

DIREITO & PAZ



DIREITO & PAZ

Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015 - Lorena/SP
ISSN 1518-7047 - CDU - 34

APOIO - UNISAL
Centro Universitário Salesiano de São Paulo



Direito & Paz – Ano XVII. N.º 33 (2015)
Lorena: Editoria: Pablo Jiménez Serrano, 2015

Semestral

ISSN 1518-7047

Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito do
Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL

CDU – 34

Os direitos de publicação desta revista
são do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL

Os textos publicados na Revista
são de inteira responsabilidade de seus autores.
Permite-se a reprodução, desde que citada a fonte e o autor.

Endereço para correspondência:

Revista Direito & Paz – UNISAL
Rua Dom Bosco, 284,
Centro – Lorena – SP
CEP 12.600-970
Tel.: (12) 3159-2033
E-mail: revistas@lo.unisal.br

Endereço para permuta:

Centro Universitário Salesiano de São Paulo
Rua Dom Bosco, 284,
Centro – Lorena – SP
CEP 12600-970
Tel: (12) 3159-2033
E-mail: revistas@lo.unisal.br
Pedidos: biblioteca@lo.unisal.br

DIREITO & PAZ

Publicação periódica do Centro Unisal - Lorena
Periódico indexado no Diretório do Sistema Latindex

Ano XVII- N.º 33 - 2.º Semestre/2015 - p. 480 - 20,5 cm
ISSN 1518-7047 - CDU - 34

Chanceler: *Prof. Dr. P. Edson Donizetti Castilho*

Reitor: *Prof. Dr. P. Ronaldo Zacharias*

Pró-Reitora de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação: *Romane Fortes Bernardo*

Pró-Reitor de Extensão e Ação Comunitária e Pastoral: *Regina Vazquez del Rio Jantke*

Pró-Reitor Administrativo: *Nilson Leis*

Secretaria Geral: *Valquiria Vieira de Souza*

LICEU CORAÇÃO DE JESUS – ENTIDADE MANTENEDORA

Presidente: *P. José Adão Rodrigues da Silva*

COORDENADOR DO PROGRAMA DE Mestrado em Direito

Dra. Grasielle Augusta Ferreira Nascimento

CONSELHO EDITORIAL

Presidente: *Grasielle Augusta Ferreira Nascimento*

Doutora em Direito. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).

MEMBROS

Angel Rafael Marinho Castellano

Doutor em Direito. Professor e pesquisador da UFES.

Antonio Lopez Diaz

Professor e Conselheiro Maior. Conselho de Contas de Galicia. Espanha.

Cleber Francisco Alves

Doutor em Direito. Professor da Universidade Católica de Petrópolis - UCP

Consuelo Yatsuda Morimizato Yoshida

Doutora em Direito. Professora e pesquisadora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).

Maria Aparecida Alkimin

Doutora em Direito. Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).

Maria Ether Martínez Quinteiro

Departamento de História Medieval, Moderna Y Contemporânea, Facultad de Geografía e Historia, directora Del Centro de Estudios de La mujer y especialista de reconocido prestigio en Derechos Humanos y ciudadanía. - USAL-Espanha.

Pilar Jiménez Tello

*Doutora em Direito. Universidad de Salamanca
Unidad de Evaluación de la Calidad. Área de Estudios y Planificación. – USAL- Espanha.*

Raúl Cervini

Catedrático de Direito Penal e Diretor do Departamento Penal da Universidade Católica do Uruguai – UCUDAL. Professor de Direito Penal da Universidade Mayor de la República – UDELAR. Secretário Geral para América Latina e Vice presidente do Conselho Consultivo Internacional do ICEPS.

Rosana Siqueira Bertucci

Doutora em Direito. Professora da Faculdade Mato Grosso do Sul – FACSUL.

Soraya Lunardi

Doutora em Direito. Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito de Marília.

CONSELHO CIENTÍFICO-TÉCNICO:

Editor Responsável: *Pablo Jiménez Serrano*

*Doutor em Direito. Professor e pesquisador
do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

Revisão Editorial: *Marcilene Rodrigues Pereira Bueno*

*Mestre em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP),
professora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).*

Tradução: *Larissa Schubert Nascimento*

Projeto gráfico da capa: *Camila Martinelli Rocha*

Pede-se permuta.

We request exchange. Se solicita canje.

Si chiele lo scambio. On demandé l' échange. Wir erbitte

Sumário

Editorial

Conselho Editorial..... 9

1. As Novas Estruturas do Direito de Família:
relações de parentesco
• *Ana Maria Viola de Sousa*.....11
2. Vulnerabilidade do Consumidor
versus Publicidade de Medicamentos
• *Regina Célia Martinez*
• *Marco Antonio Lima*.....53
3. A esfera pública como espaço da necessidade
e mutabilidade do controle social
• *Guilherme Camargo Massau*..... 85
4. Imposição de Obrigações Positivas a Empresas
e Violações de Direitos Humanos: efeitos horizontais
• *Renata Alvares Gaspar*
• *Luísa Nascimento Bustillo*..... 121
5. La Auditoría Ambiental y el Cambio Climático
em la Protección a la MADRE TIERRA
• *Alcides Francisco Antúnez Sánchez*.....187
6. Direito fundamental à garantia de emprego:
uma análise sobre a ausência de regulamentação
do dispositivo constitucional que o abriga
• *Aline Carneiro Magalhães*
• *Roberta Freitas Guerra*.....221

7. Mobilidade Urbana	
• <i>Adir Ubaldo Rech</i>	267
8. O Descompasso entre a Defesa de Direitos Difusos e Avanço da Tecnologia: uma década de (não) história da regulação da nanotecnologia no Brasil	
• <i>Reginaldo Pereira</i>	
• <i>Michael Medeiros</i>	285
9. Uma análise do orçamento do Maranhão e possibilidade de controle social a partir da perspectiva de desenvolvimento em Amartya Sen.	
• <i>Igor Martins Coelho Almeida</i>	
• <i>Mônica Teresa Costa Sousa</i>	323
10. Uma Alternativa de Acesso à Terra: arrendamento rural pelos olhos do Poder Judiciário	
• <i>Luciana Costa Poli</i>	353
11. Município: as atribuições constitucional e legal frente à realidade na execução da Política Ambiental	
• <i>Daisy Rafaela da Silva</i>	
• <i>Paládia Romeiro</i>	379
12. Os Instrumentos Processuais e Constitucionais da República Federativa do Brasil na Tutela do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado	
• <i>Tiago Resende Botelho</i>	411
Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação.....	465
Edição e coedições recentes do UNISAL.....	473

Editorial

O presente número destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, contribuem para a atualização do conhecimento jurídico sobre temas relacionados às linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito (*stricto sensu*) do Centro Salesiano de São Paulo – UNISAL.

Contudo, visando abrir um espaço para a reflexão acerca das questões vinculadas à teoria, à prática e ao ensino do Direito no país, objetiva-se divulgar os resultados das pesquisas jurídicas desenvolvidas pelos docentes e pesquisadores do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, e demais professores e pesquisadores convidados.

Assim, a seguir priorizamos a publicação de trabalhos jurídicos de grande penetração na comunidade acadêmica nacional e internacional.

O Conselho Editorial



As Novas Estruturas do Direito de Família: relações de parentesco

The New Structures of Family law: kinship relations

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2014

Ana Maria Viola de Sousa

Pós Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra,
Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP; Professora e
Pesquisadora na UNISAL; UNIVAP e UNIP.

Resumo

A utilização de reprodução assistida para constituir filhos é uma realidade. Nesse contexto, abre-se o espectro das configurações parentais e familiares, abalando os fundamentos sócio-jurídicos do parentesco. Novas figuras são adicionadas àquelas conhecidas e identificadas tradicionalmente. O processo de mudança nos grupos familiares e nas formas de parentesco, além de criar novas posições e papéis das mulheres, homens e filhos também modificam o sistema da simbologia referencial, propiciando questionamentos nem sempre respondíveis. O objetivo deste trabalho não é responder as questões que emergem, mas de propor novas indagações ampliando o universo da reflexão interdisciplinar, na determinação dos vínculos de parentesco na estrutura familiar.

Palavras-Chave

Direito de Família. Novas Estruturas. Parentesco.

Abstract

The use of assisted reproduction in order to have children is a reality. In this context, the spectrum of parental and family formations is opened up, affecting kinship social-legal fundamentals. New figures are added to those traditionally known and identified. The changing process in family groups and in kinship ways

not only creates new positions and roles for women, men and children, but also modifies the referential symbology system, providing not always answerable questions. The aim of this project is not to answer the emerging questions, but to propose new questions affording the enlargement of the interdisciplinary reflection universe on the determination of the kinship links in family structure.

Keywords

Family Law. New Structures. Kinship.

Sumário

Introdução. 1. Aspectos pontuais sobre o parentesco e a influência da tecnologia reprodutiva. 1.1 A Maternidade e seu atual papel social. 1.2 O papel anônimo da paternidade. 1.3 O papel do filho. 1.4 Novas estruturas e arranjos parentais. 2. Questionamentos Sócio-Jurídicas e antropológicas da parentalidade. 2.1 Quem é Mãe? 2.2 Quem é pai? 2.3 Outras reflexões. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

Em decorrência das evoluções biotecnológicas dos últimos anos, faz-se necessário debate sobre novas concepções jurídico-sociais. A manipulação genética

dos gametas sexuais é hoje, uma realidade, que interfere principalmente nas questões familiares.

A história evolutiva confirma que ainda hoje a família pode ser considerada um espaço de convivência humana. Apesar da dinâmica de novos arranjos estruturais que estabelecem vínculos complexos e diversificados, continua a ser a matriz do processo socializante e referencial das pessoas. Do ponto de vista antropológico a família se constitui em um símbolo de apoio aos seus integrantes, onde ocorre a transmissão de valores e critérios de orientação de conduta, entrelaçando vertical ou horizontalmente uma rede de pessoas. Desse modo, a afetividade desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar (LÔBO, 2009).

Objetos de pesquisa pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), através da PNAD – Pesquisa Nacional de Amostragem de Domicílio, as unidades familiares se estruturam das mais variadas formas, as quais podem ser (LÔBO, 2009 p.56-58):

- a) União com vínculo do casamento¹, com filhos biológicos;
- b) União com vínculo do casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou somente com filhos não biológicos;
- c) União estável² com filhos biológicos;
- d) União estável com filhos biológicos e não biológicos ou somente não biológicos;
- e) Entidade monoparental³ composta de pai ou mãe e filhos biológicos;
- f) Entidade monoparental composta de pai ou mãe

- e filhos biológicos e adotivos ou somente adotivos;
- g) Grupo parental de irmãos ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
 - h) Entidade formada por pessoas sem vínculo de parentesco, em convivência permanente com laços de afetividade e auxílio mútuo, sem fins sexuais ou econômicos;
 - i) União homoafetiva com finalidade sexual e afetividade;
 - j) União concubinária⁴, na qual ocorre impedimento para o casamento de um ou ambos conviventes, com ou sem filhos;
 - k) Famílias recompostas, formadas por padrasto ou madrasta e enteados.

A partir do advento da Constituição da República de 1988, dois grupos, além daquele instituído pelo vínculo do casamento, foram incluídos como entidades familiares merecedores de normatização: a união estável e a família monoparental. As formas grupais referidas nas letras “g” a “k” acima listadas, embora não expressamente reconhecidas, possuem características da afetividade, da estabilidade e da convivência pública, podendo ser alinhadas como entidades familiares. E a Constituição da República de 1988, trouxe, não só essa novidade, como também, alterou o foco de interesse, pois, além de tratar a família como uma entidade social, também estabeleceu especial interesse para cada pessoa que a integra.

Oliveira (2002, p.247) afirma que a Constituição

da República concebe a família de forma mais moderna, ajustando-se às aspirações da sociedade, se comparada com normas mais tímidas do Código Civil instituído pela Lei 10.406/02. Isto porque aquela imprimiu maior interesse à pessoa⁵ e valoriza as relações de afetividade, além do aspecto patrimonial, enquanto esta estabelece normas de conteúdo estritamente patrimonial.

No Brasil, a legislação adota três dimensões de parentesco⁶: a biogenética, ou consanguínea, que possui conexão entre pais e filhos estabelecida pela base natural; a sócio-afetiva ou civil, cuja substância decorre de convenções sociais e símbolo de unidade e afetividade, princípio utilizado essencialmente na adoção; e o parentesco por afinidade que se estabelece pelo vínculo conjugal ou pela união estável. A legislação civil pátria, em seu artigo 1.593 estabelece também que será sempre civil o parentesco decorrente de qualquer outra origem que não a consanguinidade. Os doutrinadores são unânimes em afirmar que neste tipo de parentesco se incluem, além da adoção, a posse do estado de filiação e as derivadas por inseminações heterólogas (LÔBO, 2009, p.186; VENOSA(a), 2010, p. 1450). Este posicionamento, porém, é questionável, considerando que a dimensão consanguínea estaria comprovadamente presente, embora haja a intervenção técnica na inseminação artificial.

Na linha reta de parentesco, a relação de ascendência e descendência é de origem biológica, principalmente, mas, não é a única. A Constituição Federal estabelece também a origem adotiva, vedando quais-

quer designações discriminatórias⁷. A ascendência é uma linha bifurcada na qual cada pessoa origina-se de duas, ou seja, materna e paterna, quando os vínculos derivam da mãe ou do pai (LÔBO, 2009, p.187). Na linha colateral ou transversal o parentesco pressupõe a existência de um tronco comum. Assim, partindo-se do parente, cujo grau de parentesco se pretende determinar, sobe-se em linha reta, contando cada grau até o ascendente comum, descendo depois até o paradigma⁸ (FRANCIULLI NETTO, 2003 p.1147). O parentesco por afinidade é o vínculo criado por disposição legal sem relação de consanguinidade e a contagem de grau é semelhante à utilizada no parentesco consanguíneo.

A rede de relações familiares identifica diversos agentes reconhecidos social e juridicamente, aos quais podem ser atribuídos direitos, deveres e responsabilidades, e em alguns casos, limitando o alcance do vínculo parental dessas obrigações. Assim, na linha reta o parentesco é ilimitado, e, na colateral o vínculo legal é estabelecido até o quarto grau. As figuras de pais, mães, filhos, avós, bisavós, cunhados, tios, sobrinhos, tios-avôs, sobrinhos-neto e outras denominações conhecidas são recursos simbólicos dos quais se utilizam as pessoas na identificação e continuidade da estrutura familiar, tornando-se visível na visão antropológica dessa comunidade, especialmente na sociedade onde o imperativo da inclusão é preponderante (AMAZONAS & BRAGA, 2006).

Com o desenvolvimento de tecnologias reprodutivas, abre-se o espectro das configurações parentais, que vai além das tradicionais famílias mononuclear

até mesmo da extensa, padrões largamente conhecidas na sociedade brasileira. Surgem figuras como doadores e receptores de gametas e gestantes de substituição, aos quais ainda não lhes foram definidos os liames jurídicos e sociais que os unem a uma determinada família.

Unões homoafetivas não disciplinadas na legislação brasileira é hoje, uma realidade. Embora apresentem requisitos de relações pessoais, de lealdade, de respeito, assistência, alimentos, de afetividade, da estabilidade e convivência pública, ainda lhes faltam identificação familiar e nomeação social.

O processo de mudança nos grupos familiares e nas formas de parentesco, além de criar novas posições e papéis das mulheres, homens e crianças, também modifica o sistema da simbologia referencial propiciando questionamentos nem sempre respondíveis.

I. Aspectos pontuais sobre o parentesco e a influência da tecnologia reprodutiva

A relação de parentesco estabelece que todo ser humano tem pai e mãe, independentemente de a origem ser “natural” ou concebida “em laboratório”, ainda que esta modalidade de paternidade não seja imediata. (VENOSA (b) 2010, p.223).

O universo da tecnologia reprodutiva é vasto. Franciulli Neto (2003) afirma a necessidade de aclarar o significado e o alcance dos termos técnicos utilizados na reprodução assistida. Nesse sentido, denomina-se inseminação artificial a técnica que introduz o esper-

matozóide diretamente no colo do útero facilitando o acesso dos gametas masculinos ao óvulo para fecundação. Já a fecundação *in vitro* é a técnica na qual o óvulo e o espermatozóide são postos num meio de cultura adequado, permitindo a fecundação dentro de um tubo de ensaio. Somente após alguns dias é que os embriões são transferidos ao útero feminino. Múltiplos embriões são transferidos, mas o restante, chamados embriões excedentários permanecem armazenados ou criopreservados.

É considerada homóloga a inseminação proveniente de gametas do próprio casal e heteróloga se o procedimento incluir terceiro doador (VENOSA (b), 2010, p. 235).

A utilização de reprodução medicamente assistida para constituir filhos é uma realidade em todos os países do mundo. E o Brasil também se inclui nesta estatística, embora sua legislação a respeito ainda esteja principiando, contando apenas com uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que estabelece algumas condições. Demais normas constituem de Projetos de Lei⁹ que estão em tramitação e discussão no Congresso Nacional.

Uma legislação normativa é de premente necessidade, não apenas para regulamentar as atividades da reprodução assistida, como também para impor limites e determinar os limites éticos em manipulações genéticas.

Embora ausente de legislação, pesquisadores do tema apontam uma crescente demanda por essas tecnologias. As dificuldades na obtenção de dados es-

tatísticos dessa prática consistem, principalmente, na ausência de um centro de coordenação que concentre os elementos que permitam a sistematização do fenômeno. Mas a realidade é outra e os efeitos são diversos no estabelecimento do parentesco.

1.1 A Maternidade e seu atual papel social

O princípio da presunção da maternidade por muitos anos foi tido como certa, não se questionando jurídico-socialmente quem seria a mãe. Diante de novas tecnologias desenvolvidas pelo próprio homem, possibilitando a manipulação genética, este princípio inquestionável da maternidade, influenciado por novos modos de pensar, passou a merecer interesse de reflexão visando adequar à situação real iminente.

Aspectos que devem ser considerados:

- Na iminência de problemas impossibilitando a mulher de gestar seu filho, esta pode socorrer-se de útero alheio, fornecendo seu material genético. Embora a legislação brasileira não reconheça o “aluguel de útero”, na Resolução nº 1.358, de 1992 do Conselho Federal de Medicina há admissão de cessão temporária de útero, condicionada ao vínculo de parentesco, até o 2º grau em relação à mãe genética (LÔBO, 2009 p. 202-203).

- Quando a mulher possui condições físicas de gestar, porém não consegue produzir óvulos suficientemente sadios ou impossibilitados de fecundação, poderá ela optar por receber óvulos doados.

- Não tendo a mulher condições de gestar e nem de fornecer material genético, mas demonstrar afeti-

vidade, pois pretende ser mãe, poderá socorrer-se de óvulos doados e útero cedida por membro da família, limitada a cessão temporária de útero às normas da Resolução do Conselho Federal de Medicina.

A certeza da maternidade era determinada com a análise dos atributos essenciais da biogenética, da gestação e da afetividade. Mas, podem ocorrer outras circunstâncias nas quais a maternidade se torna questionável, por ausência de um desses elementos. O surgimento do conflito da maternidade distingue três condições para o reconhecimento de mãe: a mãe biogenética, a mãe parturiente e a mãe sócio afetiva. A atribuição da maternidade nessas situações torna-se cada vez mais complexa e de difícil solução para o estabelecimento da relação mãe-filho.

De um lado a dimensão consanguínea determina a transmissão hereditária dos caracteres genéticos; de outro, a afetividade implica na construção do novo ser com suporte no amor e cuidados maternos. Com relação à cessão de útero, questões como a gestação, o sangue que alimentou o feto e, até mesmo o estado psicológico da mãe gestante, são levantadas. Na Alemanha, por exemplo, Lobo (2009, p.203) afirma que o reconhecimento da maternidade está conectado à situação de nascimento. A maternidade da mãe parturiente está, nos termos do § 1.591 BGB, determinada e não pode ser anulada nem desafiada por ação de investigação de maternidade, ainda que ausente a ascendência genética da criança. Isto porque, segundo este autor, somente a gestante tem relação física e psicológica com a criança durante a gravidez.

No Brasil, os projetos de lei que tratam de reprodução assistida tendem a considerar a garantia da origem biológica, sendo esta, o fundamento das relações parentais (DINIZ, 2006). A doutrina crescente sobre maternidade e gestação argumenta que a mãe de substituição é apenas hospedeira, sem contribuição genética, portanto. Mãe seria aquela que assume e leva adiante o sonho da maternidade, mesmo que tenha de recorrer a estranhos para que sua vontade seja satisfeita. Teixeira et al (2009) argumentam que a capacidade de conceber filhos é extremamente importante para a subjetividade feminina, assim como para o próprio sentido da vida da mulher. Afirmam também que embora o casamento venha perdendo importância na realidade feminina a realização da maternidade ainda é um dos mais importantes projetos para as mulheres. Segundo Diniz (2006) na sociedade tradicional o reconhecimento social do parentesco segue a linha genética, dependente da biologia e as mães de substituição têm essa noção claramente determinada. Para elas, o fator principal que caracterizaria a maternidade seria o papel social, de modo que a questão não é saber quem é a mãe, mas, quem tem o direito de ser reconhecido como tal.

Lobo (2009 p.237) afirma que no direito brasileiro, a maternidade decorre do parto. Razão pela qual, na eventualidade da ocorrência de cessão de útero, não se poderá contestar a maternidade, ainda que se prove não ser geneticamente dela nascido. Para Venosa (b) (2010 p. 242) deve ser considerada mãe aquela que teve seu óvulo fecundado, justificando que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Ambos

os autores afirmam, porém, que a contestação da maternidade será autorizada quando ocorrer falsidade de declaração, cuja prova poderá ser feita inclusive com o exame de DNA. Venosa (b. 2010 p. 243) acrescenta ainda que em um caso concreto de maternidade por cessão de útero, do ponto de vista do filho assim gerado, seria “inafastável que nessa situação inconveniente tem ele duas mães, uma biológica e outra geratriz”.

A determinação da maternidade fica ainda mais complexa, em caso de manipulação laboratorial de óvulos. A moderna ciência permite a técnica denominada transcitoplasmática, a qual consiste na transposição do citoplasma ou do núcleo de uma para outra célula reprodutiva, objetivando o rejuvenescimento e obter maior chance de fecundação. Se o citoplasma ou o núcleo daquele óvulo advém de uma outra doadora, a célula fecundada terá mistura de substâncias de duas “mães”: uma que vai transmitir os caracteres físicos constituintes do DNA nuclear e outra, que através da mistura de organelas, como as mitocôndrias, presentes no citoplasma, pode ser responsável pela determinação dos processos de metabolismo, sensibilidades a determinados agentes, transmissão de deficiências auditivas ou até mesmo a pré-disposição a desenvolver diabetes (CARVALHO E RIBEIRO, 2002). As mitocôndrias são organelas circulares intracelulares que possuem seu próprio genoma (DNA) e que são transmitidas aos descendentes exclusivamente pela mãe. Na ocorrência de um fato dessa natureza, até mesmo o sofisticado exame de DNA, ou não demonstraria a mãe biológica real, ou constataria a existência de doadoras

distintas, resultando em dupla maternidade genética gerando incerteza da identidade para a criança que assim nascesse (LUMA, 2001).

