconvenientes ambientales han conducido a una preocupación creciente tocante al medio ambiente. La explotación de los recursos naturales ha atingido un nivel alarmante que hace que el Estado promueva soluciones a esta problemática.

Las medidas de intervención estatal dirigidas a la tutela ambiental comportan carácter eminentemente político dentro del sector económico. La fiscalidad, por su vez, revela esta característica política cuando el Estado debe operar buscando fines no meramente recaudatorios. La injerencia estatal siguiendo la extrafiscalidad del sistema tributario, conduce legítimamente los caminos que la economía y el mercado deben perseguir, a estimular los modos de producción y de consumo más convenientes a la sociedad y al desarrollo sostenible.

Los instrumentos fiscales en la tutela ambiental, son considerados incentivos dirigidos a los productores y a los consumidores, para orientarlos a elecciones a favor de comportamientos/actividades más sostenibles en relación al medio ambiente.

La fiscalidad ambiental tiene una finalidad específica y positiva, o sea, está fundamentada en una política de protección ambiental calcada en evitarse el daño ecológico. Al agente económico se proporciona un margen de opción para adecuación de su actividad, no negando posibilidad de ajuste de su actividad a la defensa del medio ambiente.

Importa destacar que la intervención del Estado en la economía y en los mercados con vistas a la tutela ambiental, no puede ser inflexible interrumpiendo una actividad económica lícita y necesaria al desarrollo de la humanidad. La fiscalidad ambiental consiste en un comando de incentivo al agente económico, para que busque, según sus conveniencias, lo que le sea ventajoso al medio ambiente, incitándolo a comportamientos tendientes a la reducción del potencial contaminante de su actividad.

El estudio no ha dejado de reiterar la duplicidad de la cuestión a que se depara, pues de un lado está la actividad económica que no puede destruir la naturaleza y de otro, los

mecanismos de tutela ambiental que no pueden paralizar toda una actividad económica lícita y relevante a la sociedad. La idea que se quiere plantear es de equilibrio entre ambos valores, ya que sería arbitrario considerar en absoluto solamente uno de ellos, ya que se limitan recíprocamente.

La protección fiscal del medio ambiente, puede ocurrir estableciéndose gravámenes sobre los comportamientos dañosos al entorno natural, bien como incorporándose beneficios fiscales a la implantación de técnicas menos agresivas al medio ambiente.

La fiscalidad ambiental presenta un atributo preventivo, mientras presupone internalizar las externalidades negativas ambientales, para que el causante del daño al entorno natural soporte los costes ambientales que perjudica a la sociedad, y así, lo induzca a tomar medidas de reducción, eliminación o neutralización del deterioro ambiental.

Así, por fin, importa destacar que el cambio de conducta orientado por la fiscalidad ambiental, que se amoldará acorde a la tutela ambiental, debe alcanzar la actividad que ocasiona el deterioro ambiental. De este modo, sin embargo, lo que debe trascender rentable al ente económico, es asumir el encargo de evitar el impacto ambiental y no el coste del tributo, pues un tributo ambiental ideal es aquél que reduce o no tiene su recaudación, ya que de este modo se alcanza su finalidad esencial que es la reducción/extinción del deterioro ambiental de forma a contribuir para el desarrollo sostenible.

7. Referencias

- AYALA, P. A. A Proteção Jurídica das Futuras Gerações na Sociedade do Risco Global: O Direito ao Futuro na Ordem Constitucional Brasileira. In: FERREIRA, H. S., LEITE, J. R. M., BORATTI, L. V. (Orgs.). **Estado de Direito Ambiental: Tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BASSO, A. P. O sistema tributário como instrumento de proteção ambiental e de desenvolvimento econômico. **Revista Direito e Desenvolvimento**: revista do curso de direito Unipê, ano 1, n. 1, João Pessoa, 2010.
- CASAS AGUDO, D. Aproximación a la categoría jurídico económica del beneficio tributario. In **Estudios sobre los beneficios fiscales en el sistema tributario español**. Coordinación José Antonio Sánchez Galiana. Madrid: Editora Marcial Pons, 2008.
- DERANI, C. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FALCÓN Y TELLA, R. Estudios sobre fiscalidad de la energía y desarrollo sostenible. **Estudios Jurídicos**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006.
- FERNÁNDEZ ORTE, J. **La tributación medioambiental – Teoría y práctica**. Navarra: Thomzon Aranzadi: 2006.

- FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GALLO, F. , MARCHETTI, F. I presupposti della tassazione ambientale. In **Rassegna tributaria**, n. 1 di gennaio-febbraio 1999.
- MODÉ, F. M. **Tributação Ambiental – A Função do Tributo na Proteção do Meio Ambiente.** 1^a ed. (2003), Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, C. S. **Direito Tributário e Meio Ambiente.** São Paulo: Dialética, 2005.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Lecciones de Derecho del Medioambiente.* 3^a ed., Valladolid: Lex Nova, 2002.
- PALAO TABOADA, C. El principio “quien contamina paga” y el principio de capacidad económica. In: TÔRRES, H. T. (Org.). **Direito Tributário Ambiental.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- ROSEMBUJ, T. La convergencia entre el Derecho Ambiental y el Derecho Tributario. **Quincena Fiscal – Revista de Actualidad Fiscal**, n. 13, Julio de 1997.
- SALVINI, L. Questioni attuali sulla fiscalità del settore energetico. **Rassegna Tributaria**, n. 6, Novembre-Diciembre de 2007, Italia.
- SCHOUERI, L. E. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TRENNEPOHL, T. D. **Incentivos fiscais no direito ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2008.
- VAQUERA GARCIA, A. La fiscalidad ambiental: algunas reflexiones actuales. **Nueva Fiscalidad**, n. 3, Marzo de 2006.
- VERRIGNI, C. La rilevanza del principio comunitario “chi inquina paga” nei tributi ambientali. In: **Rassegna tributaria**, n. 5 di settembre-ottobre 2003.
- VIEIRA, A. C. O princípio da precaução e a extrafiscalidade na tributação ambiental. **Revista Direito Tributário Atual**, n.32, 2014.