1.2 O papel anônimo da paternidade

Na presunção da paternidade também houve mudança. Antes presumia-se pai, o marido da mãe, em clara defesa da instituição familiar. Hoje, presume-se pai, o marido da mãe que “age e se apresenta como pai, independentemente de ter sido ou não o genitor biológico” (LÔBO, 2009, p.226), demonstrando preponderância da afetividade. As restrições impostas na determinação da maternidade não são encontradas quando se tratar da identificação da paternidade, a qual tem ampla liberdade, admitindo-se todos os tipos de recursos e meios científicos para solução adequada às novas questões (VENOSA (b), p.235).

O Código Civil, Lei 10.406/02, incluiu três dispositivos na presunção de nascimento dos filhos¹⁰. Os dois primeiros casos tratam de inseminação homóloga. Se o filho nasce mesmo após o falecimento do marido, ou é fruto decorrente de embriões excedentários, não há maiores complicações, pois há uma conciliação entre o aspecto biológico e o afetivo do doador. O terceiro dispositivo trata da inseminação heteróloga, o que implica um terceiro doador e, desde que consentida pelo marido, subentende-se que ele assumirá a criança e não contestar a paternidade.

Venosa ((b), 2010 p.234) afirma que esses dispositivos do Código Civil estão sem ordenação devida e

sua interpretação poderá incluir até mesmo a maternidade sub-rogada, considerando que os embriões podem ser albergados no útero de outra mulher.

Questão tormentosa ocorre quando mulheres solteiras ou viúvas recorrem ao banco de sêmen para uma “produção independente”. Nessa situação observa-se uma ruptura na relação pai-filho, impossibilitando o reconhecimento da paternidade. Contudo deve-se levar em consideração que as mulheres não se reproduzem sozinhas. Para que elas possam engravidar será necessário participação, ainda que mediata, do homem, mesmo que seja um doador anônimo de sêmen. A relação de parentesco fica conflituosa, embora a Constituição Federal tenha erigido à condição de família, aquela constituída por um dos genitores e seus filhos. A função social e afetiva da paternidade não mais existe, os valores são totalmente modificados, ou até mesmo ausentes. Grupos formados por um dos genitores e seus filhos pela separação ou morte do outro genitor, mantêm implicada a figura daquela pessoa na família, seja pela presença física, embora não o esteja socialmente, ou simbólica, se falecida. E mais, a separação e a viuvez permitem a substituição da figura do pai ou mãe, o que não ocorre no contexto da reprodução assistida, evidenciando-se um novo parentesco (RIVAS, 2009). As pessoas que participam deste processo pertencem a categorias diferentes, afirma Rivas (2009). Para esta autora existem pais sociais e legais, os pais genéticos, os pais doadores de esperma, e outros, que “devem ser identificados para seu papel social no novo universo relacional gerado”.

As técnicas de reprodução assistida surgiram para auxiliar pessoas com alguma impossibilidade de concepção de forma natural, mantendo um banco de sêmen doado por anônimos. Filhos concebidos com a utilização desses gametas trazem como consequência a inexistência da identidade pai-filho. A paternidade se torna invisível e o homem é reduzido ao seu espermatozoário dissociando a paternidade sexual da procriação (TEIXEIRA et al, 2009). A prática da doação anônima de sêmen provoca o surgimento de uma situação diferenciada da figura paterna. O congelamento do sêmen como instrumento para fecundação de óvulos traz em si laços de paternidade cada vez mais tênues pela distância que se estabelece entre o doador e a receptora, tanto em termos temporais como espaciais, vez que a técnica atual permite conservar por tempo considerável sêmen e óvulos para posterior utilização. O anonimato do doador traduz uma irrelevância à figura de pai, seja de sua identidade, seja do seu papel social no processo da fecundação não se podendo atribuir direitos e deveres àquele que não desejou para si ou mesmo não desenvolveu um projeto parental (GONÇALVES, 2009), pois ao doar o sêmen abdicou de sua paternidade.

A ausência do pai fica mais evidente ao permitir o acesso a mulheres sozinhas ou mulheres homoafetivas ao processo de reprodução assistida. A figura paterna, ou o homem, passaria a constituir mera ferramenta reprodutiva, trazendo o risco de o papel do pai perder sua identidade (ALVAREZ, 2006).

Vieira (2008) assegura que de 5 a 10% dos movi-

mentos das clínicas de reprodução assistida são de mulheres sem parceiros. Elas buscam pela inseminação, mesmo que não se trate de infertilidade, mas sim de uma mulher que quer procriar sem, necessariamente, ter um parceiro. Isso evidencia o conteúdo de individualização, de pluralidade de escolha e autonomia das mulheres.

1.3 O papel do filho

Cada ser humano é geneticamente distinto um do outro, possuindo sua própria identidade genética, individual e irrepetível; identidade que corresponde ao genoma de cada ser humano (SPAREMBERGER e THIESEN, 2014).

Do ponto de vista biológico, cada ser humano possui um genoma próprio, uma identidade genética determinante da característica que faz com que cada um seja diferente do outro. Desse modo, não há como negar a dimensão genética como fator integrante da formação da personalidade do indivíduo ao lado do aspecto social e psicológico. O conhecimento à essa identidade biológica, nas afirmativas de muitos pesquisadores, é considerado um direito fundamental (LÔBO, 2009; GONÇALVES, 2009; DINIZ, 2006; SPAREMBERGER e THIESEN, 2014), e não pode ser retirado do ser humano. O conhecimento de sua identidade genética, não é considerado apenas como um direito, mas também uma necessidade a fim de evitar casamentos consanguíneos. Afirmam, Sparemberger e Thiesen (2010), que é da natureza do ser humano o desejo, a curiosida-

de e até mesmo a necessidade de conhecer suas origens e, encontrar respostas para as indagações que surgem em relação à sua formação biológica. Por outro lado, o direito à identidade genética não pode ser considerado uma desconstituição da paternidade, mas deve permitir ao indivíduo saber sua história e assegurar a certeza de sua origem.

O direito ao conhecimento da identidade genética não deve ser confundido com a filiação ou paternidade (LÔBO, 2009, p.206). A filiação e a paternidade, na acepção jurídica das palavras, traz uma conotação econômica e patronímica. Mas, saber a origem genética contribui para o entendimento de certas características e hábitos que agregam à personalidade humana ou mesmo buscar medidas preventivas de saúde inerentes à hereditariedade. Gonçalves (2009) acrescenta que a proteção da uma identidade biológica apresenta três dimensões: um direito à identidade genética; um direito à não repetição desse patrimônio genético; e o direito ao conhecimento dos progenitores ou a historicidade pessoal.

Na abordagem sociológica, estudos realizados por Serra e Leal (2005) no setor de infertilidade em uma maternidade de Lisboa - Portugal, concluíram que as crianças nascidas por fertilização *in vitro* têm um risco acrescido no desenvolvimento de problemas emocionais, relacionais e comportamentais devido ao estilo ansioso e protetor dos pais. Explicam as autoras que os pais ficam ansiosos com as tentativas de gravidez e o tempo de espera, em média, superior a dois anos, fazendo com que percebam a criança desejada como

um ser especial, um bem precioso demais, razão pela qual têm a tendência a protegê-la excessivamente, pois a consideram mais vulneráveis e sujeita a maus-tratos. De outro lado, Amazonas e Braga (2006) afirmam que a preocupação com os desajustamentos comportamentais desses filhos não tem razão fundamentada, pois, apesar da enorme mutação histórico-cultural da família, ainda é o espaço onde a criança vai vivenciar todo o processo de socialização e subjetivação. Desse modo, as dificuldades eventualmente demonstradas pela criança, não estaria no fato de ser gerado pelas novas tecnologias reprodutivas, mas sim na maneira pela qual o relacionamento familiar ocorre.

Do ponto de vista antropológico a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura, estabelecendo entre as gerações uma continuidade, não apenas de descendência e patronímico, mas também das tradições, dos costumes e dos ritos, enfim, estabelece-se um complexo de inter-relações entre seus membros que são traduzidos em traços identificatórios que direcionam o filho ao reconhecimento de sua situação frente a si mesmo e aos demais membros do grupo familiar (TEIXEIRA et al, 2009).

Para a formação de sua personalidade a criança, após o nascimento, necessita ser dotado de relacionamentos os quais devem transmitir conceitos e valores, estabelecer laços de afeto, vivenciar os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico-social. O recurso aos procedimentos das tecnologias de reprodução pode gerar relações sociais complexas na família. Muitas vezes, o filho não possui um “pai” de referência;

outras vezes, possui “duas mães”, ou até mesmo “dois pais”, tornando os papéis familiares tradicionais difusos, gerando nos filhos uma insegurança no estabelecimento de sua identidade.

1.4 Novas estruturas e arranjos parentais

Concebidas de forma fluida, sem contornos definidos, as experiências familiares atuais são construídas por diferentes arranjos, desarticulando as noções tradicionais e a formação do vínculo entre seus componentes. Surgem figuras oriundas de forma genética, biológica ou afetiva e que estabelecem uma conexão com a unidade grupal, mas estão à margem da referência familiar.

a) Os doadores e receptores

A doação de gametas femininos ou masculinos, embora anônimos¹¹, contribui com sua carga genética para a constituição do novo ser. A doação de gametas não pressupõe relacionamento com outra pessoa, mas a possibilidade de uma nova descendência (BESTARD, 2009). They (2009) propõe a expressão “doações de engendramento”¹², incluindo a doação de sêmen, óvulos, pré-embriões e útero (considerado como capacidade de gestação). Acrescenta a autora que o interesse pelo anonimato desses doadores não pode pretender levá-los a “coisificação”, pois, na realidade doadores são pessoas, suscetível a ter um rosto, um nome e uma identidade. Isso resulta numa ambiguidade nas relações de parentesco. Na hora de definir legalmente a filiação, há níti-

da oposição entre o “genético”, o “biológico” e o “afetivo” que se entrelaçam e se diferenciam quando se tratar de reprodução assistida com doadores de gametas, pois todos os envolvidos são atores de um mesmo processo. Afirma Thery (2009), que a tendência a considerar como “material”, o produto de doações de engendramento cria um verdadeiro desafio para os “pais” quanto à transmissão ao filho do significado de que ele foi nascido da união de uma pessoa e um “material” obtido em laboratório.

O anonimato do doador traz em si uma irrelevância de sua identidade e o afastamento do seu papel social no processo da fecundação (Gonçalves, 2009). Sua imposição em algumas legislações estrangeiras, bem como na Resolução do Conselho Federal de Medicina do Brasil, tem em vista a garantia da autonomia e o desenvolvimento normal da família que utiliza (SPAREMBERGER e THESEN, 2014).

Não pode ser desprezado, contudo, a importância do conhecimento da filiação genética, reconhecendo o direito, à criança nascida de doação de gametas, de obter com exatidão toda a informação sobre suas origens genéticas, possibilitando-lhe construir uma identidade como sujeito (ALVAREZ, 2006).

Os receptores, por seu lado, aparentemente estão mais preocupados consigo mesmos, no afã de serem mães e pais sociais, construindo a filiação de forma desejada e planejada, tendo a intencionalidade como elemento essencial na relação pai/filho ou mãe/filho (BESTARD, 2009). Quando os receptores planejam descendentes, estes são concebidos primeiramente na

mente, para depois materializar no corpo, afirma Bestard (2009). Segundo este autor, os receptores quando desejam um filho, pensam em termos de continuidade de sua família e sempre procuram traços característicos na criança. Acredita-se que as clínicas especializadas nos procedimentos médicos de reprodução também levam isso em consideração, quando “elegem” os doadores, procurando entre estes, caracteres semelhantes com a família dos receptores. Mesmo porque, afirma Bestard (2009) a relação genética nem sempre implica relação física entre pais e filhos, nem mesmo sentimento de afetividade.

Como exemplo prático da questão do anonimato dos doadores cita-se a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE

O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU.

1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado.
2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício.
3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção

das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade.

4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013)

O acórdão acima exposto põe em prática o anonimato dos doadores já consagrado na teoria. Somente seria necessária a citação do doador, pai biológico, caso fosse de interesse da menor. Mas o caso é somente os o

reconhecimento de paternidade do casal homoafetivo jurídico. Desta forma tendo sido feito todo o processo de inseminação artificial corretamente e por vontade do casal, foi dado provimento unânime ao pedido que requer o registro de nascimento da filha em nome do casal.

b) Homoparentalidade feminina

Na atualidade, a tecnologia possibilita que duas mulheres sejam consideradas como “mães biológicas”. Uma delas que pode ser inseminada com sêmen doado será a “mãe gestante” e a outra terá o status de “comãe” (FONSECA, 2014). Em grupos assim constituídos por duas figuras femininas, ocorre uma transformação das posições juridicamente ocupadas pela mulher e pelo homem em famílias tradicionais. A análise provoca tensão entre filiação e biologia e pesquisadores do assunto têm a tendência a eleger então uma parentalidade sócio-afetiva (AMAZONAS e BRAGA, 2006; TEIXEIRA et al, 2009; BESTARD, 2009; RIVAS, 2009). Aqui, há uma dissociação entre a filiação biológica e a sócio-afetiva; é a afetividade superando o biológico. O que se leva em consideração é o “ser querido” e não ter sido concebido. Essa posição, contudo, contraria a importância genética que se dá em reprodução assistida.

Muitos países já reconhecem o direito de uniões homoafetivas, mas ainda, elas próprias sofrem preconceitos e discriminações.

Rivas (2009) afirma que é a liberdade de opção e deliberação que permite estabelecer uniões homoafetivas e as técnicas de reprodução assistida é um passo

a mais na dissociação entre sexualidade e reprodução. Teixeira et al (2009) confirmam que famílias assim constituídas não se conformam ao modelo nuclear e, portanto, exige da sociedade uma abordagem não preconceituosa a fim de que as relações familiares obtenham o reconhecimento social, pois pensar a família é pensar o contexto sociocultural e suas vicissitudes.

Amazonas e Braga (2006) interpretam o fenômeno da união homoafetiva como fato esperado, diante do crescimento e afirmação da identidade homossexual. Desse modo, ao reivindicarem o direito a filhos, as homossexuais afirmam suas identidades, mas também suas diferenças enquanto grupo social, numa tentativa de acessar os recursos simbólicos e materiais da sociedade. As autoras ainda afirmam que as crianças dessas famílias continuarão, por algum tempo, sendo vistas como diferentes, enquanto a sociedade ainda acentuar essa diferença.

A título exemplificativo, descrevemos a decisão:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DEVANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por

doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta- onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III.A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min.Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens

para o adotando”. VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas”(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo”. (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá,2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii)

da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PRO-VIDO.

(STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/12/2012, T3 - TERCEIRA TURMA).

No presente acórdão, reafirmou-se o posicionamento adotado pelo tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral pela esposa da receptora, como sendo também mãe da criança legal e juridicamente. A justificativa é quanto à vantagem desta adoção para a criança já que será recebida em um lar que planejou recebe-la, não importando a orientação sexual dos pais.

c) Homoparentalidade masculina

Do mesmo modo que a feminina a homoparentalidade masculina que desejar ter um filho, haverá, necessariamente de recorrer à reprodução assistida. Mais complexa que a feminina o grupo masculino, além de obter doação de embriões, também utilizaria útero alheio para gestar a criança, o que dificulta a

identificação das figuras tradicionais materna e paterna. Embora seja louvável a afetividade nas relações familiares, a ausência da figura feminina pode provocar insegurança na construção da identidade da criança e suas referências.

Amazonas e Braga (2006) afirmam que os lugares masculino e feminino na família não coincidem exatamente com os ocupados pelos homens e mulheres. Analisando a evolução da família patriarcal até hoje, verifica-se a existência de inúmeras modificações, a ponto de a legislação pátria considerar como família o grupo formado por um dos pais e seus filhos. Neste caso, apenas o pai estará presente, responsabilizando-se por todas as atribuições, inclusive as consideradas pela sociedade não apenas como masculinas, mas também como femininas.

Embora a união homoafetiva masculina tenha implicações um pouco diferentes da família monoparental, Bestard (2009) afirma que o cuidado é o conteúdo da filiação. A conduta e o sentido das relações, não estão determinadas nem pelo nascimento, nem por sangue, nem por genes, mas construídas pelas pessoas que estão em dependência recíproca, cujos elementos configuram a identidade das pessoas. Amazonas e Braga (2006) acrescentam também que a identidade sexual é uma certeza imaginária e subjetiva e não necessariamente biológica, de modo que a criança construirá ao longo de sua vida, naquilo em que se tornará, apoiado na filiação e sexuação que concernem à estrutura familiar a que pertence.

d) Sub-rogação de útero

Também conhecida como “cessão de útero”, “barriga de aluguel” ou “gestação de substituição”, a sub-rogação de útero é uma prática utilizada, embora não legalmente reconhecida, no universo da tecnologia reprodutiva.

Vieira (2015) entende que nessa modalidade, assim como na receptação de embriões, há um projeto de maternidade, porém estabelecendo uma dicotomia: De um lado o útero de substituição tem o vínculo da gestação minimizada, identificando-se a maternidade com a genética. De outro lado a receptação valoriza a maternidade pela gestação em detrimento do aspecto genético.

Em termos de relações familiares, a mulher que sub-roga o útero, nessa condição, não teria nenhum vínculo com os encomendantes da gestação, mas no Brasil, o único regulamento que trata desse assunto é a Resolução do Conselho Federal de Medicina, a qual prevê parentesco até o segundo grau com a família genética, preferencialmente, já que podem existir outros “casos sujeitos à autorização” do referido Conselho.

Afirma Rivas (2009) que na visão antropológica o parentesco tradicional é estabelecido num sistema social baseado no elemento natural de relações sociais, filiais, conjugais, fraternais e que vai se expandindo de forma ascendente e descendente sendo irrefutável o componente biológico. Com a inclusão das tecnologias reprodutivas, esse ponto de vista tende a se modificar. Hoje o genético e o biológico não se confundem. Mulheres que gestaram um filho poderia ser considerada

“mãe biológica”, mas não a “mãe genética”, por conta da existência de sub-rogação de útero com embriões doados. A estrutura de parentesco se torna complexa e de difícil identificação.

2. Questionamentos Sócio-Jurídicas e antropológicas da parentalidade.

Juridicamente considerado o parentesco se estabelece de forma natural, civil e por afinidade. Natural quando decorrente de consanguinidade ou biológico; civil se origina de outra forma; e por afinidade decorrente de imposição legal quando houver entre um casal o vínculo do casamento ou união estável. Essa visão leva em consideração fatos como o matrimônio, nascimento e a adoção, entrelaçando bases biológicas e sociais.

O parentesco, na visão antropológica, é considerado o conjunto genealógico ao qual pertence cada membro. Houzel (2004, p.51) concebe que os laços de parentesco estabelecem complexos liames de filiação e de aliança, consubstanciados na noção de interação comportamental (visão objetiva), afetiva (afetividade entre membros), fantasmática (história da família) e simbólica (transmissão de valores). Essa interatividade ajuda na identidade de cada membro do conjunto.

Rivas (2009), ao analisar a estrutura de parentesco, afirma que o termo “parentesco” deve ser redefinido outorgando maior abertura e flexibilidade. Ele discute a substituição de parentesco pelos termos “re-

*latedness*¹³, ou “*kinning*”¹⁴ porquanto o parentesco gera modos particulares de relação, vínculo e conexão entre as pessoas. O primeiro termo, afirma a autora, pode ser entendido como “conexividade”, e o segundo como “emparentamento”, destacando ser preferível este último por considerar que o termo remete ao processo pelo qual um recém-nascido ou uma pessoa, não conectada previamente, se introduz no grupo. Conclui a autora ainda que a substituição de termos não conduz à solução dos problemas.

Oliveira (2002, p.233) afirma que uma das principais características da família é a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros; afetividade como sentimento natural, que não decorre de legislação, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, diálogo e compreensão.

As relações de parentesco são dinâmicas e estão em mutação. Os conceitos e categorias até então conhecidas estão em transformação, fazendo com que o estabelecimento dos laços de parentesco seja objeto de indagação e reflexão, não apenas dos expertos, mas também dos acadêmicos, profissionais do direito, e até mesmo dos próprios atores destas transformações.

2.1 Quem é Mãe?

Qualquer mudança no discurso natural traz consequências para o ordenamento social, fazendo com que a relação entre tecnologia conceptiva e parentesco tenha influências mútuas. As tecnologias reprodutivas, assim, abalam a estrutura de parentesco tradi-

cional, vez que apenas a base natural da filiação não é mais capaz de responder quem é a verdadeira mãe: se a parturiente, se a que doou óvulo, ou se a que socializa a criança (DINIZ, 2006).

Na questão da maternidade, em termos de técnicas de reprodução assistida, diversos arranjos podem ser derivados:

- mãe biológica: considerada aquela que recebe um óvulo fecundado para gestação;
- mãe genética: considerada aquela que doou o óvulo;
- mãe afetiva: considerada aquela que deseja um filho

As três situações podem coincidir ou não, porém é certo que todas as participantes estarão presentes no processo surgindo, daí, diversas indagações quanto à sua identidade dentro do contexto parental:

- Que tipo de relação parental poderá ter a mulher que apenas sub-rogou o útero para gestação? Qual a categoria dessa relação? Que status pode ser atribuído a ela?
- A placenta, o sangue e os fluidos corporais têm alguma significação parental na gestação da criança?
- Até que ponto a dimensão psicológica que se estabelece entre gestante e o feto pode alterar a relação parental?
- A mãe que sub-roga o útero para sua própria fi-

lha, é mãe ou avó da criança? E a mulher que desenvolve a gestação para irmã, tem um filho ou um sobrinho?

- Seria incesto a prática de sub-rogação de útero entre familiares consanguíneos?
- Que posição jurídica poderá ocupar, na estrutura parental, a mulher que apenas doou seu óvulo na constituição de uma criança? E se houver mistura de substância de duas mulheres no óvulo fecundado que culminou no nascimento de uma criança? Poderia falar em plurimaternidade?
- Negar quaisquer destas conexões implicaria em obstáculo para o pleno desenvolvimento da criança?
- Pode-se atribuir responsabilidades pela sub-rogação de útero?

2.2 *Quem é pai?*

O princípio básico da determinação da paternidade sempre foi fundamentado na presunção, seja por ordem legal, seja pelo natural. Assim, presumia-se pai, o marido ou o companheiro da mãe. É comum o privilégio do aspecto biológico, por exemplo, nas ações de investigação de paternidade. Somam-se também os aspectos emotivo e afetivo que vão sendo cada vez mais valorizados. Atualmente, porém, a concepção de filiação está em transformação, assumindo novos contornos com as inovações tecnológicas de reprodução assistida. Algumas técnicas de procriação alijam a figura do pai. A paternidade e a maternidade perderam

o status social absoluto na família (ALVAREZ, 2006), ainda assim, na cena familiar e no desenvolvimento da criança, a figura do pai sempre será reivindicada, esteja ou não ausente do cenário, pois a subjetivação infantil passa pelos atributos das funções materna e paterna (AMAZONAS e BRAGA, 2006). Esse mecanismo cria situações de indagação ainda difíceis de serem respondidas:

- Que vínculo parental pode ter um homem que doa sêmen que contribuiu para o nascimento de uma criança?
- Como construir a paternidade quando a figura do pai é anulada nas uniões homoafetivas ou quando mulheres desejam ter filhos autônomos?
- A figura paterna na dimensão sócio-afetiva tende a desaparecer no âmbito da reprodução assistida?
- Pode-se conceber dois pais em uniões homoafetivas masculinas? Que tipo de relação parental pode ser estabelecido com o pai genético?
- Que significado tem o gameta doado para os doadores?
- A doação de engendramento é apenas uma ferramenta altruística? Ou um legado genético de continuidade de sua própria identidade?
- Filho nascido de gameta doado é um descendente? Pode ser considerado um novo modelo de filiação? Que tipo de conexão parental existe entre o filho e o doador?
- Como a criança irá construir sua identidade

quando é fruto de união de uma pessoa com um material doado?

- Como explicar para a criança que ela foi concebida em laboratório; que a concepção não é importante, mas o que conta é ser querido? Haverá repercussões psicológicas e emocionais para essa criança?
- O anonimato do doador seria considerado empecilho para estabelecer relações parentais?
- O anonimato dos (das) doadores (as) não seria estaria negando a substância da reprodução assistida, ou seja, a genética?

2.3 Outras reflexões

Considerando que as técnicas de reprodução assistida permitem a preservação de sêmen, óvulos e embriões, implícita a distância que se estabelece entre doador e receptor, suscitando indagações interessantes.

- A distância espacial que separa o doador do receptor de material genético seria um obstáculo na construção de parentalidade?
- E a distância temporal, tem alguma importância?
- A distância, associada ao anonimato do doador, poderia de algum modo interferir na construção da parentalidade? Poderia, talvez, transgredir normas já consagradas pelo Direito, como a proibição de incesto e o casamento consanguíneo?
- Terá alguma influência no direito a distinção das

noções de biologia e genética quanto à dimensão do parentesco?

- Qual o alcance e a abrangência das dimensões consanguínea, civil e afinidade que hoje são a base do parentesco?
- A família do doador de engendramento pode ou deve fazer parte do parentesco da família do receptor em face da conexão genética?
- Na estrutura do parentesco como conciliar o genético e o sócio-afetivo como base para a genealogia?

Conclusão

O Direito é uma ciência social. Em razão disso não pode ficar alheia às transformações que vão ocorrendo na sociedade, principalmente na família, em face das novas tecnologias reprodutivas.

A evolução tecnológica é uma necessidade e uma forma de desenvolvimento. Novas relações vão sendo desenhadas e estabelecidas com as quais ainda a humanidade não está familiarizada.

A representação e a concepção do parentesco e família apresentam complexidades oriundas de fenômenos criativos, impensáveis e até inimagináveis, com o avanço dos processos da tecnologia reprodutiva, cujos aspectos merecerem maior reflexão e análise.

A estrutura parental conhecida não é mais suficiente para comportar as conexões genética, biológica e afetiva que se estabelecem com as reproduções huma-

nas medicamente assistidas. Figuras emergentes ainda não foram nomeadas socialmente: doadores de sêmen, doadoras de óvulos, doadores de embriões excendentes, sub-rogação de útero, paternidade genética e sócio-afetivo, maternidade genética, biológica e sócio-afetiva, plurimaternidade, pluripaternidade. Todo isso ainda gravita em torno do vácuo cultural, social e jurídico. Ainda não foram totalmente assimilados, apesar da profusão de estudos e pesquisas.

O processo não natural da criação humana enfrenta aos indivíduos um exercício de reflexão, discussão, determinação de novos pontos de vista, objetivando uma adequação do posicionamento legal e jurídico, nos seus efeitos. Para o êxito deste exercício é necessário que todos, não apenas, os expertos, mas também os legisladores, pesquisadores e os operadores do direito, até mesmo aqueles envolvidos no processo tenham a mente aberta e permitir encontrar soluções multidisciplinares.

Em face da relevância do tema, todas as contribuições são bem-vindas, principalmente para embasar a necessária normatização.

Notas

- 1 Código Civil – Lei 10.406/02 – art. 1511 e seguintes.
- 2 Código Civil – Lei 10.406/02 – art. 1723 a 1727 e Constituição da República Federativa do Brasil/1988, art. 226, § 3º
- 3 Constituição da República Federativa do Brasil/1988 – art. 226, § 4º
- 4 Código Civil – Lei 10.406/02 – Art. 1727 – diferencia-a da união estável.

- 5 Constituição Federal/88 – art. 226, § 8º.
- 6 Código Civil – Lei 10.406/02 – art. 1.593 e art. 1.595e §§.
- 7 Constituição Federal/88 – art. 227, § 6º.
- 8 Código Civil – Lei 10.406/02 – Art. 1.594.
- 9 Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional. Alguns estão na Câmara dos Deputados, outros no Senado Federal: 3.638/93; 2.855/97; 90/99; 90/01; 4.665/01; 120/03; 1.135/03; 1.184/03; 2.061/03; 4.686/04; 4.889/05; 5.624/05.
- 10 Art. 1.597, III, IV e V.
- 11 Nos termos da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, no Brasil, é preservado o sigilo sobre a identidade dos doadores, assim como dos receptores.
- 12 Do original “donaciones de engendramiento”
- 13 O termo “*relatedness*” foi introduzido por Jane Carsten, traduzido por Rivas como “*conexidade*”.
- 14 O termo “*kinning*” foi introduzido por Signe Howell, traduzido por Rivas como “*emparentamento*”.

Referências

- ALVAREZ, Consuelo. Multipløes maternidades y la insoportable levedad de la paternidad em reproducción humana asistida. **Revista de Antropologia Social**, Universidad Complutense Madrid. N. 15, p. 411-455, 2006. Disponível em www.ucm.es/BUCM/revistas. Acesso em 5 agosto 2010.
- AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida e BRAGA, Maria da Graça Reis. Reflexões acerca das novas formas de parentalidade e suas possíveis vicissitudes culturais e subjetivas. **Revista Agora**, v. IX, n.2, p. 177-191, jul/dez/2006.
- BESTARD, Jean. Los echo de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivism social, **Revista de Antropologia Social**, Universidad Complutense Madrid, n. 18, p.83-95, 2009. Disponível em www.ucm.es/BUCM/revistas, acesso em 5 agosto 2010.
- CARVALHO, Maria F.P. e RIBEIRO, Fernando A. Quintanilha. As deficiências auditivas relacionadas às alterações do DNA mitocondrial. **Revista Brasileira de Otorrinolaringologia**, v. 68, n.2, p. 268-275,

- mar/abr/2002. Disponível em www.sbol.org.br, acesso em 5 agosto 2010.
- DINIZ, Débora. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. **Revista População, Bem estar e Tecnologia**, n. 6, maio/2006, originalmente publicado em *Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida*, v.7, n.3, nov/dez/2003, p.10-19. Disponível em www.multiciencia.unicamp.br/art.3 6 acesso em 25 julho 2010.
- FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar; MARTINS FILHO. Ives Gandra (Coord). **O Novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**, São Paulo: LTr, 2003, 1.423 p.
- FONSECA, Claudia. Homoparentalidade: novas luzes sobre o parentesco, **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis v. 16, n. 3, p. 769-783, setembro-dezembro, 2008. Disponível em www.scielo.br . Acesso em 10 setembro 2014.
- GONÇALVES, Helanne Barreto Varela. O direito ao conhecimento da ascendência biológica como um novo direito da personalidade?, **Revista Direito e Liberdade**, v.6, n. 2(3), 2009. Disponível em www.esmarn.org.br , acesso em 16 julho 2010.
- HOUZEL, Didier. Implicações da parentalidade. In: **Ser pai, ser mãe: parentalidade, um desafio para o terceiro milênio**, Letícia Solis -Ponton (org). Tradução Maria Cecília Pereira da Silva. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. 267p.
- LOBO, Paulo. **Famílias. Direito Civil**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, 411 p.
- LUMA, Naara. Pessoa e parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. **Revista estudos Femininos**, v.9, n.2, Florianópolis, 2001. Disponível em www.SciElo.org.br . Acesso em 16 julho 2010.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- RIVAS, Ana Maria Rivas. Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación Del volumen monográfico. **Revista de Antropologia Social** n.18, 2009, p.7-19.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes e THESEN, Adriane Berlesi. O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. **Revista Direitos Fundamentais e democracia**, v.7, n7, p. 33-65, jan/jun 2010. Disponível em www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br . Acesso em 14 setembro 2014.

- SERRA, Ana Mafalda e LEAL, Isabel Pereria. Preocupações parentais dos pais de crianças nascidas por fertilização in vitro. **Revista Análise Psicológica**, v.XXII, n.3, p. 283-288, Lisboa, Portugal, 2005. Disponível em www.scielo.oces.mctes.pt, acesso em 02 agosto 2010.
- TEIXEIRA, Leônia Cavalcante; PARENTE, Flávia Soares e BORIS, Georges Daniel Bloc. Novas configurações familiares e suas implicações subjetivas: reprodução assistida e família monoparental feminina. **Revista Psico**, v.40, n.1, p.24-31, Porto Alegre, jan-mar.2009. Disponível em www.revistaseletronicas.pucrs.br, acesso em 02 agosto 2010.
- THÉRY, Irène. El anonimato em las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil em tiempos de descasamiento. **Revista de Antropología Social**, Universidad Complutense Madrid, n. 18, p.21-42, 2009. Disponível em www.ucm.es/BUCM/revistas, acesso em 5 agosto 2010. Acesso em 02 agosto 2010.
- VENOSA (a), Silvio de Salvo. **Código Civil Comentado**, São Paulo: Atlas, 2010.
- VENOSA (b), Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**, 10ª ed., São Paulo:Atlas, 2010, 499 p.
- VIEIRA, Fernanda Bitrtencourt. **As tecnologias de reprodução: Discursos sobre maternidade e paternidade no campo da Reprodução assistida no Brasil**. Tese de Doutorado do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em www.repositorio.bce.unb.br. Acesso em 03 janeiro 2015.

Vulnerabilidade do Consumidor *versus* Publicidade de Medicamentos

Consumer Vulnerability versus Drugs Advertising

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2014

Regina Célia Martinez

Doutora Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professora dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Sociedade da Informação na FMU. Secretária Geral da Comissão Permanente de Meio Ambiente da OABSP. Diretora do IBDC.

Marco Antonio Lima

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação no Complexo Educacional FMU. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Guarulhos. Advogado. Professor de direito do Complexo Educacional FMU, nas disciplinas de Teoria Geral do Processo e Processo Civil.

Resumo

O hábito da automedicação pode ser extremamente prejudicial e perigoso ao consumidor, especialmente se considerarmos que dentre as diversas camadas da sociedade atingidas pelo forte apelo publicitário das indústrias de medicamentos, teremos aquelas que não possuem discernimento necessário para saber o risco existente, em especial, os incapazes, os idosos e a parcela mais carente da sociedade. A Constituição Federal assegura a todo brasileiro e estrangeiro residente no país o direito à vida (art. 5º, “caput”) e à saúde (art. 196). Assim, estabelece que toda *propaganda comercial* de medicamentos deverá conter a advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Não obstante, a Lei 8078/90 reconhece a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I) e lhe assegura direitos básicos como de proteção à vida e à saúde (art. 6º, *caput*), de informação adequada e clara sobre os produtos inclusive dos riscos que apresentem (art. 6º, III) e proteção contra a publicidade abusiva (arts. 6º e 37, §2º). Vale ressaltar que este trabalho não pretende esgotar o tema apresentado, nem tampouco solucionar a questão posta em debate, correspondente a legalidade existente nas campanhas publicitárias pela indústria farmacêutica. O objetivo é reflexivo, desenvolvido com base no ordenamento jurídico vigente e dos possíveis danos de natureza difusa causados aos consumidores e a sua interpretação pelos Tribunais Superiores.

Palavras-chave

Sociedade da Informação; Publicidade Abusiva; Indústria Farmacêutica; Medicamentos; Direito do Consumidor.

Abstract

Drugs self administration habit can be extremely damaging and harmful to consumers, especially considering that, among the various levels of society reached by the drugs industries' strong advertising campaign, there are those which don't have the necessary discernment to know the existent risk, mainly the powerless people, the elderly and the most humble parcel of society. The Brazilian Federal Constitution guarantees all Brazilians and foreigners who live in the country the right to life (art. 5, "caput") and health (art. 196). This way, it establishes that all commercial advertisements of medicinal products must contain a warning about the harmful effects caused by their use. Moreover, the Law 8078/90 recognizes the consumer is vulnerable (art. 4, I) and guarantees basic rights such as the protection of life and health (art. 6, "caput"), adequate and clear information about the products including the risks that they present (art. 6, III) and protection against abusive advertising (arts. 6 and 37, paragraph 2). It is noteworthy that the present work does not intend to either exhaust the topic presented or solve the

question raised in debate, which corresponds to the actual legality in advertising campaigns performed by the pharmaceutical industry. The aim is reflexive; its development was based on the current legislation, possible diffuse nature damages caused to consumers and their interpretation by the Supreme Courts.

Keywords

Information Society; Abusive Advertising; Pharmaceutical Industry; Drugs; Consumer Law.

Sumário

Introdução. 1. Da Publicidade. 2. Dos Direitos do Consumidor. 3. Do Paradigma da Publicidade de Medicamentos. Conclusão . Notas. Referências.

Introdução

As transformações vividas pela sociedade nas últimas décadas em razão do avanço tecnológico, trouxeram uma nova realidade que compreende a revolução digital nos mais diversos meios de comunicação, trazendo por conseguinte a possibilidade de acesso à informação para um número cada vez maior de consumidor. Esta nova fase da sociedade denominada como *Sociedade da Informação*, sendo geradora da possibili-

dade de conhecimento e riqueza. Neste sentido, Irineu Francisco Barreto Júnior¹:

A sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática. Conveniou-se nomear esse novo ciclo histórico de Sociedade da Informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso de informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza.

Roberto Senise Lisboa² enfatiza a importância desta nova fase: *“a era da informação não é apenas um ‘slogan’, mas um fato; a economia baseada no conhecimento é, realmente, uma nova economia, com novas regras, exigindo novas maneiras de fazer negócios”*. Destarte, por vivermos em uma sociedade capitalista, os fornecedores de produtos e serviços utilizam-se dos mais diversos canais de comunicação para seduzir os consumidores com suas campanhas publicitárias, medida esta totalmente legítima e necessária ao desenvolvimento econômico, desde que, respeitados os comandos insertos na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, em especial no Código de Defesa do Consumidor.

A problemática surge no exato momento em que

estas campanhas publicitárias tiram do consumidor a verdadeira noção do produto ou serviço que ele estará adquirindo. Isto porque, o consumidor deve adquirir exatamente aquilo que lhe é ofertado. Não por outro motivo a informação deve ser adequada e clara para permitir a sua exata compreensão e, por razões lógicas, este produto não poderá colocar em risco a sua saúde, vida ou dignidade. E é exatamente neste aspecto que o presente trabalho é desenvolvido, com a análise da publicidade de medicamentos e a possível indução do consumidor à automedicação e ao seu consumo desnecessário e descontrolado de medicamentos.

Não é crível que o consumidor seja *bombardeado* com inúmeras campanhas publicitárias sobre o tema, nos mais diversos meios de comunicação, sem que em contrapartida receba as necessárias advertências sobre os riscos do uso inadvertido do medicamento, na exata forma que determina a Lei, com a proteção inequívoca da sua saúde. Neste sentido, é de todo oportuno destacar que é inquebrantável a existência de contraindicações e efeitos colaterais com uso de medicamentos, ainda que sejam aqueles tidos como “não controlados” pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Por outro lado, não podemos perder de vista que o medicamento consumido pode nem ser o indicado para tratar o problema existente, pois além dos efeitos colaterais e das contraindicações, poderá haver um agravamento do quadro clínico.

Ao realizar a automedicação o consumidor acredita na inexistência de risco à sua saúde, isto porque as campanhas publicitárias, tal qual são veiculadas,

podem viciar a sua manifestação de vontade. Apenas para exemplificar o ponto aqui apresentado, destacamos a inteligente e emblemática campanha publicitária da empresa *Bayer S/A*, cujo argumento de convencimento é *Se é Bayer, é bom* e, ao final, adverte de forma muito rápida e superficial: “se não desaparecerem os sintomas, o médico deverá ser consultado”.

Sobre a legítima declaração de vontade do consumidor, o doutrinador Roberto Senise Lisboa³, esclarece que ela advém da confiança recíproca depositada pelos negociantes:

“Confiança” é vocábulo de sentido equívoco, vem do latim “creditare”, que denota dar crédito, ter esperança. Classificada como palavra que exprime faculdade cognoscitiva e subclassificada como resultado do raciocínio, confiança possui os seguintes análogos de interesse para este trabalho: modo de ver, convicção, certeza, “fidúcia”, crédito e credo.

O presente estudo não visa questionar a qualidade ou eficácia de qualquer medicamento objeto de campanha publicitária, mas tão somente os danos potenciais do uso, de forma indiscriminada e sem qualquer prescrição médica de medicamento que pode nem ser o adequado para o tratamento daquele quadro clínico. Os riscos são diversos, indo desde o agravamento da patologia ao surgimento de reações adversas, lembrando, ainda, a hipótese de contraindicações.

O assunto é extremamente atual e importante

e, necessita de aprofundamento para que, se necessário, num futuro próximo a realidade hoje existente seja modificada, com o objetivo de preservar a integridade da saúde de todos os consumidores. Nos parece muito evidente que o uso indiscriminado de medicamento pode trazer riscos à saúde do consumidor, em alguns casos até à sua vida. E, por assim dizer à dignidade de sua pessoa, cujo tutela está consagrada nos fundamentos da República Federativa do Brasil. O professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁴, sobre a dignidade da pessoa humana, ressalta a sua importância frente ao sistema sócio econômico:

Destarte, cabe reiterar que o princípio fundamental da República Federativa do Brasil que consagra a dignidade da pessoa humana deve não só ser estabelecido como ‘pisso’ determinante de toda e qualquer política de desenvolvimento, como, necessariamente, projetar-se sobre o modo devam ser assegurados todos os demais direitos na sociedade previstos na Constituição Federal.

Nesta linha de raciocínio, pensamos que a utilização de mecanismos aptos a manipular a manifestação de vontade do consumidor, poderá ofender a sua dignidade, por colocar em risco a sua vida e saúde. Ao mesmo tempo, viola os preceitos básicos do Código de Defesa do Consumidor. Importante lembrar, que não defendemos, nem por hipótese, a proibição de qualquer campanha publicitária, ao contrário, entendemos que

elas são extremamente necessárias ao desenvolvimento econômico, entretanto, estudaremos a legalidade aos *olhos da Lei* do paradigma hoje existente, estudando a possível existência de abusividade do mercado publicitário a ponto de colocar em risco a saúde, a vida e a dignidade do consumidor. De qualquer forma, os fatos exigem maior reflexão sobre o tema, posto que a vida é o bem maior a ser tutelado, não bastando apenas a existência da lei, mas principalmente de sua eficácia.

1. Da Publicidade

Para melhor compreensão do presente trabalho, necessária é a definição do conceito de *publicidade*, pois não há como se falar em *abusividade* de uma campanha publicitária sem que previamente tenhamos a noção do seu conceito. Desta forma, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR⁵, em seu artigo 8.º, apresenta a seguinte definição⁶: “... atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias”, criando um conceito único para propaganda e publicidade.

Outro não é o entendimento de Rizzatto Nunes⁷ que defende que os vocábulos *propaganda* e *publicidade* poderiam ser utilizados como sinônimos:

Tomado pela etiologia, vê-se que o termo “propaganda” tem origem no latim “propaganda, do gerundivo de *propagare*”, “coisas que devem ser

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Vulnerabilidade do Consumidor versus Publicidade de Medicamentos - pp. 53-84

MARTINEZ R. C. / LIMA M. A.

propagadas”. Donde afirmar que a palavra comporta o sentido de propagação de princípios, ideias, conhecimentos ou teorias.

O vocábulo ‘publicidade’, por sua vez, aponta para a qualidade daquilo que é público ou do que é feito em público.

Ambos os termos, portanto, seriam bastante adequados para expressar o sentido buscado pelo anunciante de produto ou serviço.

O mais importante, porém, é o fato de que a própria Constituição Federal não faz a distinção. Assim, por exemplo, ela fala em ‘propaganda’ (art. 220, §3º, II), ‘propaganda comercial’ (art. 22, XXIX, e §4.º do art. 220), “publicidade dos atos processuais” (art. 5.º, LX), “publicidade” (art. 37, *caput*, e §1.º).

Em sentido diverso, Cláudia Lima Marques⁸ difere os dois vocábulos em razão do objetivo existente em cada um deles:

Preferimos, porém, entender como publicidade, no sistema do CDC, toda informação ou comunicação difundida com o fim de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. Logo, fica excluída a propaganda política, já regulada em lei eleitoral, e também a chamada publicidade governamental, que não tenha como fim promover atos de consumo, separando-se, as-

sim, claramente o que é propaganda (difusão de ideias) e o que é publicidade (promoção, incitação ao consumo). Este parece ter sido o caminho adotado pelo CDC – sendo assim, o elemento caracterizador da publicidade é a sua finalidade consumista.

A doutrina se firma nesta mesma linha de raciocínio, ou seja, de empregar sentidos diversos para os termos *propaganda* e *publicidade*. Assim, verificamos na tese dissertação de mestrado *Limites à Publicidade, Desenvolvimento Social e Proteção à Família*⁹ que a conceituação dos vocábulos com significados distintos:

Assim, pode-se conceituar a publicidade como sendo a informação persuasiva de cunho comercial que objetiva mudar a ação ou inação do consumidor para que este adquira produto ou serviço anunciado por qualquer veículo de propagação.

Importante destacar que é costumeiro o equívoco em se confundir publicidade e propaganda. Publicidade como visto acima, restringe-se ao intuito comercial enquanto o termo propaganda tem em si um significado muito mais amplo, englobando o próprio termo publicidade, sendo esta espécie do gênero propaganda.

Outro não foi o entendimento exposto, no artigo *Proteção da Criança em Face da Publicidade de Medicamentos Infantis*¹⁰, a questão comercial da publicidade

é igualmente evidenciada, reforçando a impossibilidade de utilização das palavras como se *sinônimas* fossem:

Além disso, deve-se destacar que propaganda e publicidade são coisas diferentes, pois a publicidade tem objetivo comercial, enquanto que a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Ademais, a publicidade é paga e identifica seu patrocinador, fato que nem sempre sucede com a propaganda.

De fato, como muito bem observado pelo doutrinador Rizzatto Nunes há uma imprecisão no ordenamento jurídico, tanto na Constituição Federal quanto no Código de Defesa do Consumidor, no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e na Lei 4860/65, contudo, entendemos que as imprecisões do legislador em alguns dispositivos, não possuem o condão de alterar a etimologia das palavras, o que impede a utilização dos vocábulos *propaganda* e *publicidade* como se sinônimos fossem.

Isto posto, entendemos que o termo *propaganda* está relacionado a fins não econômicos e de difusão de ideias; enquanto que o termo *publicidade* tem o objetivo precípuo de induzir ao consumo, ou seja, sua finalidade é consumista e, por esta razão, esta será a terminologia adotada ao longo do presente de trabalho, tendo em vista o caráter comercial existente no mercado publicitário de medicamentos. Porém, independente da

terminologia utilizada a campanha publicitária com fins comerciais (seja ela denominada de propaganda ou publicidade) deverá obedecer aos exatos termos da lei, pois o objetivo da lei é coibir o dano ao consumidor, seja por abusividade, omissão, enganosidade etc.

2. Dos Direitos do Consumidor

O princípio da isonomia estabelecido no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, reza que todos somos iguais perante a lei, desta forma os iguais deverão ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual. Nesta linha, não se pode olvidar que o consumidor é a parte fraca (vulnerável – art. 4.º, I, Lei 8078/90), razão pela qual, o legislador vedou a utilização de publicidade enganosa e abusiva (art. 37, da Lei 8078/90).

O próprio dispositivo legal, objetivando a eficaz da proteção ao consumidor, conceituou a publicidade enganosa (art. 37, §1.º) e a abusiva (art. 37, §2º). Nos atentaremos ao conceito de publicidade abusiva:

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja **capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança**. (realce não original)

Importante ressaltar que, a abusividade de uma publicidade não está necessariamente relacionada à qualidade do produto ofertado, mas sim no dano potencial ao consumidor, entendimento este pacífico em nossa doutrina:

O caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor.¹¹

O §4.º, do art. 220, da Constituição Federal ao tratar sobre a publicidade relacionada a medicamentos determina que os malefícios decorrentes do seu uso sejam advertidos ao consumidor, determinando que a lei fixe “os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem”. Ao analisar o tema Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹² vincula referido comando Constitucional ao Código de Defesa do Consumidor:

Por conseguinte, as “restrições legais”, referidas no art. 220, §4.º, agregam natureza, objetivos e alcance das normas requisitadas pelo constituinte para a proteção, em outros campos do mercado, do consumidor, neste último caso pela letra expressa do art. 5.º, XXXII, e do art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em síntese, o CDC salvaguarda a universalidade dos destinatários da publicidade dos produtos e

serviços em geral, elencando princípios, padrões e reprimendas, entre os quais a condenação da oferta enganosa ou abusiva.

Portanto, não se pode olvidar que a advertência deve ser realizada de forma adequada e clara, permitindo que o consumidor tenha inequívoco conhecimento dos riscos potenciais à sua saúde, caso utilize o medicamento sem qualquer prescrição médica, dever este decorrente da boa-fé objetiva.

Com efeito, Roberto Senise Lisboa¹³ lembra que o direito à informação é direito fundamental previsto expressamente no art. 5.º, XIV, da Constituição Federal e conclui:

Considera-se que é dever do fornecedor conceder ao consumidor que é a parte vulnerável na relação de consumo, o conhecimento prévio de todas as informações relevantes sobre o produto ou o serviço que a ele é oferecido (características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade, origem, **riscos existentes à vida, à saúde ou à segurança**), de forma clara, correta, ostensiva, precisa e em língua portuguesa (art. 31 do CDC).” (realce não original)

Por certo que, a publicidade é necessária ao desenvolvimento econômico do país, já que vivemos em um sistema capitalista, sendo a *livre iniciativa* um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art.

1.º, IV, CF), sendo expressamente vedada a censura à liberdade de expressão (art. 5.º, IX, CF).

Por outro lado, não podemos confundir a *liberdade de expressão* com uma *espécie de tudo é possível*, isto porque o maior bem a ser tutelado é a vida e, por consequência há regras que balizam todo o ordenamento jurídico. Portanto, se um produto ou serviço pode (ainda que em tese) ser prejudicial ao consumidor, a informação deverá constar de tal forma na campanha publicitária (e em sua embalagem/rótulo) que ele tenha inequívoco conhecimento dos riscos (ainda que potenciais) do seu uso. Isto é boa-fé e respeito aos direitos básicos do consumidor (arts. 1.º, III; 5.º, *caput*, XIV; 220, §4º, todos da CF; art. 4.º, I; 6º, *caput*, I, II, III, IV; 8º, 9º; 37, §2.º, 39, IV; todos do CDC).

Portanto, a campanha publicitária deve ser ostensiva quanto a todo e qualquer risco existente com a utilização do medicamento sem qualquer prescrição médica. Entendemos que a advertência deverá tomar o tempo/espço necessário para que as informações necessárias sejam inequivocamente assimiladas por todo e qualquer consumidor, já que o bem aqui em discussão é a saúde/vida. Não obstante, a indução ao consumo indiscriminado de medicamentos deve ser vedada.

3. Do Paradigma da Publicidade de Medicamentos

Como já analisado o termo publicidade está vinculado à obtenção de lucro. Desta forma, quando

estudamos a publicidade de medicamentos, algumas considerações devem ser realizadas, especialmente por não se tratar de produto de consumo comum, ou ao menos assim deveria ser. No artigo *Proteção da Criança em Face da Publicidade de Medicamentos Infantis*¹⁴, publicado na revista Jurídica da Unifil, este aspecto é muito bem observado:

Ocorre que, para a simples divulgação do consumo de um medicamento, existem muitos fatores que devem ser analisados, observando que ele não é o produto de consumo comum, pois é um e não o único instrumento de promoção à saúde, devendo sempre existir como medida preventiva, consultas médicas e até mesmo uma análise crítica de todo o contexto em que a patologia se insere, não podendo simplesmente consumir o medicamento, acreditando que somente ele resolverá o problema. Ainda ressalta-se o risco sanitário existente no consumo de medicamentos sem prescrição médica, pois estes somente devem ser consumidos com consciência e responsabilidade.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA¹⁵ seguindo os comandos da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e de outras Leis, estabelece regras ao mercado publicitário, das quais destacam-se a proibição à publicidade abusiva e ao incentivo à automedicação, permitindo a publicidade de medicamentos tidos como não controlados.

Ocorre que o mercado publicitário de medicamentos, não obedece aos comandos da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor ou, ainda, da agência reguladora, pois na prática realizam campanhas que induzem a automedicação e deixam de trazer informações necessárias ao consumidor.

Na mídia, inúmeras são as campanhas publicitárias relacionadas a dois fatores: *resfriado/gripe* e *dores por processos inflamatórios*. Com relação ao primeiro, necessário lembrar que o resfriado/gripe decorre de contaminação por vírus, sendo certo que a gripe poderá em casos extremos resultar no óbito do infectado. Em um quadro mais comum, não podemos perder de vistas que há outras doenças que causam inflamação do aparelho respiratório, as quais podem ser confundidas com os sintomas da gripe, como por exemplo: rinite, sinusite e bronquite, os quais requerem tratamento específico. Ademais os remédios para a gripe não combatem a gripe, mas apenas atenuam os sintomas.

Sobre o resfriado o médico Dráuzio Varella¹⁶ faz os seguintes esclarecimentos:

Resfriado é uma infecção viral que acomete as vias respiratórias superiores. Existem mais de 200 tipos de vírus causadores de resfriado. Os mais comuns pertencem à família do rinovírus, que são altamente contagiosos.

Diagnóstico

O diagnóstico do resfriado é feito com base nos sintomas. É importante estabelecer a diferença

com o diagnóstico da gripe, uma doença bem mais grave causada por outros tipos de vírus, conhecidos como *influenza*.

Tratamento

Não existe nenhum remédio que cure resfriado. O tratamento é apenas sintomático, isto é, ajuda a aliviar os sintomas. Analgésicos e antitérmicos, como o paracetamol e a dipirona, são úteis para baixar a febre e acalmar outros sintomas. **Já os medicamentos que contêm AAS devem ser evitados, especialmente pelas crianças.**

Repouso, beber bastante líquido e lavar as narinas com soro fisiológico também são medidas que auxiliam a atravessar o período de mal-estar, enquanto o corpo se encarrega de debelar a infecção.

Os antibióticos não exercem nenhum efeito contra esses vírus. Por isso, seu uso é contraindicado nesses casos.”

Ocorre que a publicidade sobre o tratamento de resfriado não traz ao consumidor as informações básicas e necessárias para a segurança de sua saúde, ao contrário o consumidor é induzido à automedicação e *se não desaparecerem os sintomas o médico deverá ser procurado*. Violando os ditames básicos da lei. Apenas a título de exemplificação a campanha publicitária da droga *benegripe*¹⁷ apresenta as seguintes assertivas: “benegripe funciona sempre que você ficar gripado”,

“combatendo todos os sintomas da gripe”, “sempre que você estiver gripado..., ... benegripe” e ao final do comercial aparece de forma extremamente rápida a informação: “se persistirem os sintomas o médico deverá ser consultado”.

Parece-nos muito evidente que referida campanha publicitária: (i) induz à automedicação; (ii) não esclarece quanto ao diagnóstico da gripe; (iii) não adverte quanto aos riscos de um diagnóstico equivocado; (iv) não traz a informação adequada e clara sobre o que se combate efetivamente; Em assim sendo, entendemos que está em desconformidade com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor por sua abusividade.

Porém, situação ainda mais delicada decorre dos remédios indicados para dores musculares, isto porque, são anti-inflamatórios e por assim ser, os efeitos colaterais podem trazer sérios riscos à saúde. No site do médico Dráuzio Varella¹⁸, encontramos a sua preocupação com o tema e a entrevista realizada com o médico gastroenterologista José Roberto Almeida as advertências quanto ao uso deste medicamento, inclusive do risco que traz à saúde do consumidor:

De acordo com o presidente da Federação Brasileira de Gastroenterologia, José Roberto Almeida, em grande parte do país os medicamentos (em especial os anti-inflamatórios) são comercializados de maneira indiscriminada e ingeridos de forma abusiva. “Se você chegar agora em uma farmácia, reclamando que está com dor, o

balconista vai lhe vender um anti-inflamatório. **O que é um perigo, principalmente para pessoas idosas**, que muitas vezes já estão tomando medicações para o coração e diabetes ou são hipertensas. A partir dos 60 anos, o organismo do indivíduo vai perdendo a capacidade de defesa e também se torna mais sensível. Por conta disso, a mistura de remédios pode trazer sérios problemas. **Já cansei de receber pacientes com problema no estômago pelo uso abusivo de medicamentos**”, comenta ele. (realce não original)

Na mesma entrevista, o médico José Roberto Almeida traz a advertência quanto ao uso exagerado deste medicamento que só no ano de 2012 correspondeu à venda de 129 mil caixas. A preocupação de referido especialista é com o efeito colateral do medicamento, que poderão acarretar hemorragia e problemas no estômago, além de insuficiência renal:

“Anti-inflamatório é para desinflamar a mucosa, tirar a dor. Se com acompanhamento médico já devemos ficar atentos a possíveis efeitos colaterais, imagine o indivíduo que toma [esse medicamento] como se fosse água? Você vai no setor de emergências do hospital público e muitas vezes está lotado. **E a grande maioria dos casos é de indivíduos com hemorragias e problemas no estômago por causa da ingestão indevida de medicamentos. São fatores que poderiam ser prevenidos**”, lamenta o especialista.

Os números comprovam que esses medicamentos são os mais vendidos no território brasileiro. São acessíveis, não são tão caros e na maioria das vezes promovem alívio imediato da dor. Em 2012, foram comercializadas 129 mil caixas de anti-inflamatórios, segundo levantamento da Sindusfarma (Sindicato da Indústria Farmacêutica no Estado de São Paulo). Em 2010, haviam sido vendidas 106.043, ou seja, houve alta de 21,9% em dois anos.

Outro grande problema é que muitas pessoas acabam tomando, sem saber, anti-inflamatórios em demasia para dores musculares e também nas articulações. Entretanto, **esse consumo indevido é um dos principais responsáveis por casos de insuficiência renal.** (realce não original)

Entendemos que as campanhas publicitárias incentivam este comportamento e não alertam para o risco existente. Apenas a título exemplificativo citaremos o anti-inflamatório *Flanax*, cuja campanha publicitária¹⁹, feita de forma muito inteligente demonstra um homem com dores musculares e seu filho pulando em suas costas, deixando a situação de dor causada pela inflamação dos músculos ainda pior. Ao longo desta publicidade as seguintes mensagens são direcionadas em tom calmo ao consumidor: “se a dor é em dose dupla: Flanax é dupla ação”, “alivia a dor por até doze horas e trata a causa com a sua ação anti-inflamatória”, “a dupla ação que não deixa a dor ficar no seu caminho”, “se

é Bayer é bom”, ao final em tempo acelerado é feita a seguinte advertência: “não use este medicamento em casos de úlcera, gastrite, doença nos rins, ou se já teve reação alérgica a algum anti-inflamatório. Se persistirem os sintomas o médico deverá ser consultado.”

Em que pesem as advertências ao final de referida peça publicitária, entendemos que há abusividade, porque induz ao consumo de droga anti-inflamatória, cujos efeitos são inquebrantavelmente nocivos ao organismo. Não obstante a causa da inflamação nem sempre é atacada, podendo ensejar um ciclo vicioso. Importante lembrar que em alguns casos o médico poderá prescrever a fisioterapia sem a indicação de qualquer medicamento, até mesmo o uso de compressa, alongamento, protetor e reforço da musculatura em exercícios de musculação específicos.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece os limites da publicidade²⁰, destacando que só no ano de 2010 o mercado publicitário movimentou R\$35,9 bilhões, de acordo com os dados do Projeto Inter-Meios, coordenado pelo grupo Meio & Mensagem. Ressalta, ainda, que neste mesmo período o CONAR²¹ julgou 376 processos contra anúncios que teriam ferido o código da entidade, sendo que 221 resultaram em algum tipo de punição. Ressaltando que a regulamentação do setor é feita pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, invoca o disposto no artigo 220, §4º da CF, o artigo 6º do CDC, quanto a informação adequada e clara e a proteção do consumidor contra a publicidade abusiva, invocando ainda o disposto nos artigos 37 e 38, do mesmo

diploma legal. Quanto à publicidade de medicamentos consigna que é direito do consumidor a informação adequada e clara, citando o REsp 971.845:

“Um homem que se tornou dependente de anti-depressivo garantiu no STJ indenização por danos morais no valor de R\$100 mil. Por maioria de votos, a Terceira Turma entendeu que a bula indicava que o medicamento servia para melhorar a memória, mas, com o passar do tempo, a empresa modificou a indicação para tratamento anti-depressivo sem avisar devidamente a população. O autor do recurso nesse caso (REsp 971.845) é um professor que começou a tomar o medicamento Survector em 1999 para melhorar sua atividade intelectual. A bula, que inicialmente era omissa, passou a alertar para o risco de insônia, transtornos mentais e risco de suicídio, efeitos que acometeram o consumidor, que passou a sofrer dependência química.

O Survector era comercializado de forma livre, mas depois passou para o grupo de medicamentos com venda controlada. Mesmo assim a bula permaneceu inalterada por mais de três anos. O professor ajuizou pedido de indenização por danos morais e materiais alegando que, quando tomou ciência dos efeitos adversos, já estava dependente.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, autora do voto vencedor, é no mínimo temerário dizer que o cloridrato de amineptina, princípio ativo do Survector, é uma substância segura. Segundo a

ministra, a ausência de advertência da bula que acompanha medicamento com tal potencial de gerar dependência é publicidade enganosa, caracterizando culpa concorrente do laboratório, suficiente para gerar seu dever de indenizar. Andrighi acentuou que a questão se agrava por não constar que o laboratório tenha feito um grande comunicado, alertando os consumidores das novas descobertas e do risco que a droga trazia. A alteração da recomendação para o medicamento resumiu-se à renovação da bula e, posteriormente, à nova qualificação do medicamento, comercializado com tarja preta. “É pouco”, sintetizou a ministra.”

Em outro julgado²² do Colendo Superior Tribunal de Justiça destacou a importância da informação na apresentação de produtos e serviços e a preocupação do legislador em proteger o consumidor contra a publicidade abusiva e enganosa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPAGANDA ENGANOSA. COGUMELO DO SOL. CURA DO CÂNCER. ABUSO DE DIREITO. ART. 39, INCISO IV, DO CDC. HIPERVULNERABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do con-

sumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.

3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

(...) (realce não original)

Portanto, as publicidades devem obedecer os ditames da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de ser caracterizada a sua enganosidade e/ou abusividade.

Conclusão

O nosso ordenamento jurídico trata de forma inequívoca o tema da publicidade, garantindo ao consumidor o direito à informação adequada e clara e a sua

proteção contra a sua abusividade. Veda expressamente a utilização de qualquer mecanismo publicitário que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde.

Contudo, em que pese a existência de um sistema extramente claro e elucidativo, concluímos que o modelo contemporâneo de publicidade de medicamentos não controlados, induz o consumidor a ser portar de forma prejudicial à sua saúde, isto porque, deixa de trazer informações adequadas e claras sobre o produto e os riscos existentes no seu consumo, não obstante, incentiva a automedicação, recomendando a procura ao médico, tão somente, nos caso os sintomas não desapareçam.

Não se faz necessária nenhuma ginástica cerebral para concluirmos que o uso de medicamento, sem qualquer prescrição médica, poderá ser prejudicial à saúde do consumidor. Isto em razão dos efeitos colaterais e das contra-indicações, fatores estes de risco ao consumidor. Outro aspecto, que não pode ser ignorado corresponde ao uso de medicamento para tratar de um quadro clínico, cujo diagnóstico feito pelo próprio consumidor, diverso da patologia existente, que poderá atrasar no tratamento e por consequência agravar o problema.

Por outro lado, é certo que o alto preço de um convênio médico particular e a deficiência no atendimento hospitalar público acabam por *facilitar* a automedicação pelo consumidor. E as campanhas publicitárias acabam por *transformar* o problema de saúde existente em um simples caso ao alcance das mãos dos

consumidores, que poderão ir à farmácia e adquirir o remédio que acreditam ser o adequado.

Remédio é coisa séria! As consequências advindas do seu uso, também. Por estas razões, a população tem o direito de obter a informação sobre os medicamentos adquiridos, sobre os seus direitos. Ao mesmo tempo acreditamos que a ANVISA deveria adotar medidas urgentes para mudar o modelo de publicidade hoje existente, pois o que notamos é o desrespeito às mais comzeinhas regras do direito do consumidor.

Concluimos que as publicidades relacionadas a medicamentos apresentam abusividade por induzir o consumidor na prática de conduta que coloca em risco a sua integridade física, isto em razão da ausência de informações adequadas e claras e por não alertar de forma inequívoca sobre os efeitos colaterais e contraindicações.

Notas

- 1 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **O Direito da Sociedade da Informação**. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62.
- 2 LISBOA, Roberto Senise. **O Direito da Sociedade da Informação**. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2007. p. 120.
- 3 LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 1.
- 4 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 33.
- 5 O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) é uma organização da sociedade civil fundada em São Paulo, Brasil, em 1950. A entidade é a primeira organização da sociedade civil brasileira dedicada à autodisciplina. Seus

órgãos estatutários estão estruturados de modo a estabelecer a separação de poderes, de tal maneira que o colegiado que escreve as normas de autorregulamentação, o Conselho Superior, não julga os anúncios, atribuição do Conselho de Ética, assegurando-se às partes amplo direito de defesa e o duplo grau de jurisdição. As deliberações ocorrem em sessão colegiada, e os acórdãos são divulgados em boletins e na Internet. (disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Nacional_de_Autorregulamenta%C3%A7%C3%A3o_Publicit%C3%A1ria, acesso em 07/04/2015)

- 6 Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> (acesso em 03.04.2015).
- 7 NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122.
- 8 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 829.
- 9 RUTHES, Pierre Andrey. **Limites à Publicidade, Desenvolvimento Social e Proteção à Família**. Tese de dissertação de mestrado em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC. 2011, p. 11 (disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp086234.pdf>, em 03.04.2015)
- 10 COSTA, Ester Okamoto. LIMA, Raquel Sanchez. **Proteção da Criança em Face da Publicidade de Medicamentos Infantis**. Revista Jurídica da Unifil, ano IV, nº4, p. 161 (disponível em http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-12.pdf, em 03.04.2015)
- 11 NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349.
- 12 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 306.
- 13 LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 261.
- 14 COSTA, Ester Okamoto. LIMA, Raquel Sanchez. **Proteção da Criança em Face da Publicidade de Medicamentos Infantis**. Revista Jurídica da Unifil, ano IV, nº4, p. 163 (disponível em http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-12.pdf, em 03.04.2015)

- 15 Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/076f3080492dd932afe8bf14d16287af/Legislacao_Propaganda_Consolidada_marco_2011.pdf?MOD=AJPERES (acesso no dia 03.04.2015)
- 16 Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/letras/r/resfriado/> (acesso no dia 04.04.2015)
- 17 Disponível em: <http://www.farmagora.com.br/produto/benegrup+com+20+comprimidos/721097> (acesso em 04.04.2015)
- 18 Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/noticias/anti-inflamatorios-e-os-riscos-da-automedicacao/> (acesso em 06.04.2015)
- 19 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xb2nD-nhYflg> (acesso em 04.04.2015)
- 20 Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103758 (acesso em 04.04.2015)
- 21 O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) não é uma entidade pública, foi criado pelo mercado para estabelecer regras de conduta entre as próprias agências, não substituindo a jurisdição.
- 22 REsp 2012/0124047-6, Min. Rel. Ricardo Bôas Cueva. Terceira Turma. J. 25.11.2014.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **O Direito da Sociedade da Informação**. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BENJAMIN, Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2011.
- BRASIL. **Código Brasileiro De Auto-Regulamentação Publicitária**
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**
- BRASIL. **Código De Defesa Do Consumidor**
- BRASIL. **Constituição DA República Federativa do Brasil**

- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: Conceito e Extensão**. São Paulo: RT, 1994.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, NERY JÚNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- IDEC. **Direitos do Consumidor de A a Z**. 3.^a reimpressão. São Paulo: 2001.
- LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. **O Direito da Sociedade da Informação**. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MARTINS, Frans. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 15.ed. São Paulo: Forense, 2008.
- NALINI, José Renato. **Há Esperança de Justiça Eficiente? n. pg?** [In]: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; Mezzaroba, Orides (coord.); MAILLART, Adriana S.; COUTO, Monica Bonetti Couto et al. (Orgs.): *Justiça e o Paradigma da Eficiência*. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade (vol. 1). São Paulo: RT, 2011.
- NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.
- NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PAULO, Vicente Paulo e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RENAUX, Camila. Portal: <http://marketingdrops.com.br/marketing-digital/sorria-seus-dados-estao-sendo-monitorados/>

- SILVEIRA, Vladmir Oliveira e ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos. Conceitos, Significados e Funções.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado.** 3.^a ed. São Paulo: Atlas. 2013.
- _____. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Documentos Eletrônicos

- <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php> (acesso em 03.04.2015).
- <http://drauziovarella.com.br/noticias/anti-inflamatorios-e-os-riscos-da-automedicacao/> (acesso em 06.04.2015)
- <http://drauziovarella.com.br/letras/r/resfriado/> (acesso no dia 04.04.2015)
- <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp086234.pdf>, (acesso em 03.04.2015)
- <http://www.farmagora.com.br/produto/benegrip+com+20+comprimidos/721097> (acesso em 04.04.2015)
- <http://www.farmagora.com.br/produto/benegrip+com+20+comprimidos/721097> (acesso em 04.04.2015)
- http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/076f3080492d-d932afe8bf14d16287af/Legislacao_Propaganda_Consolidada_marco_2011.pdf?MOD=AJPERES (acesso no dia 03.04.2015)
- http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-12.pdf, (acesso em 03.04.2015)
- http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Nacional_de_Autorregulamenta%C3%A7%C3%A3o_Publicit%C3%A1ria, (acesso em 07/04/2015)
- <https://www.youtube.com/watch?v=xb2nDnhYflg> (acesso em 04.04.2015)

A esfera pública como espaço da necessidade e mutabilidade do controle social

*The public sphere as space
of the social control necessity
and mutability*

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2014

Guilherme Camargo Massaú

Professor do Mestrado em Sociologia e do Curso de Direito
Universidade Federal de Pelotas

Resumo

O artigo tem por objetivo destacar o espaço de desenvolvimento da socialização, das relações sociais e do controle social. O espaço público deve ser posto em evidência em face da dinâmica que ocorre dentro do seu espectro. Trata-se de um espaço único a proporcionar as condições necessárias para a socialização dos indivíduos e, em face disso, do controle social. O espaço público deve ser (retomado) destacado, justamente pelo fato de nele convergir todas as manifestações e os interesses de todas as sociedades, principal e crucialmente das pluralistas atuais. Utilizou-se o método monográfico para desenvolver o tema.

Palavras-chaves

Esfera Pública. Controle Social. República. Sociedade. Socialização.

Abstract

The present article aims to emphasize socialization, social relations and social control development space. Public space ought to be put in evidence before the dynamic that occurs within its spectrum. It's a unique space to provide individuals with the necessary conditions for their socialization and, consequently, provide social control. Public space

ought to be (retaken) emphasized precisely because of the fact that all societies' manifestations and interests converge on it, crucial and primarily the current pluralistic societies'. The method used to develop the subject was the monographic one.

Keywords

Public Sphere. Social Control. Republic. Society. Socialization.

Sumário

Introdução. 1. O desenho da esfera pública. 1.1 Linhas limítrofes entre o público e o privado; 1.1.1 A esfera privada. 1.1.2 A esfera pública. 2. Necessidade e mutabilidade do controle social. 3. Diretrizes do controle social na esfera pública. 3.1 A necessidade do controle social. 3.2 O sentido social do Homem. 3.3 Controle social a partir da socialização. 3.4 Conformidade, mudança e controle social. 4. A esfera pública como espaço do dinâmica social. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

A sociedade é composta por inúmeros indivíduos de diferentes características e interesses. As sociedades homogêneas são raras no que se refere aos

costumes, às crenças religiosas, às posturas políticas, às concepções econômicas, dentre outros elementos. Como nenhum indivíduo vive nem se desenvolve em absoluto isolamento, participar, de alguma forma, na sociedade é incontornável. O estar em grupo é próprio do *ser humano*, assim como o ensimesmamento. O que se deve, então, levar em consideração nessa reflexão é a dimensão social do indivíduo.

Embora a família seja constituída por vários indivíduos, tratá-la-emos como um grupo de caráter homogêneo, ao passo que a sociedade possui caráter heterogêneo. De alguma maneira, não se vive na solidão absoluta. Contudo, tais dimensões, a individual e a social, compõem o mesmo ser, estimulando duas projeções de implicações sociais: a esfera pública e a esfera privada. Duas dimensões que acompanha(ra)m o Homem no desenrolar histórico. Embora, atualmente, as duas estejam em declínio em face da ideia de sociedade, principalmente após a concepção de sociedade de massa¹. Contudo, utilizar-se-á das noções e das imagens das duas esferas, mas principalmente da esfera pública. É nessa última que o processo de socialização adquire proporções estatais (institucionais) e, por conseguinte, plurais.

Por isso, o ordenamento jurídico, em que pesem todas as críticas, traz, de maneira ampla, a diferenciação entre direito privado e direito público. Isso se aplica à sociedade; logo, ocasiona alguns reflexos na dinâmica social e de socialização. Por conseguinte, ao se tratar de esfera privada, encontra-se maior preponderância de normas classificadas dentro do âmbito do

direito privado; no que concerne à esfera pública, as normas carregam as especificações de direito público. É justamente no ambiente considerado público que a socialização dos indivíduos ocorre em meio à maior variabilidade de interesses e de necessidades.

O foco do texto não são as regras de direito público ou privado, nem as esferas pública e a privada, mas somente a ligação da esfera pública com a necessidade de sociabilidade que o Homem carrega. Então, tratar-se-á da esfera pública como o ambiente propício para a socialização. A sua delimitação ocorrerá naturalmente. É o espaço comum a todos que deve existir e ser mantido, a fim de resguardar a viabilidade da pluralidade de indivíduos; espaço em que todos podem buscar satisfazer suas necessidades individuais e contribuir para o enriquecimento social. O espaço público é o local da alteridade e da solidariedade, em que o estado de coisas não fica inalterado, ou seja, está sempre em mutação. A disposição para a mudança é o cerne para o espaço público. No entanto, pela variabilidade de interesses e necessidades, em tal espaço deve existir um controle que possibilite a coexistência de todos os interesses. Em suma, no espaço público o indivíduo socializa-se para interação com o plural.

2. O desenho da esfera pública

O Estado brasileiro constitui-se em uma república (art. 1º, *caput*, da CF). Por conseguinte, existe um espaço que pertence a todos (público). Contudo, na

mesma *res publica* há o espaço privado, respeitando a privacidade e a individualidade; tal espaço é próprio de cada indivíduo. Logo, não cabe um controle social que envolva a todos, mas apenas o controle do Estado e dos que possuam interesse. Por isso, reconhece-se a importância do espaço público, pois nele se desenvolvem todos os tipos de relações e interações sociais, desde as privadas que se publicizam até as exclusivamente públicas².

O estabelecimento da ideia de espaço público acarreta o conhecimento de onde se desenvolve a liberdade dos *socii* quando em conjunto, nos sentidos político e social. Nesse espaço, o indivíduo deve pensar além da esfera privada, com suas redes de relacionamentos, e comprometer-se com os demais. Na esfera pública, o interesse é individual, mas também coletivo. Ou seja, cuidar dessa esfera implica abarcar o individual e coletivo. Nela, ocorrem duas dinâmicas: 1) a associação da liberdade com a ação, constituindo *leis* como foco referencial e de memória, a fim de dar sustentação à transformação da realidade pública; 2) a sustentação do sentimento individual de pertencimento e de participação na sociedade. Isso, em termos modernos, envolve o sentido de cidadania (STARLING, 2002, p. 171).

No âmbito público, evidencia-se a característica de *zoón politikón* dos indivíduos, porém não significa que fique anulada a dimensão solitário-individual do ser humano. Nesse ambiente, este ajusta sua atitude ao sistema político-jurídicosocial que intermedeia as ações e omissões dos *socii*. Contudo, o *bem comum* deve ser acentuado e ser o principal valor na esfera pública,

tanto o *bem comum* que favoreça toda a coletividade quanto o *bem comum* que privilegie o indivíduo. Logo, não se trata de impor o liberalismo, nem o comunitarismo.

Torna-se relevante a distinção entre a esfera privada e a esfera pública (MAFFESOLI³), pois não se podem aplicar as mesmas regras e organização de uma na outra, sob pena de descaracterizá-las. No âmbito privado, os componentes possuem um tipo de liberdade; no público, a liberdade toma outros contornos⁴.

2.1 Linhas limítrofes entre o público e o privado

Para este momento, buscar-se-á manter uma interpretação dialogal com HANNAH ARENDT⁵. Assim, distinguir esfera *pública* e *privada* envolve levar em consideração o *ser humano* conforme existência do empenho ativo em fazer algo ao *bem comum* ou ao *privado*. Isso significa reconhecer as raízes desse *ser* num mundo pululado de Homens, de coisas da natureza e pelos *indivíduos*, sem que cada Homem possa transcendê-lo e abandoná-lo por completo. O partilhamento com a pluralidade de *indivíduos* – na igualdade (*pública*) e na diferença (*privada*) – e com as coisas é fator de constituição da esfera pública na qual se (con)vive, pois, sem a intermediação dos semelhantes e das coisas, não existiria a atividade *humana*. Isso remete à necessidade da *vida humana* de impescindir de um mundo direta ou indiretamente marcado pela presença de *ou-trem*.

As atividades humanas fundamentais, relati-

vas às condições básicas da vida do Homem, são: *labor*, *trabalho* e *ação*. Por conseguinte, a atividade/ação humana possui como condição de possibilidade a convivência/coexistência com o *outro*. Logo, ela não pode ser pensada sem a existência do ambiente *social*. A peculiaridade *humana*, ou seja, a capacidade de *ação*, não se apresenta em outro animal, nem num deus, pois não comungam, por meio da *práxis* nem da *léxis*, o mundo, o que se aplica, de certa forma, ao *trabalho* e ao *labor*. Consequentemente, na completa solidão, o Homem não o é (ARENDDT, 2003, p. 31).

Cria-se a relação entre a vida e a *ação*, o que recai de imediato no *zoón politikón aristotélico*, classificando o *ser humano* em animal *socialis*. O termo latino *societas* indicou um conjunto de *indivíduos* unidos em prol da conquista de um objetivo comum. A organização política difere-se e opõe-se à associação natural familiar. Por conseguinte, a *polis* é uma segunda dimensão da vida do *indivíduo*, que aflora o *bios politikos* e o espaço privilegiado da realização da *liberdade* e da *igualdade*. As atividades humanas, consideradas políticas para ARISTÓTELES, eram a *ação* (**praxis**) e o *discurso* (**lexis**), que constituíram o arcabouço dos negócios humanos. As duas capacidades encontravam-se, na *prepolis*, entrelaçadas ao ponto de formarem o *público* (ou visível). A *ação* é realizada por meio de palavras empregadas no momento certo, independentemente das informações transmitidas. Na *polis*, o *discurso* tornou-se independente da *ação*, de tal maneira que o caráter político estava nas palavras e na persuasão, pois as decisões na e da *polis* eram efetuadas por meio

da persuasão, e não da violência e da força (ARENDDT, 2003, p. 32-35).

Tudo isso trata-se do pensamento grego da *polis*. Logo, para os gregos, a violência que força alguém a fazer ou não alguma coisa era um modo não político, apenas admitido na vida fora da *polis*, ou seja, na casa e na família. O chefe da família era comparado ao imperador, com poderes despóticos, e sua posição era incontestável dentro da *esfera privada* (ARENDDT, 2003, p. 35-37)⁶.

2.1.1 A esfera privada

Na acepção do termo, encontra-se a ideia de privação; seria o *indivíduo* a viver somente na *esfera privada*, afastado das coisas essenciais à vida *humana*. Por conseguinte significa estar privado da *realidade* decorrente de convivência, de separar-se e unir-se com os demais *indivíduos* mediante a intervenção de um *mundo comum*. É na ausência do *outro* que reside a privação e ergue-se a *esfera privada*. A questão eminente é a falta de conhecimento pelo *outro* do *eu* imerso na *privatividade*, pois esse *eu* não se mostra nem é escutado, ele constitui-se numa não existência. A sua ação não expressa qualquer importância para o *outro*; se munida de importância, é destituída de interesse para os demais (ARENDDT, 2003, p. 68).

Na esfera privada, a moralidade cristã desenvolveu papel importante. Ela sobreviveu à passagem da Idade Média para a Moderna, pois a responsabilidade política e a noção de que cada um deve cuidar de seus

compromissos destinam-se ao *bem-estar* e à salvação dos desincumbidos das preocupações advindas dos negócios públicos. Nisso, interpela-se a questão propriedade privada em relação ao seu interesse. A propriedade ligada à palavra privada abandona sua característica privativa e, em parte, sua contraposição ao *público*. A propriedade sempre foi importante para o **corpo político**, mesmo localizada na *esfera privada*. ARENDT destaca que o liame entre *público* e *privado* encontra-se em risco de ser equivocadamente interpretado, justamente pela razão moderna da relação propriedade/riqueza e pobreza/não propriedade (ARENDT, 2003, p. 68-71).

A propriedade e a riqueza desempenharam o importante papel – ao longo da história – de criar as condições de acesso do *indivíduo* à *esfera pública*, por consequência do exercício da cidadania plena. Porém, a propriedade e a riqueza possuem um caráter diverso; com o atual surgimento da sociedade real, não existe propriedade, pois a riqueza de todos os seus *indivíduos* consiste na participação da renda da sociedade, o que deixa evidente que propriedade e riqueza pouco se relacionam entre si. A diferença residia no caráter sagrado da propriedade, qualidade que a riqueza não tinha antes da era moderna. O estrangeiro rico não substituíria a propriedade; a pobreza não acarretava ao *chefe da família* a perda do espaço no mundo da vida, nem da sua cidadania. A perda do lugar tinha como consequência a perda da cidadania. Logo, tal situação estava ao desabrigo da *lei* (ARENDT, 2003, p. 71-72).

O interior da *esfera privada* – ligado ao culto e

aos segredos da religião familiar – permaneceu oculto à *esfera pública*. No entanto, sua aparência externa é importante para a *polis* como forma de estabelecer limites entre as casas (os *lares*). Identificava-se a *lei* como linha limítrofe, que, antigamente, era um espaço entre o *público* e o *privado*, não pertencente a ninguém. Porém, simultaneamente, abrigava-os, protegia-os e separava-os. ARENDT destaca que a *lei* da *polis* grega não refletia o conteúdo político da ação – como ato de legislação no sentido *kantiano* – nem um rol de proibições – como as *leis modernas*. Ela equivalia ao muro que sustentava a existência do aglomerado de *lares*, constitutivo de uma comunidade política, mas ainda não uma cidade. A lei possuía o caráter sagrado, porém apenas o espaço delimitado pelo muro era político. Assim, sem ela, é inviável a existência da *esfera pública*, como a propriedade; essa *esfera* retinha a vida política e a propriedade resguardava o processo biológico existencial da família. A propriedade não era apenas o acesso à *esfera pública*, também era o lado obscuro do círculo *público* (ARENDT, 2003, p. 72-74).

A riqueza privada ganhou importância com a busca de meios de subsistência para o *indivíduo*. Essa riqueza estabeleceu-se como condição de possibilidade para o ingresso na *esfera pública*, pois, de certa forma, era uma garantia de não ter que prover para si mesmo os meios de subsistência; portanto, poderia dedicar o seu tempo para a atividade política. Destarte, as necessidades urgentes da própria existência possibilitavam a vida *pública*, o que significava o domínio das próprias necessidades, capacitando o *indivíduo* a ser

pessoa livre para ultrapassar sua própria necessidade e assumir um lugar no *mundo comum* (ARENDDT, 2003, p. 74-75).

O acúmulo de riqueza individual não trará a socialização do processo de acumulação; a privatidade estorva o desenvolvimento da produtividade social e da esfera pública. É necessário que todos tenham acesso à esfera pública e possuam condições semelhantes para interagir livremente nessa esfera, pois é justamente na esfera pública que se dará a construção das redes de interação entre os indivíduos e a atividade política democrática. Nesse sentido, a esfera privada, além de estar oculta na e à esfera pública, também não é o ambiente da política e da construção das inter-relações.

2.1.2 A esfera pública

O *público* pode ser visto, ouvido e sentido por todos os indivíduos. Nele, o Homem pode desenvolver-se em direção à *pessoa* (NOLL, 1997, p. 3). Destarte, o constitutivo da realidade é a aparência, ou seja, o que é visto, escutado e sentido pelo *outro* e pelo *eu*, publicamente. Significa a manifestação essencial do *zoón politikón*, pois a presença do *outro* que vê, escuta e sente (aproximadamente) o que o *eu* vê, escuta e sente garante a realidade do mundo e do próprio *eu*, no sentido de similitude, de equivalência. Na *esfera pública*, prepondera a igualdade dos desiguais⁷, igualados por determinados motivos e em específicos aspectos (Política, Economia, Educação, Direito...). Tal realidade mútua está contraposta ao sentimento exclusivamente privado e intenso

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015
A esfera pública como espaço da necessidade e mutabilidade do controle social - pp. 85-120
MASSAU G. C.

conhecido, a dor. A experiência da dor física e não física é impossível de ser exposta adequadamente ao *público*. Ela afasta o *eu* da realidade, privando-o das percepções ou fazendo-o esquecer da realidade. Nesse sentido, não existe ligação da subjetividade radical ao mundo exterior – *público*, sendo que a subjetividade não pode ser mais escandida no *mundo público* (ARENDDT, 2003, p. 59-60).

A percepção da realidade encontra-se dependente da aparência das coisas. Por conseguinte, a existência da *esfera pública* revela o que emerge dos recônditos da existência na *esfera privada* (íntima) e intensifica a sua aparência. Porém, existem coisas inapropriadas à constante presença do *outro na esfera pública*. Traz-se a *público* o que é relevante para ser ouvido, visto e sentido. O considerado irrelevante permanece automaticamente na *esfera privada*. Destaca-se que o irrelevante para a *esfera pública* pode ser relevante ao povo como forma de vida, sem que isso altere sua essência privada. Com o declínio da *esfera pública* – como destaca ARENDT –, e com a valorização das “pequenas coisas”, estas ocuparam o espaço das coisas *públicas*, satisfazendo os modernos, sem a necessidade de transpassar à *esfera privada*. Não é pelo fato de todos os *indivíduos* se encantarem pelas mesmas coisas que as tornam *públicas*. As coisas devem enquadrar-se na *esfera pública* por sua relevância ao *bem comum* (ARENDDT, 2003, p. 61-62).

A noção de *público* também assume a ideia de mundo, pois ele é comum a todos os *indivíduos*, independentemente do espaço de cada um. Tal mundo

identifica-se com o espaço limitado ou de condição biológica propícia para a vida, como a Terra ou o meio ambiente. O mundo da vida é produto humano, sustentado pelos artefatos produzidos pelos que conjuntamente o habitam. Aparece a convivência, que implica ter um mundo da vida interposta entre os que nela participam. Ela é a intermediária com a função de separar e de estabelecer relações entre os *indivíduos*. Por conseguinte, a *esfera pública* como mundo da vida congrega o *eu* aos *outros* e, simultaneamente, evita a colisão entre duas subjetividades. O problema da suportabilidade da *sociedade de massas* é a perda da capacidade do mundo da vida de manter a relação *eu/outro*, relacioná-los e/ou separá-los numa concepção de *ambiente comum* (*esfera pública*) (ARENDDT, 2003, p. 62).

A esfera pública formava um vínculo de união entre os Homens de forma destituída de interesses, num ambiente em que os Homens se sentiam relacionados e separados pelo mundo da vida. A política da antiga filosofia cristã tentou buscar outro vínculo para substituir o *mundo*. A caridade em todas as relações humanas foi a proposta de AGOSTINHO, segundo ARENDT. O vínculo da caridade entre as pessoas é adequado, embora inapto para erguer a *esfera pública*, pois se baseia no princípio divino fundamental cristão, que tem capacidade de guiar tanto santos quanto criminosos, com base na concepção do mundo e em toda a atividade exercida neste. A sua característica apolítica cristã calca-se na condição de se formar um corpo de membros constituído pela relação de irmandade. Por conseguinte, a estrutura comunitária adotou como

paradigma as relações familiares, a fim de contornar a política. Como se observou, não existiu *esfera pública* no círculo familiar (ARENDDT, 2003, p. 63-64).

A perspectiva-promessa da não duração do mundo possibilitou a negação da política. A transcendência para uma possível imortalidade mundana tornou supérflua a política e a *esfera pública*. A esfera pública deve ser tratada por cada *indivíduo* como coisa passageira, que pertenceu, pertence e pertencerá a inúmeros outros *seres humanos*, pois se ingressa no mundo da vida com o nascimento e abandona-se com a morte. É um ambiente transcendente a toda a vida individual, abarcando os indivíduos anteriores, os presentes e os que advirão. Isso torna-a comum a todas as gerações e não somente às que convivem atualmente com o *eu* (ARENDDT, 2003, p. 244-245).

O mundo da vida apenas sobrevive se existir a *esfera pública* independentemente das gerações. O caráter *público* dessa *esfera* é capaz de preservar por séculos o que o tempo corrói naturalmente. É o desejo de eternização da particularidade ou de algo em comum do Homem que o impelia a ingressar antigamente na *esfera pública*. ARENDDT indica que a perda da preocupação autêntica com a imortalidade⁸, na era moderna, é um indício da dissolução da *esfera pública*. A *polis*, para os gregos, e a *res publica*, para os romanos, protegiam a futilidade da vida individual, devido ao fato de serem considerados espaços reservados à passageira permanência e/ou à imortalidade dos mortais (ARENDDT, 2003, p. 65-66).

Com a modernidade, a sociedade foi promovi-

da e a *esfera pública* diluiu-se na *massa social*, na ideia de *sociedade*⁹. A admiração pública torna-se algo consumível, a satisfazer as necessidades do *status*, da vaidade individual; como o oxigênio, é consumida pelo corpo, no império do *individualismo*. Sob esse ângulo, a realidade não é provada na presença pública do *outro*, mas no grau de necessidades. Ninguém pode verificar a existência ou não da necessidade, salvo o próprio necessitado. Embora sendo possível compartilhar a necessidade com o *outro*, a sua composição fútil não forneceria a solidez necessária para formar um mundo comum sólido e durável. O problema atual não é a falta de admiração, mas, sim, a estrutura em que está erguida essa admiração, uma estrutura facilmente corrosível pelo passar do tempo. Isso deve-se ao consumo diário da admiração pública em doses cada vez mais robustas, afirmando-se de forma incisiva na recompensa monetária¹⁰. Fútil por natureza, nessas circunstâncias, torna-se objetiva e real (ARENDDT, 2003, p. 66).

Essa objetividade de base monetária contrasta com a realidade da *esfera pública*, que conta com inúmeras perspectivas, nas quais o mundo da vida se mostra, sendo que nenhum paradigma pode ser inventado. O mundo da vida engloba, como ambiente comum, todos os *indivíduos* presentes, porém cada *ser humano* ocupa um lugar diferente do *outro*, sem a ocorrência de coincidência de espaço. O significado da *vida pública* encontra-se nisso, ao passo que a vida familiar, proveitosa, pode oferecer à geração de cada indivíduo suas características e perspectivas. No entanto, a *esfera privada* não substitui a realidade resultante da conjun-

ção de todos os aspectos de um objeto visualizado por inúmeros *indivíduos*. As coisas visualizadas por muitos *indivíduos* e sob inúmeros aspectos, sem que suas particularidades sejam alteradas na realidade mundanas, podem considerar-se fidedignas, pelo fato de que todos os *indivíduos*, nela focados, veem-na de forma semelhante. Destarte, a realidade do *mundo comum* não advém da natureza comum *humana*; a garantia do *comum* está, a despeito das diferenças de posição e da variedade de perspectivas, no interesse de todos no mesmo objeto. Portanto, o *comum* do *mundo* esvai-se quando se estabelece a uniformidade de aspectos e prepondera uma perspectiva (ARENDDT, 2003, p. 67-68).

3. Necessidade e mutabilidade do controle social¹¹

A esfera pública é decorrência da natureza e da necessidade humanas. É o espaço da socialização, em que a sociabilidade do indivíduo desenvolve-se numa dimensão pluridimensional (Art. 1º, V, da CF), e não somente unidimensional, como na esfera privada, no convívio da família (Art. 5º, X, XI e XII, da CF). Ela é resultado da condição do ser humano, por nascer e viver em sociedade, pois diferentemente seria se o desenvolvimento fosse isolado do convívio de seus semelhantes. O indivíduo torna-se pessoa humana e, por conseguinte, cidadão, por meio do contato com outros seres humanos, desenvolvendo, concomitantemente, o aspecto individual e coletivo (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 23).

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015
A esfera pública como espaço da necessidade e mutabilidade do controle social - pp. 85-120
MASSAU G. C.

Por isso, a Constituição, no Preâmbulo, traz a harmonia social como fundamento do Estado.

O comportamento social, expresso na esfera pública, é complexo, pois resulta de uma série de fatores e fenômenos incidentes no e produzidos pelo indivíduo, sendo necessário levar em consideração para análise o ambiente em que foi realizada a sua socialização. A contínua adaptação do indivíduo às exigências do grupo de convívio demonstra os parâmetros de seu comportamento em relação aos outros indivíduos. A expectativa e a padronização do comportamento, embora numa perspectiva relativa, revela a ambientação do indivíduo ao meio ambiente físico, ao meio biológico e ao meio social. O idioma e a expressão idiomática são o exemplo disso. Por conseguinte, a conduta humana não é apenas uma resposta a estímulos externos e internos, também apresenta algum objetivo. Na sociedade, o indivíduo transforma-se em pessoa humana (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 24). Essa transformação é evidenciada logo em seguida por meio do Art. 1º, III, da CF, dentre outros artigos como todos os incisos do Art. 5º da CF.

A vida em grupo é natural ao Homem, a percepção disso torna-se mais evidente conforme a troca de serviços e a colaboração no trabalho, que tornam a sobrevivência mais amena. Com isso, descobre-se o valor da reciprocidade, até nas coisas mais essenciais, simples e rotineiras próprias do ser humano. Contudo, o indivíduo não é um mero espectador da vida, sua capacidade criadora e transformadora impele-o à não passividade e, por conseguinte, às modificações sociais

(SOUTO e SOUTO, 2003, p. 24-25). A CF instrumental tal condição do ser humano quando organiza a vida em sociedade, pois desta não se pode desviar, e atribui direitos e deveres aos indivíduos, com o objetivo coadunar os interesses e as necessidades de todos num mesmo espaço habitacional.

A sociedade humana, como a esfera pública, tem por matéria-prima a diversidade de seres de uma só espécie, ou seja, compõem-na indivíduos de idade e de sexo diferentes, tipos e graus de inteligências, conhecimentos e compreensões distintas. Ela constitui-se de indivíduos que pensam, querem e sentem de diversas maneiras, o que, no primeiro momento, pode parecer uma contradição. No entanto, é de interesse da sociedade a manutenção dessas diferenças, mas até certo ponto, pois destas nascem as semelhanças e a complementação das diferenças, formando a riqueza do todo social. Contudo, a permanência e a coerência do agregado humano requerem uma mútua acomodação dos indivíduos, por meio da criação de normas e do surgimento da consciência de grupo, com base na semelhança dos *socii* (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 25).

Na sociedade, reside, relativamente, a indeterminação social, a qual é oriunda da autonomia humana em escolher dentre as alternativas ofertadas. As proposições determinísticas são muito difíceis de serem conseguidas (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 26). Logo, a esfera pública é o local da inovação, da difusão e da atividade. A pluralidade social é formada na esfera pública; o local em que a sociedade torna-se um corpo social, englobando a diversidade. A esfera privada não

oferece o ambiente para a formação da sociedade, mas de um grupo, basicamente, homogêneo de indivíduos, que concentram uma uniformidade no pensar, no expressar e, principalmente, nos valores.

3.1 A necessidade do controle social

O ser humano possui tendências comportamentais variadas, sendo necessária a normatização das condutas dos membros do grupo social. Isso acontece para poder existir um entendimento geral com ao menos um mínimo de comportamento reconhecido pelo grupo, com uma linguagem comum e, principalmente, para possibilitar que todos tomem parte do ambiente público. Uma vida, minimamente uniforme no tocante à intimidade do coletivo, é fundamental aos membros da sociedade; dá-se, nesse sentido, o desenvolvimento do caráter social. O círculo social, por meio da socialização, insere, nos componentes, padrões comportamentais uniformes. Por conseguinte, cada indivíduo passa a ser conhecedor dos modos de comportamento da sociedade da qual participa, estando apto a satisfazer os seus objetivos sem desconhecer os objetivos sociais e de acordo com estes. Assim, os meios utilizados deverão ser reconhecidos socialmente (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 27).

A vida social tem como requisito básico uma padronização mínima nos pensamentos, nos sentimentos e nas atividades dos membros sociais. A ordem social sustenta-se pelos pilares aos padrões existentes, que apenas reduzem os limites das diversidades pessoais.

No entanto, não devem extingui-las – a uniformidade, no sentido estrito, não pode ser conseguida, haja vista a existência de diferenças fundamentais e de experiências entre os indivíduos e de distintos sentidos de vida existentes entre os indivíduos. Contudo, a sociedade influencia o indivíduo e o indivíduo influencia a sociedade; a primeira estabelece os padrões comportamentais e o segundo afeta a sociedade pelo seu comportamento. Ambas as dimensões sofrem mútuas influências (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 27-28).

A sociedade é um conjunto de relações recíprocas de interação social; trata-se de um sistema complexo. O indivíduo possui e deseja um *status* social, submetendo-se aos padrões do grupo, inclusive os jurídicos – a manifestação mais intensa de normas de padronização do comportamento encontra-se no Direito Penal e suas sanções, como última *ratio*. Destarte, a maior parte dos impulsos dos indivíduos está em conformidade com os parâmetros do grupo (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 28). Sem dúvida, o espaço público é o espaço da sociedade, da diferença, dos padrões, do comportamento, do *status* e de outros elementos sociais. É nele que se manifestam elementos de pluralidade e unicidade; alguns conservadores outros revolucionários.

3.2 O sentido social do Homem

Independentemente da teoria que se possa adotar, o indivíduo, socialmente considerado, acostuma-se e aprende a cooperar com a vida social, pois alguns objetivos não são possíveis de serem atingidos por meio

das próprias forças, necessitando da cooperação de outros membros do grupo social. A interdependência tende aumentar na mesma medida em que o trabalho torna-se especializado. Por conseguinte, conforme o indivíduo introduz-se na sociedade pelo processo de socialização, encontra-se cada vez mais sujeito às normas sociais. Além disso, o seu comportamento reflete e se limita ao meio cultural em que convive, assim como sua linguagem. A vida em sociedade pressupõe a submissão à sociedade (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 29), em certa medida.

Embora o meio social condicione, de muitas formas, o comportamento do indivíduo, as vantagens de nele conviver abrangem uma série de benefícios. A vida no meio natural é facilitada pela vida no meio social. Também, a manutenção da esfera privada é proporcionada pela socialização, justamente pela tendência de a vida em grupo exigir de seus membros condutas – de certa forma – padronizadas, a fim de viabilizar o controle social, que se efetiva de várias formas (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 29).

3.3 Controle social a partir da socialização

A interação social entre os indivíduos resulta na socialização. Trata-se de indivíduos em ação, frutos de expectativas de comportamentos. O processo de socialização inicia pela educação da criança, a efetividade do controle social do futuro adulto – como: repreensão da mãe, castigo escolar, escárnio popular, sanções jurídicas, penitências religiosas, entre outros meios de con-

trole social (MACHADO NETO, 1974, p. 165). O adulto introduz os costumes e as regras sociais na criança, ou seja, a alimentação, a vestimenta, a linguagem e outros elementos que refletem as características do grupo no qual está inserida. A transmissão desses elementos socializadores contribui decisivamente na adaptação da criança ao meio social. No processo de socialização, é o momento de apreensão dos papéis existentes na sociedade. Isso, para o Direito, é fundamental, pois em torno dos papéis sociais encontram-se o complexo das normas jurídicas. Justamente pelo fato de que o papel social atrela a si uma série de obrigações e direitos é que as normas jurídicas estão conectadas ao controle social (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 31).

Ao pensar em vida social, é imprescindível a existência de um mínimo de continuidade, ou seja, parâmetro para refletir, julgar e criticar, atitudes próprias do *ser humano*. Isso é o reflexo das relações entre os indivíduos que não vivem especificamente o imediato, mas relacionando, constantemente, o passado, o presente e o futuro – um vir a ser. Por conseguinte, o cooperar é atitude indispensável à formação social para obter-se um fim comum (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 33-34), dentro da conjugação dos elementos espaço e tempo sociais.

Os direitos e deveres dos membros sociais produzem a consecução do fim comum. Sem esse aporte, seria inviável uma efetiva cooperação, pois os direitos e os deveres formam um complexo de normas reguladoras das atividades dos indivíduos no grupo social. Contudo, a espontaneidade em cooperar nem sempre

é conseguida de todos; por vezes, as regras que visam à cooperação são violadas. Diante de tal ocorrência, o próprio sistema social encontra-se, de alguma forma, ameaçado. Para evitar isso, o grupo social necessita de um sistema de controle social, que se manifesta de diversas formas: dos costumes à ética, até as regras jurídicas (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 34).

3.4 Conformidade, mudança e controle social

A linguagem comum leva os membros a agirem dentro dos padrões conhecidos por estes diante de expectativas. Dessa forma, o membro do grupo, assim é considerado, por estar de acordo com as normas do grupo, de modo geral. As interações sociais na sociedade são reguladas por normas, viabilizando a coexistência das individualidades, ao reduzirem as frustrações e os conflitos. A identificação da visão de mundo entre os indivíduos estimula uma conduta, minimamente, uniforme, conformando-se às normas sociais, que servem como parte da aprendizagem social. Alguns elementos compartilhados pelos indivíduos criam uma determinada unidade. Assim, a bandeira, o território, o idioma, as festas nacionais, os monumentos, os bens públicos e o espaço comum criam uma atmosfera de sentimento de identidade comum (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 34-35).

Destarte, gera-se um sentimento do *nós*, mas esse sentimento não é permanente em todas as circunstâncias. Em relação a outras esferas, tal sentimento some

ou, no mínimo, enfraquece em face de um sentimento individualista¹². Quando as circunstâncias envolvem elementos fortemente marcados pela individualidade, o sentimento de grupo desaparece ou diminui, principalmente quando envolve a propriedade privada, a herança, o contrato, a indenização, dentre outras (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 35).

Cada sociedade possui seus elementos culturais e consideram-nos superiores aos das outras sociedades. Porém, quando uma sociedade possui elementos culturais antagônicos, a tendência é que um enfraqueça o outro, salvo se ocorrer uma adaptação dialógica entre ambos. O antagonismo dos elementos culturais prejudica a cooperação; a existência de padrões radicalmente contraditórios entre os membros pode implicar em hostilidade entre os próprios. O sentimento de hostilidade tende preponderar e não a cooperação, sentimento social necessário para a coesão social (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 36).

Cabe ressaltar que toda interação social carrega, em si, a mutação social, que pode ser de diversos graus de acentuação. Por conseguinte, o fato social é um fato de mudança social, no sentido amplo. Logo, todo fato social é processo social, que, ao longo da história, provoca a alteração de fundamento da sociedade. O controle social não se desvia do fato social, justamente por ser um dos processos sociais básicos. Ele carrega e estimula uma mudança em sentido amplo, frequentemente provocando mudança social profunda numa perspectiva histórica (SOUTO e SOUTO, 2003, p. 37).

4. A esfera pública como espaço da dinâmica social

O local de realização e de manifestação da *atividade humana*, contemporaneamente, concentra-se na *sociedade*, fruto da massificação da coletividade desde o início da era moderna. Trata-se da diluição das *esferas pública e privada*, situando todos indivíduos no mesmo patamar, em que a *liberdade* e a necessidade confundem-se (ARENDR, 2003). Porém, gostar-se-ia, neste momento, de destacar a ideia de esfera pública como espaço adequado à dinâmica social, desde a satisfação das necessidades até o controle social. Ela é o espaço em que a sociedade configura-se como tal, em que a igualdade e a desigualdade ganham contornos dramáticos pela democracia, pelo controle do Estado, pelas ideologias manifestadas, pelas relações intersubjetivamente (des)constituídas.

Na esfera pública, encontram-se os bens públicos, o espaço adequado para as manifestações e interações sociais. Não se trata de algo privado, restrito ou resguardado dos membros sociais. A manutenção social depende de uma esfera própria ao seu acolhimento, fornecendo os subsídios essenciais para a criação, conservação e desenvolvimento da sociedade. Assim, visualizam-se os Direitos Humanos, pois é justamente nessa esfera que tais Direitos destacam-se e confrontam o Estado perante as necessidades sócio-individuais.

Tendo base nessa ideia, e para potencializar a realização da sociedade, faz-se imprescindível delimitar – preliminarmente – o *espaço público*. Esse espaço

é o de *responsabilidade* dos diversos grupos ou indivíduos de interesses contrastantes; nele, encontra-se o confronto entre os distintos interesses e se constrói (ou deveriam ser construídas) as decisões calcadas na participação dos indivíduos. A esfera pública constitui-se em um espaço cuja finalidade deve ser a realização do *bem comum* por meio da política, assegurada pelos valores juridicamente consolidados na Constituição.

No *âmbito público*, a postura do *indivíduo* deve ser distinta da do *privado*. Ao *público*, condiz o *espaço da ação*, da *publicidade*, da *política*, do *bem comum*, da *atenção* com o mundo da vida e da *solidariedade* motivada pelo fato de reconhecer no rosto do *outro* o *ser humano*, carecedor de tratamento digno. O *privado* deve corresponder ao *espaço do trabalho*, do *labor*, do *consumo*, da *privacidade* (não publicidade), da *intimidade*, do *bem privado* (disposição dos *bens* como lhe aprouver, desde que não seja defeso em *lei* – que tem um cunho público), do *interesse individual*, da *irmandade* (para com os indivíduos reconhecidos como amigos e familiares) e da *preocupação com as coisas do lar*.

Contudo, a *ação/atividade* é desenvolvida no *espaço público*, que, no primeiro momento e numa compreensão estatal, é o setor da administração do Estado que envolve gastos e rendimentos que satisfazem as necessidades e as finalidades *públicas*. Tais necessidades e finalidades encontram-se além das economias de mercado e da doméstica (*lar/privada*) – p.ex.: Art. 5º, X, XI e XII, da Constituição Federal de 1988 –, pois a função é estruturar uma economia e gerir o *bem comum* (sentido amplo) com a distribuição justa da ri-

queza (CORTINA, 2005, p. 19), a fim de construir uma sociedade mais solidária (Art. 3º, I, *in fine*, da Constituição Federal de 1988).

Trata-se de conseguir a coesão social, e esta não pode ser alcançada somente com o Direito ou mediante a violência. É preciso a livre adesão e a participação dos *indivíduos* na *esfera pública*, agindo com cidadania e civilidade. Esta, por sua vez, não se adquire sem o desenvolvimento de uma ligação *solidária* entre os membros sociais, nem sem o sentimento de pertencimento à coletividade, preocupada em garantir a todos a *liberdade*, a *igualdade* e a *dignidade humana*. A adesão aos projetos *comuns* (ao *bem público*) agrega-se à ideia de sociabilidade, ao conceito de cidadão e à razão de civilidade (CORTINA, 2005, p. 20-21).

Para isso, é preciso estar sob as luzes do *espaço público* e em atividade. Socializar é constituir um estado de movimento constante na *esfera pública*, por vezes movido pelo *interesse privado*; por outras, concentrado apenas no *interesse público*, que, em última ou primeira instância, reflete no *interesse privado*. No entanto, não significa coincidir totalmente, mas o objetivo final do Estado é possibilitar os meios e as estruturas para a consecução do *bem estar dos socii*.

A *esfera da atividade/ação* coincide com a *esfera pública* e esta com o *bem público*, pois a *esfera* não deixa de constituir-se em *bem público/comum*. A sua circunscrição absorve o Estado – em todos os seus aspectos – e abrange os iminentes direitos de cunho *público* e suas respectivas consequências e realizações (p.ex.: Art. 5º, LX, da CF). Em relação ao Estado, a *es-*

fera de atividade abarca toda a sua extensão, principalmente os seus órgãos legislativo, executivo e judiciário, locais em que o desenvolver da atividade deve estar calcado no processo *democrático*, na *liberdade*, na *igualdade*, na *publicidade*, na *legalidade*, ou seja, em todos os *princípios* estruturantes do Estado. Também, e de forma mais originária, sem intermediários – embora seja obrigação do Estado garanti-los. Os denominados *locais públicos* (praças, ruas, prédios de serviços públicos, estradas etc.) devem ser espaços não só de manifestações dos interesses populares, mas de manifestações de cidadania, que se realizam a cada instante e a cada ação na sociedade.

Na *esfera pública*, as *diferenças* e as *igualdades*, por meio da *ação* (ARENDT, 2003, p. 245) e do *discurso*, tornam-se evidentes; a *individualização* do *indivíduo* concretiza-se de forma autônoma e sem a interferência de força do *labor* e do *trabalho* hierarquicamente superior, existente na *esfera privada*. É justamente na *esfera da atividade* que o Homem *humaniza-se* diante da vida vivida com os *outros*. Assim, a *esfera pública* deve ser estruturada e mantida em favor das disposições dos riscos da revelação do agente em sua *dignidade*. É nessa *esfera* que se realizam os negócios humanos e constitui-se toda a teia de relações humanas, pelo fato de todos coabitarem o mesmo espaço. Aos recém-chegados e introduzidos (o nascimento) nessa teia, restam as opções de aprender o preexistente de construir sua própria história (até a morte), registrada em todo o material disponível ao manejo humano – da lembrança aos monumentos (ARENDT, 2003, p. 189, 192-193 e 196-197).

A *esfera pública*, pelas suas características, é o espaço constitutivo do coletivo; por conseguinte, da aparência e do poder social onde se organiza, desenvolve-se e mantém-se a convivência dos *indivíduos*. É por intermédio da aparência e do poder que o mundo da vida se constitui, pois a aparência fornece os parâmetros para o agir; e o poder conserva a estabilidade para a existência da *esfera pública*. Na esfera pública, destaca-se, o poder não é a força de um indivíduo isolado, porém a sua existência surge quando os Homens agem juntos; desaparece quando eles se dispersam. A limitação do poder deve-se à existência de outros *indivíduos*, pois ele corresponde à *condição humana* da pluralidade. Disto, tem-se a possibilidade de dividir o poder sem reduzi-lo (ARENDDT, 2003, p. 213-214), equilibrando-o entre as relações interindividuais. Incide nisso o princípio da prevalência da decisão da maioria, constituída, democraticamente e conjuntamente, com a proteção da minoria, pois a minoria é parte fundamental da sociedade.

Como exemplo da importância da esfera pública e da participação nesta, tem-se a privação de liberdade como pena (a mais radical no sistema ordinário brasileiro) aplicável aos delitos que ferem os valores mais relevantes para a sociedade. A privação da liberdade é a que retira o criminoso do convívio social, retira-o a possibilidade de vir à *esfera pública*, de exercer a sua liberdade e outros direitos. A voz e a imagem do recluso ficam esquecidas pela esfera pública, pois ele ingressa em uma dimensão privada e fechada. Por isso, trata-se de uma pena forte, não somente pela restrição

da liberdade, mas pela exclusão do processo de socialização. A restrição de liberdade serve, conforme a estrutura conceitual-social erguida, para isolar os indesejados da esfera pública, por grupos dominantes. A reclusão, simplesmente, retira-os da participação do espaço público; conforme for a política adotada, a exclusão de indivíduos da esfera pública serve como uma espécie de “purificação” do ambiente dos indesejados¹³.

A partir da exclusão de indivíduos indesejados da esfera pública é realizada uma engenharia social, política e econômica da sociedade. Social, pois os indivíduos considerados insociáveis não mais participarão dos assuntos da esfera pública. Política, pelo fato de a exclusão fazer desaparecer os indivíduos¹⁴ que causam irritação na sociedade e demonstram a incapacidade de gestão política. Econômica, justamente pela gestão da miséria, dos pobres (WACQUANT, 2001, p. 44-47), ou seja, no seu desaparecimento ou esquecimento, a fim de legitimar o sistema econômico como próspero.

Conclusão

Procurou-se delimitar, preliminarmente, o espaço que se considera fundamental à sociedade. Não se trata de um espaço somente fundamental ao Estado e à sua organização, porém, em sua perspectiva, é o espaço ou esfera que diz respeito a todos os indivíduos que interagem socialmente. É nessa esfera que as interações sociais ocorrem com liberdade e com a organização proporcionada pelo Estado e pela própria dinâmica so-

cial constituída pelo costume. A esfera pública é exatamente o espaço no qual a face social manifesta seus contornos, por diversos mecanismos.

Uma esfera que não tenha a liberdade e a igualdade como princípios – o caso da esfera privada – não pode oferecer as condições necessárias para autonomia dos conflitos e do movimento da instituição e da satisfação das necessidades humanas. É incontornável que a sociedade tenha local para exercer sua autonomia, tendo no controle do Estado o elemento de controle e organização da manifestação social, cuja finalidade é viabilizar que ocorram as livres e as diversas manifestações, contribuindo para a concretização da democracia, por exemplo. É justamente na esfera pública – na antiga Atenas – que a política concretizava-se. Deve ser esse espaço o local da manifestação social em toda a sua plenitude, a fim de que os indivíduos possam ser influenciados e influenciarem os demais.

Por isso, na esfera pública, a política está (aqui) em evidência. Nela, a sociedade influencia, de uma forma ou de outra, o aparelho estatal por meio das manifestações, conflitos de classes, do surgimento ou extinção dos costumes, da opinião que circula nos meios sociais, do conhecimento ou/e cultura produzida etc.. Tudo só é possível mediante a existência de um local apropriado, que atenda as necessidades sócio-indivíduosais, mas que tenha um mínimo de controle social organizador das relações sócio-intersubjetivas. A esfera pública possui inúmeros outros ângulos-sociais a serem analisados. Contudo, põe-se uma perspectiva

possível à análise de um âmbito central da viabilidade da socialização e da sociedade: a existência, a manutenção e o desenvolvimento da esfera pública, no tangente à abordagem sociológica.

Notas

- 1 Isso será objeto de outro estudo, que refletirá os motivos da decadência ou extinção (se assim for considerado) das esferas pública e privada.
- 2 O espaço público, da *res publica*, é o local das manifestações culturais, religiosas, sociais e políticas, dos protestos, das reivindicações, das festas populares, da fiscalização da gestão da coisa pública, de denúncias de violações contra os direitos humanos, de divulgar pensamentos, de exigir novas atitudes, de se fazer conhecer dentre milhares de outras ações que na esfera privada não seriam possíveis. Também é o espaço da liberdade e da igualdade.
- 3 Em relação à esfera pública, cabe destacar a internet como parte deste espaço ou, pelo menos, vem se constituindo nesse sentido. Ela tornou-se um *espaço* propício para o encontro, a reunião e a expressão pública dos anseios e pensamentos dos indivíduos. Uma espécie de praça virtual em que todos (ainda) podem ter acesso e se manifestar de forma livre. *Vide*: MAFFE-SOLI (2009, p. 27-28).
- 4 SCOPPOLA recordou os fatos históricos antecessores da *Repubblica italiana* e, também, a postura dos italianos após a entrada em vigor da *Costituzione* que confirmou a *Repubblica*. Em relação à nação, ao patriotismo, à cidadania e à política, na *Repubblica*, enfatizou a confusão de tratamento entre o *pubblico* e o *privato*, e destacou a necessidade de criar um sentido de *responsabilidade* em relação ao *pubblico*. Distinto do *privato* seria imprescindível um tratamento diferenciado entre estas esferas. Nisso reside a cidadania que se constitui diariamente calcada no senso de coletividade e individualidade (SCOPPOLA, 2001, p. 125).

- 5 Não se adentrará nas questões genealógicas invocadas por ARENDT em relação aos equívocos de tradução das palavras-chave do grego para o latim. Embora sejam importantes, pois contribuem para o esclarecimento dos rumos e significados tomados por tais palavras, o foco principal está em distinguir o *público* e o *privado* de forma preliminar. A forma preliminar é justamente um mecanismo para criar o acesso compreensivo inicial para pensar o *público/privado* na *res publica* (AREN-DT, 2003, p. 31-88).
- 6 O poder do *paterfamilia* reinava com um poder pré-político sobre a família e seus escravos, pois pelo fato do *ser humano* ser considerado um *animal social* antes de ser admitido como *animal político* era necessário o poder do *chefe da família*. No entanto, isso não tem relação com a figura caótica do *estado natural* do pensamento do século XVII, em que os Homens só escapariam da violência ao constituírem um governo que detivesse o monopólio da violência e banisse a guerra, conforme HOBBS, de todos contra todos. Acentua ARENDT que o conceito de domínio, de submissão, de governo, de poder e de ordem, que os legitimam, tal como se concebe atualmente, encontrava-se na *polis*, numa noção pré-política, por conseguinte, própria da *esfera privada*, e não da *pública* (AREN-DT, 2003, p. 41).
- 7 Não se adentrará na discussão de HABERMAS, pois esta será objeto de estudo próprio.
- 8 ARISTÓTELES destaca que o poder de compreender é divino dentro da *esfera humana*. Assim, conforme a possibilidade de libertação de pensamentos humanos enquanto humanos e de pensamentos mortais enquanto mortais, possibilita ao Homem tentar libertar-se da lei da morte e realizar o possível para viver de acordo com a possibilidade poderosa do que lhe acontece. Isso se considerá-lo pequeno em volume, porém, acima de tudo, existente (2004, p. 244) (1177b31).
- 9 Em *La rebelion de las masas*, ORTEGA Y GASSET questiona-se sobre o *hombre-masa*. Para o *filósofo*, trata-se de um Homem hermético, que não está aberto à verdade nem à instância superior. É um Homem que está alheio à noção de consciência pública. Ele também desconsidera o que o passado deixou à

- existência humana; não reivindica o direito de continuidade (o que envolve a experiência do passado). É característico de grandes aglomerações urbanas em que os rostos dos *socii* não são identificáveis (ORTEGA Y GASSET, 1948, p. 18-19 e 22-23).
- 10 Imediatamente, ressalta-se, com SMITH, alterando-a, que a *dignidade* deveria constituir a maior parte da recompensa salarial de todas as profissões que a não proporcionam. Em outra senda, o autor destaca a admiração pública como a maior parte da recompensa nas profissões de médico, de advogado, de quase a totalidade na poesia e na filosofia. Isso após destacar a má remuneração do advogado e de profissionais liberais em face do dispendimento anual e do difícil caminho de especialização a ser percorrido, ou seja, nem todos possuem capacidade e talento para alcançar o nível necessário para o exercício dessas profissões (SMITH, 1999, p. 234 e 243-244).
 - 11 Este tópico está baseado em: SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. Uma visão substantiva. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
 - 12 Característica de uma época que estruturou um projeto econômico, uma filosofia e uma *Weltanschauung*. Trata-se de uma organização social centrada no indivíduo, que se apresenta em primeiro plano e como valor supremo (BENASAYAG, 2004, p. 13-14).
 - 13 Consideram-se aqui os que não se encaixam no padrão social e ainda causam mal-estar aos demais indivíduos.
 - 14 Segundo o Ministério da Justiça, a população carcerária em 2012 era de 549.577 presos. O número de habitantes no total era de 190.732.694. A população carcerária era de 288,14 por cada 100.000 habitantes. *Vide*: Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos todas as UF's. <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E-9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 29 de março de 2013.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Trad. António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004.
- CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.
- MACHADO NETO, António Luís. *Sociologia jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MAFFESOLI, Michel. *A república dos bons sentimentos*. Trad. Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultura, 2009.
- NOLL, Alfred J. „Vorbermerkungen des Herausgebers“. In: Alfred J. Noll (Hrsg.). *Die Verfassung der Republik*. Wien/New York: Springer, 1997. p. 1-9.
- ORTEGA Y GASSET, Jose. *La rebelion de las masas*. 11. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1948.
- SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Trad. Luís Cristóvão de Aguiar e Teodora Cardoso. v. I. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. Uma visão substantiva. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- STARLING, Heloisa Maria Murgel. Travessia. “A narrativa da república em Grande Sertão Veredas”. In: Newton Bignotto (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

Imposição de Obrigações Positivas a Empresas e Violações de Direitos Humanos: efeitos horizontais

The Imposition of Positive Obligations on Companies and Human Rights Violations: horizontal effects

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2014

Renata Alvares Gaspar

Professora pesquisadora da PUC-Campinas, Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca/Espanha, Líder do Grupo de Pesquisa “Relações jurídicas e desenvolvimento social e econômico, com ênfase em temas regionais, sub-regionais e internacionais (globais)/ Direito” em que esta a pesquisa realizada neste trabalho está inserida.

Luísa Nascimento Bustillo

Aluna do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC/SP), Bolsista PIBIC/CNPQ.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Imposição de Obrigações Positivas a Empresas e Violações de Direitos Humanos: efeitos horizontais - pp. 121-186

GASPAR R. A. / BUSTILLO L. N.

Resumo

O presente artigo é produto de pesquisa que se propôs a entender e explorar a situação jurídica atual da relação existente entre direitos humanos e empresas, tanto no âmbito internacional quanto no Brasil. Para alcançar tal objetivo, utilizou-se como base a análise e compreensão de instrumentos diversos, escolhidos de forma qualitativa, totalizando seis documentos de valor jurídico - metade destes de autoria da ONU e outra produzida por atores da sociedade civil-. Procurou-se, também, verificar como esses instrumentos emolduram e delimitam as relações sociais estabelecidas entre empresas e o papel que joga, na atualidade, os direitos humanos no tocante à responsabilizações em casos de violações desses direitos e à possibilidade de imposição de obrigações positivas a empresas. Para tal fim, aplicou-se um método indutivo, realizando-se uma análise não descritiva, com técnicas normativas, sempre com um enfoque zetético. Ainda, houve a utilização do Direito Comparado.

Palavras-chave

Horizontalidade dos direitos humanos - responsabilização por violações - obrigações positivas

Abstract

The present article is the result of a research that had the purpose of understanding and exploring the

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Imposição de Obrigações Positivas a Empresas e Violações
de Direitos Humanos: efeitos horizontais - pp. 121-186

GASPAR R. A. / BUSTILLO L. N.

legal current situation of the actual relation between human rights and business, not only in the international sphere, but also in Brazil. In order to achieve such goal, several tools chosen in a qualitative way were analyzed and understood. There were six legally important documents in all – half of them, UN documents, and the other half, civil society actors' production. The research equally focused on understanding how those tools are able to establish boundaries on the social relations fixed between business and the role currently developed by human rights in relation to the accountability in cases of violations of those rights and in regard to the possibility of imposing companies positive obligations. With this purpose, an inductive method was applied, a non-descriptive analysis was made, normative techniques were used and there was a continuous inquiring focus. Comparative Law was also employed.

Keywords

Human rights horizontality – accountability for violations – positive obligations

Sumário

Introdução. 1. A quebra de paradigma e a emergência dos deveres fundamentais no Brasil. 2. Responsabilidade e imposição de obrigações positivas: em direção ao consenso? 2.1 Declaração do Fórum da So-

cidade Civil para UNCTAD XI⁹. 2.2 O Segundo Ciclo de Revisões Periódicas Universais das Nações Unidas: a participação direta e ativa da sociedade civil no processo de construção horizontal da proteção dos direitos humanos. 2.3 “Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados”. 2.4 Relatório “marco Ruggie”. 2.5 Princípios Guia das Nações Unidas Acerca de Empresas e Direitos Humanos: Quadro sobre “Proteger, Respeitar e Remediar”. 3. Brasil: um panorama sobre responsabilização de empresas e imposições de obrigações positivas. 3.1 O Brasil e mecanismos de responsabilização de empresas violadores de direitos humanos. 3.2 O Brasil e a possibilidade de imposição de obrigações positivas. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

Este trabalho tem como finalidade analisar se é possível exigir o cumprimento dos direitos humanos por sua própria principiologia, visto o momento epistemológico atual, e pelo entendimento que estes possuem efeitos irradiantes, no sentido de requerer-se sua aplicação e sua eficácia horizontal, e não mais apenas vertical. É possível entender a horizontalidade dos direitos humanos, expressão para indicar a vinculação de particulares a tais direitos, como aspecto da *constitucionalização do direito*- fenômeno no qual se verifica a irradiação dos efeitos das normas e valores constitucionais aos outros ramos do direito. A imposição, às

pessoas de direito privado¹, das normas de direito internacional protetivas dos direitos humanos é, portanto, deste modo, justificável.

Portanto, procura-se averiguar se há, ou não, esforços por parte da sociedade internacional, do estado brasileiro e das empresas privadas na construção de uma relação de respeito e garantia quanto à promoção e proteção dos direitos humanos. Para isso, serão vistos os esforços, tanto em contexto internacional, quanto nacional, acerca da responsabilização social e jurídica por atos violadores de tais direitos, e da possibilidade de se considerar estas empresas como atores ativos também na construção e promoção desses direitos.

Esta análise será pautada tanto em documentos anteriores ao mandato do Representante Especial John Ruggie -como as *Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados*- quanto provenientes deste, tais como o relatório conhecido como “marco Ruggie” e os Princípios-Guia dele derivados. Ademais, serão levadas em consideração as demandas da sociedade civil analisadas, também, por meio de documentos, tais como a *Declaração do Fórum da Sociedade Civil para UNCTAD XI*. Objetiva-se, assim, demonstrar tanto a situação atual de responsabilização das empresas privadas com os princípios que regem a promoção e proteção dos direitos humanos, quanto os rumos da construção do consenso, em âmbito internacional, acerca desses temas; e tudo emoldurado, como não poderia deixar de ser, pela atuação da sociedade civil, que indubitavelmente auxilia nesse processo.

De tal sorte que este trabalho tem como expectativa demonstrar o tratamento dado pelo Brasil a estas questões. A responsabilização de empresas por violações de direitos humanos será abordada esclarecendo os mecanismos dispostos para saneamento e sanção. Além disso, o estudo objetiva mostrar as iniciativas do país quanto à imposição de obrigações positivas para empresas.

Para atingir os objetivos deste trabalho, utiliza-se, portanto, um método indutivo, no qual se parte da análise de certos documentos para se entender como se encontra, no momento atual, a discussão e a construção de consenso acerca da relação entre empresas e direitos humanos. É realizada uma análise descritiva, majoritariamente com técnicas normativas², com enfoque zetético dentro das premissas jurídicas. Ainda, houve a utilização do Direito Comparado, que viabilizou o estudo entre sistemas e origens normativas referentes a diferentes âmbitos espaciais.

1. A quebra de paradigma e a emersão dos deveres fundamentais no Brasil

A Constituição Federal de 1988 internalizou o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tornando o ordenamento jurídico brasileiro congruente com a comunidade internacional e tomando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como máxima do sistema. Entende-se que tal processo é fruto da ruptura do pa-

radigma positivista, e, portanto, parece ser de extrema importância que se compreenda os movimentos e direções tomados pela ciência do direito a partir do término da Segunda Guerra Mundial. Segundo Richard B. Bilder:

Muitos dos direitos que hoje constam no do Direito Internacional dos Direitos Humanos emergiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidos pelo Nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deveria ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas. (apud PIOVESAN, 2012, p. 62)³

Assim, a partir de 1945, começa a se notar uma ruptura do paradigma positivista com o consequente surgimento de uma nova norma fundamental, materializada na proteção da dignidade da pessoa humana. E esta se tornou a nova matriz de preocupação da sociedade internacional.

O hiato entre paradigmas epistemológicos, vivido desde então, dá espaço ao diálogo entre a doutrina juspositivista e a jus naturalista, na emersão do jusfundamentalismo. Os conceitos de moral, ética e justiça, antes delegados ao ramo da sociologia e filosofia, foram novamente reassociados à norma jurídica, permitindo a discussão não apenas da legalidade das mesmas, mas, também, de sua legitimidade. Com isso, nota-se a in-

corporação de valores ao sistema jurídico e os princípios passam a adquirir força normativa.

Há, portanto, uma nova reestruturação do Direito Constitucional: uma nova topografia (PIOVESAN, 2012, p. 90) se faz necessária às novas constituições, que, no caso da brasileira, além de reafirmar a supremacia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inclui amplos e diversos direitos fundamentais, liberdades e garantias que expressam um sistema de valores⁴, válidos e vinculantes para todo o ordenamento jurídico nacional.

É de extrema importância, também, para a discussão que aqui se propõe, compreender o papel do Estado diante da evolução dos direitos fundamentais⁵, uma vez que a matéria do direito é definitivamente indissociável da política. Para isso, é válido voltar à Revolução Francesa, que, em apertada síntese, perante o Absolutismo, esclareceu ser necessária a imposição de limites à atuação do Estado, muitas vezes abusiva, garantindo, assim, liberdade, e sendo promovidos, portanto, direitos civis e políticos. Ao longo da história, entretanto, nota-se o surgimento do discurso social, além deste discurso liberal, mais especificamente após a Primeira Guerra Mundial. Flávia Piovesan explica que:

O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com emergência dos direitos à prestação social (2012, p.206).

No período posterior à Segunda Guerra, a dicotomização desses discursos enfraquece, reiterando-se, assim, o fato de que os direitos em questão são uma unidade completa, indivisível e interdependente. A partir disso, Louis Henkin, afirma:

Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais de cunho positivo em prol da promoção do bem-estar econômico e social (...) (apud PIOVESAN, 2012 p.209).

Passam a ser promovidos, também, portanto, os direitos econômicos e sociais. Sobre estes, Aldo Caliarì explicita que, por sua própria essência, demandam um Estado ativo na política econômica e social, com intervenções ou mesmo com uma regulamentação e fiscalização diligente das atividades do setor privado (2009).

Para tanto, parte-se do pressuposto de que do Estado, em quesito de proteção e promoção de direitos fundamentais, não mais seja requerida apenas sua abstenção (a não violação de direitos e permissão da autonomia, da liberdade), mas também sua intervenção positiva, para que os direitos e garantias se realizem. E, neste caso, uma preocupação passa a ser a atuação de outros atores, como entes privados, e a postura do Estado em respeito a eles e suas novas obrigações.

2. Responsabilidade e imposição de obrigações positivas: em direção ao consenso?

O Estado foi, por muito tempo, considerado o principal violador dos direitos fundamentais, dado ao contexto histórico, devido aos meios e fins do paradigma dos direitos humanos instaurados na comunidade internacional. Entretanto, atualmente, o Estado não mais é visto como a única ameaça, podendo sê-lo, também, os particulares, em especial as empresas privadas, em razão da crescente industrialização, resultante do processo de globalização e internacionalização do comércio.

Juntamente com este processo de expansão do capital por intermédio da proliferação de empresas transnacionais e de movimentação de capital transfronteiriço, surgem novas definições de posicionamentos políticos e econômicos, de cunho mais liberal, que acabam por provocar e/ou promover a redução da atuação estadual, tendência vista na América Latina no fim do século XX. Diego Valadés sintetiza:

O Estado representou uma ameaça real para a liberdade e autonomia das pessoas; mas hoje os indivíduos se encontram expostos a fogo duplo: o do Estado e de outros particulares. O poder destes se dilatou quase na mesma proporção em que o poderio público diminuiu. (2011, p. 440, tradução nossa)

Não por outra razão que Virgílio Afonso da Silva expressou ser o primeiro passo para superar da visão

tradicional do Estado como violador unitário dos direitos humanos, o estabelecimento de um paralelo entre este e as grandes corporações (2011, p.53) ⁶. A partir disso, e da atual produção científica do ramo, ilustrada neste trabalho pelo autor David Bilchitz, é possível, analogicamente, estabelecer os seguintes pontos: i) se o Estado possui responsabilidade objetiva por tais violações, por certo que também a teriam as empresas e demais entes particulares; e, ii) se àquele são atribuíveis obrigações positivas para a realização de direitos fundamentais, obrigações desse tipo também seriam deveres destas.

Entretanto, traçar este paralelo não é operação fácil; sobretudo neste momento atual e complexo em que estão vivendo todas as sociedades, onde o Estado ainda é o protagonista e, ao mesmo tempo, tem que conviver – e em muitos casos ceder poder – aos atores privados, que ao fim e ao cabo financiam suas atividades. Ou seja, não é fácil traçar este paralelo numa relação complexa como é a que se estabelece entre o Estado e Capital privado. Em muitas ocasiões atuam em irmandade e em outras, medindo forças e lutando por quotas importantes de poder.

Assim que, o que se fará a seguir para alcançar o objetivo deste trabalho é expor alguns instrumentos internacionais que nesta pesquisa se julgou serem importantes para a construção da proteção dos direitos humanos de forma horizontal, máxime porque deles e em função deles, a sociedade civil internacional atua de forma singular em sua promoção. Ademais, com isso se pretende colocar luzes no assunto objeto deste

trabalho e com isso aportar elementos para que este debate se realize a partir de premissas válidas.

Para as finalidades expostas, três dos instrumentos referidos⁷ foram escolhidos por serem fruto de processos constituídos pela Organização das Nações Unidas, sendo tentativas sucessivas de obter consenso acerca de empresas e direitos humanos. Importam por representarem consolidações da comunidade internacional, sendo verdadeiros parâmetros para a discussão que envolve os elementos supracitados. Outros três documentos⁸ foram considerados igualmente importantes, por serem derivações diretas de pesquisas e reflexões da sociedade civil acerca do assunto, que ilustra a participação ativa e construtora da sociedade no consenso internacional.

Estes seis documentos constituem um conjunto interessante, pois demonstram, assim como diversos atores, diferentes maneiras de participação do processo de construção de consenso internacional.

2.1 Declaração do Fórum da Sociedade Civil para UNCTAD XI⁹

Em 2004 foi realizada em São Paulo a décima primeira Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD¹⁰ XI). A conferência é um órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, que possui como função trabalhar com Estados Nacionais, com a ONU e suas comissões regionais, assim como com instituições governamentais, não governamentais e, ainda, com o setor privado, promovendo

integração de países em desenvolvimento no mundo econômico, auxiliando a articulação entre políticas nacionais e internacionais, sempre visando um desenvolvimento sustentável. As conferências, realizadas de quatro em quatro anos, possuem uma função política de suma importância: construir consenso entre governos com relação à economia mundial e às políticas de desenvolvimento, situando assim a atuação da ONU quanto a problemas dessa ordem. Suas decisões são referências internacionais, no entanto não são vinculantes. A UNCTAD tem servido, ultimamente, como um instrumento de pressão em favor dos países em desenvolvimento.

Na conferência em questão, um dos documentos submetidos parece ser de extrema relevância para o tema aqui proposto, denominado *Declaração do Fórum da sociedade Civil para UNCTAD XI*, produzido com representação ativa de movimentos sociais, grupos ambientais, organização de mulheres, sindicatos, dentre outros, para defender princípios, posições e ações para os Estados Membros da UNCTAD.

Primeiramente, é importante ressaltar que este instrumento expressa enorme desgosto com o fato de a resolução da Conferência – que tem como preocupação uma globalização equilibrada e inclusiva – se omitir em relação ao abuso de multinacionais (e políticas falhas de partilha) quanto ao uso de recursos naturais para o benefício das próprias. Além de outras omissões¹¹, o documento aborda a questão da má repartição do lucro: o capital financeiro especulativo de tais companhias se localiza em sua sede, em países desenvolvidos.

Dentre suas recomendações à UNCTAD, a declaração colocou como prioridade que empresas transnacionais sejam cobradas pela parcela de sua responsabilidade sobre a dívida recentemente contraída pelos países subdesenvolvidos; e, ainda, que o comércio internacional -assim como as instituições e instrumentos deste- siga os princípios da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como os instrumentos e convenções que emanam de processos da ONU (2004, p.2). Importante ressaltar, também, que as Nações Unidas ainda não possuem um instrumento formal específico que regule a atuação efetiva das empresas, vez que o projeto das Normas de Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outras Empresas¹² fracassou.

Uma das mais relevantes recomendações constantes do referido instrumento é a proibição imposta às multinacionais, para que se abstenham de adotar medidas legais ou convencionais contra os Estados receptores de investimentos estrangeiros, em função de efetivação de políticas públicas em favor do desenvolvimento social; portanto, políticas públicas efetivas em prol da cidadania. E, se assim atuarem, que estas empresas privadas, multinacionais em sua maioria, respondam juridicamente por suas atividades, viabilizando a defesa da cidadania e das comunidades na proteção de investidores que violem quaisquer dos seus direitos (2004, p.2).

Apesar da aparente radicalização de tal recomendação, esta responde a atuações, no mínimo duvidosas, adotadas por empresas multinacionais, cujo caso mais ilustrativo se vê no processo arbitral ICSID,

nº ABR/10/7, que envolve indústrias de tabaco e o estado uruguaio (instaurado após a adoção de uma política contra o fumo no país), em que a controvérsia sobre o tema está evidente: alguns arbitralistas entendem existir um abuso do poder estatal nas atuações contra o tabaco, que frustram, evidentemente, os investimentos feitos pela indústria tabacalera, já os outros acreditam que a atuação do Estado uruguaio é ativa e consciente em favor da cidadania e que sua atuação se traduz na realização de políticas públicas que visam à preservação de direitos da cidadania, em especial à saúde; tudo em respeito aos princípios da Convenção Quadro para o Controle de Tabaco (eficaz no ordenamento paraguaio desde fevereiro de 2005) da OMS.

A declaração aponta, também, que:

A democracia desgasta-se quando os governos renunciam, ou são forçados a renunciar, o direito de regulação em troca de maior acesso ao mercado. Os lucros, então, progressivamente vão para as indústrias e seus donos, ao invés de serem revertidos para países e suas populações (2004, p.4, tradução nossa).

De tal sorte que a declaração indica, igualmente, a necessidade de legislação vinculativa multilateral que responsabilize (ou mesmo penalize) as corporações transnacionais. O documento demanda, também, o desenvolvimento efetivo de instituições multilaterais e legislação internacional, auspiciada pelas Nações Unidas, que assegurem o bem-estar social, proteção

ambiental e subordinação de políticas comerciais a acordos internacionais, tanto sociais quanto ambientais (2004, p.4).

Nota-se, claramente, portanto, que o resultado da conferência, traduzido na referida declaração, expressa a urgência de um documento de caráter vinculante na comunidade internacional que proteja direitos fundamentais frente a empresas, para que tais violações por elas perpetradas sejam passíveis de punição e, ainda, que se preserve o direito do Estado de manter planos econômicos condizente com a sustentabilidade e o desenvolvimento social.

Em realidade, ficou evidente que tal declaração indica a necessidade de que as indústrias não apenas adquiram uma postura de não violação de direitos, mas também de prestações positivas para com o Estado que a acolhe. Ainda que para tanto o Estado tenha que intervir e exercer seu papel regulatório, uma vez que o presente sistema de comércio parece beneficiar as empresas multinacionais, permitindo a manutenção de relações desiguais¹³.

Portanto, fica evidente a preocupação da declaração referida, representativa dos anseios da sociedade civil, com a regulação das atividades privadas em favor da proteção dos direitos fundamentais da cidadania interna, inclusive com auto-imposição de que a própria conferência que auspiciou esta declaração deva promover pesquisas e políticas internacionais e internas referentes ao tema, incluindo a responsabilização via tributação progressiva¹⁴ (p.08). Por fim, o referido documento concluiu de forma reiterativa que:

UNCTAD deve, portanto, focar em políticas quanto a empresas multinacionais e sua regulação. Estudos analíticos devem ser combinados com a promoção de responsabilidade social corporativa e responsabilização. UNCTAD pode auxiliar em assegurar que a dimensão de desenvolvimento esteja adequadamente visada em todas as iniciativas, voluntárias e regulatórias. Para este fim, a Conferência poderia fomentar discussão entre governos de países em desenvolvimento, agência da ONU, empresas, sindicatos e ONGs. A UNCTAD deve ainda apoiar políticas internacionais como as Normas de Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outras Empresas (...) (tradução nossa, p. 07)

2.2 O Segundo Ciclo de Revisões Periódicas Universais das Nações Unidas: a participação direta e ativa da sociedade civil no processo de construção horizontal da proteção dos direitos humanos

O documento *Brazilian obligations to address human rights violations perpetrated by companies*, datado de 28 de Novembro de 2011, foi submetido pela ONG Conectas Direitos Humanos, em parceria com mais seis instituições, no Segundo Ciclo de Revisões Universais Periódicas (*Universal Periodic Review*), realizado pela ONU.

A Revisão Periódica Universal é um mecanismo do Conselho de Direitos Humanos que submete todos os Estados-membros (193, atualmente) a uma revisão

sobre sua situação com relação aos direitos humanos. Primeiramente, a sociedade civil envia diretamente ao Conselho uma série de documentos, que serão compilados em um relatório a ser produzido pela ONU, servindo de base do processo revisional. Além deste documento, um relatório oficial deve ser entregue pelo governo, sendo adicionado a outros relatórios já produzidos sobre o país por outros órgãos da ONU. A Revisão, portanto, constitui um sistema de monitoramento da sociedade internacional, em sede global, de aferição do respeito aos direitos humanos.

Assim que, a partir da observação da realidade brasileira, relatórios sobre a relação do Brasil e direitos humanos em diversos aspectos foram enviados à ONU para este segundo ciclo de revisões universais. Dentre eles, o relatório supracitado, que relata casos de violação de direitos humanos perpetrados por empresas, expondo também a atuação do estado brasileiro em face de tais violações. Para tanto, o relatório se divide nas seguintes partes: I - Violações de Direitos Humanos por Empresas no Brasil: Barreiras do acesso à justiça; II - Impacto e Violações de direitos humanos causados por Indústrias Extrativistas; III - Violações de Direitos Humanos por Empresas Brasileiras no exterior: falta de controle e duplos *standarts* e por fim, IV- BNDS: falta de transparência e avaliação de impactos sociais e ambientais (2011, tradução nossa).

A primeira parte se embasa numa pesquisa feita pela Conectas *Access to Justice and Legal Remedies for Human Rights Abuses Involving Corporations*, no qual são trazidos a tona 13 casos paradigmáticos de viola-

ções e o respectivo tratamento dado pelo ordenamento brasileiro.

De modo geral a ONG referida ressaltou que, apesar de o Brasil ser signatário de um grande número de tratados internacionais que devem ser invocados em caso de qualquer abuso por parte das empresas (2011), notou que raramente um controle é feito nesse sentido. Ou seja, que o estado não tem por hábito aferir mediante controle se as empresas estão respeitando ou não direitos e garantias fundamentais em suas práticas.

Portanto, em vista de tal constatação, o documento reenfoca que é obrigação estatal garantir, promover e prevenir violações de direitos humanos, assim como investigar e punir tais ocorrências.

Critica, também, o fato de que, no ordenamento, não se prevê a responsabilização criminal de pessoas jurídicas a não ser por crimes ambientais (Lei 9605/98). Indica, também, que existem importantes barreiras institucionais na defesa dos direitos humanos, demonstrando que o judiciário não é de fácil acesso devido aos custos, morosidade, desconhecimento de direitos, falta de precedentes, falta de regulamentação, excesso de poder político e econômico das empresas, dentre outros fatores.

Em sua segunda parte, explicita-se a situação atual sobre o aumento das indústrias extrativistas num contexto de omissão estatal sobre regulamentação e falta de sanção de abusos. Recomenda-se o fortalecimento da defensoria pública, celeridade nos processos, remédios efetivos, inspeções *in loco*, etc. (2011). Como exemplo, foi citado o caso de Açailândia, comunidade

profundamente prejudicada pela indústria mineradora e siderúrgica¹⁵.

Na parte III, o documento recomenda que seja elevada a supervisão das atividades de companhias brasileiras no exterior, por meio de inspeções e relatórios obrigatórios, reforçando a importância do controle sobre empresas e seus impactos mesmo fora do país-condizendo com o aconselhamento a ser exposto no marco Ruggie e transposto aos *Guiding Principles*.

Em sua última parte, encontra-se a recomendação para que o BNDS, como empresa pública federal ligada diretamente ao Estado, tenha maior diligência com o destino e impacto de seus financiamentos, assim como maior transparência em suas ações e a abertura de um diálogo com ONGs, movimentos sociais, comunidades locais, e sociedade civil em geral (2011).

Apesar de tais críticas, o documento termina por elogiar o Banco no caso *Cosan mill and plants*, no qual foram encontrados 42 trabalhadores em condições análogas à escravidão, fato que levou o BNDS a suspender todo o financiamento para a empresa, não apenas para aquela unidade. O documento expõe que esta deveria ser uma política consolidada e não evento isolado.

Para finalizar, é importante ressaltar que no referido documento, por fazer parte de um processo de monitoramento no qual o país e sua postura estão sendo analisados, acaba por enfatizar as obrigações do Estado, dando pouca importância às obrigações que as empresas deveriam se ater. Todavia, nem por isso este deixa de ser um documento ilustrativo de participação ativa e benfeitora da sociedade civil.

Iniciativas como a da ONG Conectas e seus parceiros tem sido cada vez mais frequentes e importantíssimas para construção de consenso internacional acerca de empresas e direitos humanos, levando fatos internos para o contexto internacional para que a partir desse retrato, se ilumine o real quadro da relação entre direitos humanos e empresas, não apenas mantendo o debate vivo, como influenciando novas decisões internacionais e internas.

2.3 “Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados”

A responsabilização das empresas transnacionais por violação de direitos humanos está ressonantemente em voga no contexto internacional, com especial atenção, atualmente, para as obrigações legais de atores não estatais, principalmente no que tange às empresas multinacionais. Isso se deve, segundo Bedin, ao fato de que “as empresas transnacionais constituem um fenômeno que adquiriu maior relevância e o verdadeiro *status* de ator internacional nas últimas décadas (...)” (2001, p. 309), por serem “um poderoso agente de transformação das estruturas econômicas, sócias e políticas, em cujo interior penetram” (2001, p.316), e por possuírem como uma de suas características marcantes a busca de fins lucrativos.

Em 2003, especificamente, a Subcomissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos submeteu à Comissão de Direitos Humanos um documento deno-

minado “Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com Relação aos Direitos Humanos”. O propósito era definir normas imperativas, obrigações que seriam irradiadas do direito internacional, no que tange à relação entre empresas e direitos humanos.

Logo no seu preâmbulo, o documento deixa claro seus objetivos ao expor que, apesar do Estado ser primariamente responsável pela realização dos direitos da cidadania, empresas privadas e transnacionais também o são. Sua motivação também é explícita ao colocar que as transnacionais elevaram-se não apenas quantitativamente, mas também em termos de sua influência no contexto nacional e internacional; entretanto, principalmente os sistemas nacionais ainda não foram capazes de se ajustar a tais fatos (NAÇÕES UNIDAS, 2003).

Ainda no preâmbulo, o documento reconhece que não se pode apenas ver tais empresas como danosas a uma sociedade, uma vez que apresentam:

(...) a capacidade de gerar bem-estar econômico, desenvolvimento, avanços tecnológicos e criar riquezas, assim como possuem a capacidade de impactar de maneira danosa direitos humanos e vidas de indivíduos, por meio de suas práticas empresariais principais, incluindo políticas empregatícias, ambientais, suas relações com fornecedores e consumidores, e também suas interações com Governos. (NAÇÕES UNIDAS, 2003, tradução nossa).

Ressalva semelhante fez José Alvarez, ao explicar que empresas transnacionais trazem enormes benefícios ao local em que se instalam, tais como a geração de empregos e o aumento da competitividade local; sem embargo, o reverso da moeda é que estas empresas com frequência dispõem de uma influência política perigosa, que pode acabar por soffrear direitos da cidadania¹⁶ (2012).

No mesmo sentido, Esther Barbé (1995) *apud* BEDIN, G. (2001, p.319) expressa que alguns dos aspectos negativos de transnacionais são: o aumento “das diferenças entre ricos e pobres”, o incentivo aos “regimes repressivos em nome da estabilidade e da ordem”, além de desafiarem a “soberania nacional e pondo em perigo a autonomia do Estado-nação”.

O documento em questão, também, aponta que os direitos humanos, sendo indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, incluem o direito ao desenvolvimento (que pode ser propiciado por empresas, se todos puderem participar, contribuir e gozar de desenvolvimento econômico, social e político).

Portanto, o que se coloca em evidência é que os efeitos das empresas transnacionais são multifacetados. Ao mesmo tempo em que trazem muitos benefícios ao país em que se instalam, podem causar danos aos direitos fundamentais, e tais fatores não podem ser analisados individualmente. São, por tal razão, apontados no documento.

Há o estabelecimento explícito, ainda no preâmbulo, de que as transnacionais, e todos que nelas envolvidos (incluindo os trabalhadores), têm obrigações

e responsabilidades quanto a direitos humanos, tais como “promover, garantir o cumprimento, respeitar, garantir o respeito e proteger os direitos humanos reconhecidos na legislação tanto internacional quanto nacional” (NAÇÕES UNIDAS, 2003, tradução nossa). Em outro trecho do preâmbulo, isto é reafirmado: “as transnacionais ou outras empresas, como órgãos na sociedade, são também responsáveis por promover e assegurar os direitos humanos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos” (NAÇÕES UNIDAS, 2003, tradução nossa) atentando que o dever existe perante a comunidade internacional e o direito internacional, independentemente de tais direitos terem sido, ou não, em todo internalizados pelo sistema nacional.

O documento divide-se nos tópicos: *General obligations; Right to equal opportunity and non-discriminatory treatment; Right to security of persons; Rights of workers; Respect for national sovereignty and human rights; Obligations with regard to consumer protection; Obligations with regard to environmental protection, e; General provisions of implementation.*

Em diversas ocasiões, ao longo do documento, é expressa a menção ao cabimento de obrigações positivas a empresas, transnacionais ou não, quanto a direitos humanos. Em seu primeiro tópico, além de reafirmar que é obrigação do Estado promover, assegurar, respeitar e assegurar respeito, indica que este deve também garantir que empresas respeitem direitos humanos. Também, afirma, novamente, que transnacionais tem a obrigação de promover, assegurar o respeito, e proteger direitos humanos.

Sob o t3pico relativo 3 a igualdade de oportunidades e tratamento n3o discriminat3rio, o documento atesta que tratamento igualit3rio deve ser dado a todos, exceto 3s crianas, que devem dispor de maior proteas3o, ou ainda “em conformidade com medidas especiais desenvolvidas para superar passadas discriminaes3es contra certos grupos” (NAAS3OES UNIDAS, 2003). Em outras palavras, as empresas devem adotar aes3es afirmativas para alcanas3ar um tratamento igualit3rio, quando houver, na localidade em que se encontram, uma desigualdade entre grupos causada por discriminaas3o inscrita s3ocial e historicamente. Trata-se de uma iniciativa muito interessante e muito salutar. Todavia, 3 importante lembrar que certas aes3es afirmativas, como as cotas raciais (no caso brasileiro), passam por intensa discuss3o para sua aplicaas3o, mesmo pelo Estado.

As Normas, sob o t3pico *Right of workers*, tamb3m indicam que corporaas3es transnacionais e outras empresas n3o devem cometer ou se beneficiar de crimes de guerra, crimes contra a humanidade, trabalhos foras3ados ou compuls3rios, dentre outras violaas3es de direitos humanos, sendo este um bom exemplo de abstenas3o de violaas3o de direitos. Sob o mesmo t3pico, medidas ativas est3o previstas. Empresas devem prover um ambiente de trabalho seguro e saud3vel, com remuneraas3o que permita uma vida digna para o trabalhador e sua fam3lia (expressamente ressaltando que esta deve possibilitar melhorias em sua condias3o geral); devem tamb3m assegurar o direito de livre associaas3o e o reconhecimento do direito de fazer acordos coletivos.

Outra preocupação que se tem é de que algumas empresas transnacionais manuseiem valores maiores que o próprio PIB da localidade e, por isso, adquiram poder de influência na política considerável, que, por vezes, pode colocar em cheque a soberania nacional.

Portanto, o quinto tópico das Normas se refere a esta preocupação quanto à soberania nacional e o respeito aos direitos humanos. Encontram-se indicadas várias obrigações, como a de reconhecer e respeitar o direito internacional, tanto quanto as normas nacionais -sejam jurídicas ou administrativas- e o interesse público, com o objetivo de desenvolvimento -seja social ou econômico-, por meio de políticas de transparência, responsabilidade, combate à corrupção etc.

Ao final do mesmo tópico, o documento estabelece algumas normas que, embora aparentemente estabeleçam uma omissão, pressupõem um posicionamento ativo por parte da empresa, como, por exemplo, a obrigação de respeitar direitos econômicos, sociais e culturais assim como civis e políticos, direito ao desenvolvimento, direito à alimentação e água adequados ao consumo, e adequada condição de vida (incluindo aspectos diversos- físicos, psíquicos- direitos fundamentais em geral, como moradia, educação, etc).

Empresas devem também se abster de encorajar, de qualquer maneira, Estados, ou outras entidades, a abusar de direitos humanos. Uma obrigação positiva importante, sob este tópico, é a de assegurar que suas mercadorias ou serviços não serão utilizados para infringir direitos humanos.

No tópico seguinte, estabelece-se proteção ao

consumidor, por meio de deveres tais como a manutenção do boas e justas práticas negociais, assim como de marketing e de publicidade. As empresas devem, também, assegurar qualidade e segurança em seus produtos, visando proteger quem os consome.

O documento abrange, também, no tópico que se segue, a proteção ambiental, zelando que empresas devam atuar em concordância com as leis nacionais, regulações, e práticas administrativas, observando também acordos internacionais, princípios e objetivos, a sempre colaborando com um desenvolvimento sustentável.

Em seu ultimo tópico, o documento trata de sua própria implementação. As empresas seriam responsáveis por adotar medidas para o amplo funcionamento das Normas, submetendo relatórios periódicos como maneira de fiscalização. Também seriam passíveis de monitoramento periódico e verificação pela ONU. Tal monitoramento seria realizado também com o auxílio de ONGs, ou como resultado de queixas sobre violações. Posteriormente, as empresas deveriam realizar avaliações periódicas quanto ao impacto de suas atividades nos direitos humanos, além de reparar (e reabilitar, se necessário), justamente, quaisquer danos causados por falhas em cumprir efetivamente as Normas. E estas poderiam ser aplicadas por tribunais nacionais ou internacionais.

Logo, portanto, vê-se que o documento coloca em questão para as empresas, não apenas o dever de abster-se de violar (respeitar) direitos da cidadania, mas também a obrigação de promovê-los. Ou seja, por

meio de ações positivas, construir e manter tais direitos, em sua esfera de influência. É possível notar, ao longo do documento, a presença de ambos os tipos de deveres e obrigações.

Apesar de sua importância para a cidadania ser evidente, estas Normas não foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos da ONU. A justificativa foi a de que elas não tinham base legal, e que a Subcomissão mentora do projeto não deveria fazer esforços de regulamentação nesse âmbito (NAÇÕES UNIDAS 2003), subsistindo, portanto, a necessidade ressaltada no preâmbulo do próprio documento: como novas questões de direitos humanos continuam emergindo - nas quais empresas e transnacionais estão frequentemente envolvidas -, a construção de standards e sua implementação são requeridas agora e no futuro. (NAÇÕES UNIDAS, 2003)

O projeto das referidas Normas, aqui detalhadas, então, fracassou. Isso porque, apesar de ter sido aprovado por muitas ONGs, não teve boa recepção por parte de inúmeros Estados, bem como por organizações de peso ligadas ao empresariado, como a Câmara de Comércio Internacional (BILCHITZ, 2010), sendo objeto de intenso lobby dirigido por grupos empresariais (FENEY, 2009 p.180). Entende-se que isso ocorreu devido à rigidez das referidas Normas, que impunham obrigações de forma inflexíveis e abrangentes, por vezes de cunho positivo, às empresas transnacionais que, em teoria, injetam dinheiro para o desenvolvimento de Estados, que de outra forma, não teriam como conseguir estes recursos.

Todavia, mesmo não conseguindo aprovação pela Comissão, é importante ressaltar que esse fracasso é relativo: as Normas foram cruciais para colocar estes temas na agenda global, suscitando maiores debates e questionamentos, sendo um passo de extrema importância na construção de consenso internacional acerca do tema.

Alguns anos depois, em 2005, o tema voltou a ser discutido nas Nações Unidas, uma vez nomeado como Representante Especial, para investigar pontos acerca de empresas e direitos humanos, o Prof. John Ruggie.

2.4 Relatório “marco Ruggie”

Segundo David Bilchitz, entre as muitas recomendações que o professor John Ruggie recebera para realização de seu mandato, havia dois eixos principais em torno dos quais sua pesquisa deveria se desenvolver. O primeiro seria a determinação de obrigações (bem como respectivo conteúdo) impostas a empresas para a realização efetiva dos direitos humanos; o segundo seria sobre o controle e mecanismos de persuasão para que tais responsabilidades fossem assumidas pelas empresas, bem como o papel do Estado nesse processo.

Em 2008, foi apresentado à comissão de direitos Humanos um dos mais importantes dos seus relatórios, conhecido também como o “marco Ruggie”, que pretende, como explicita o próprio documento, construir um *framework* conceitual e político, comum a toda sociedade, um marco a partir do qual pensamento e ação se desenvolvam e evoluam (2008, p.4).

O passo dado pelo relatório de Ruggie se faz essencial, uma vez que os setores dominantes dos países desenvolvidos, formados, dentre outros atores, por empresas-sede, parecem ter o controle das pautas da agenda do comércio mundial, tendo os Estados nacionais reduzida participação. Com a participação de ONGs e instituições, alguma pressão foi adicionada à equação, sendo possível incluir itens como respeito ao meio ambiente e cláusulas sociais no âmbito da OMC, inspirando “medidas globais não inspiradas exclusivamente por interesses comerciais” (PEREIRA, 1999, p. 81).

O relatório expõe que a relação entre as empresas e direitos humanos acontece em *governance gaps*¹⁷, espaços criados pela globalização, que se apresentam entre o impacto de forças econômicas e a capacidade (por parte das sociedades) de lidar com as consequências destes, expondo, ainda, que esses espaços propiciam um ambiente demasiado permissivo às empresas (NAÇÕES UNIDAS, 2008 p.3). A partir disso, entende-se que um dos principais objetivos do mandato, e do relatório em questão, é diminuir tais espaços, preenchendo-os com regras normativas e princípios que se consolidem consensualmente na comunidade internacional, para que possam servir de base-padrão para empresas mundialmente, no tocante a direitos individuais. Para isso, o Representante Especial esteve em consultorias com 14 *multi-stakeholders* (líderes setoriais) dos cinco continentes, conduziu vários projetos de pesquisa produzindo inúmeros documentos relevantes para o tema, essências para o panorama traçado no relatório em questão (NAÇÕES UNIDAS 2008, p.3).

O Representante também explicita que não seria solução apta a resolver os problemas da relação de empresas e direitos humanos, a simples produção de uma lista de direitos pelos quais seriam responsáveis, com a extensão de algumas responsabilidades dos Estados para empresas (NAÇÕES UNIDAS 2008, p.4). Tal fato se justifica, não só pela indivisibilidade e unidade dos direitos humanos, mas também pelo fato de que empresas são potencialmente danosas a todo rol de direitos internacionalmente reconhecidos, de modo que uma lista limitadora, portanto, não seria suficientemente abrangente.

O relatório divide-se em três partes principais, a primeira sobre o dever do Estado de proteger direitos humanos contra abusos de terceiros; a segunda, quanto ao dever empresas de respeitar tais direitos; e, por último, o acesso a recursos (*remedies*) quando sobrevierem conflitos ou abusos.

O dever de proteger direitos humanos do Estado possui dimensões legais e políticas, ou seja, prover recursos legais tanto para prevenir violações, quanto para puni-las. Para isso, ele deve promover políticas públicas condizentes com a proteção dos direitos da cidadania. Portanto, deverá proteger tais direitos não apenas contra abusos de empresas, mas contra violações de quaisquer terceiros. Tal dever deriva diretamente do direito internacional. O documento indica expressamente que regulação e adjudicação das atividades empresariais quanto aos direitos em questão são altamente desejáveis (2008, p.7).

Não há consenso, entretanto, sobre se também

emana do direito internacional o dever do Estado sede da transnacional ajudar a prevenir abusos fora de seu território, uma vez que se pode esbarrar na soberania do Estado que a acolher: entende-se apenas que é assim preferível (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 7). Ou seja, os Estados-sede podem, se assim tiverem respaldo legislativo e jurisdicional, interferir e limitar filiais, em prol da proteção de direitos individuais.

O relatório também critica o atual sistema dos BITs (*Bilateral Investment Treaties*), e explica que podem criar um ambiente de desequilíbrio:

Para atrair investimento estrangeiro, os países -hospedeiros oferecem proteção por meio de Tratados Bilaterais de Investimento e acordos governamentais. Prometem tratar os investidores de maneira justa, igualitária, sem discriminação, e não fazer mudanças unilaterais nas condições do investimento. Mas as proteções de investidores se expandiram com pouca preocupação com o dever do Estado de proteger, desequilibrando a balança entre estes. Consequentemente, estados hospedeiros podem encontrar dificuldades em fortalecer *standarts* internos, sociais e ambientais, incluindo *standarts* relacionados a direitos humanos, sem temer que o investidor estrangeiro o questione, o que acontece em arbitragem vinculativa internacional. (...) Durante a vida do investimento, mesmo mudanças regulatórias sociais e ambientais que se aplicam igualmente às companhias domésticas

podem ser questionadas pelos investidores internacionais, requerendo exceção ou compensação. (NAÇÕES UNIDAS, 2008 p.11).

O Representante Especial coloca que processos arbitrais são vistos como disputas comerciais, nos quais o interesse público e direitos humanos possuem pouco espaço¹⁸. Outro ponto negativo é que tal mecanismo não possui a transparência requerida por questões que lidam com esses direitos (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 11). É claro que é preciso pontuar que mecanismos como os BITs e a Arbitragem são enormes atrativos para investidores estrangeiros, uma vez que parecem propiciar neutralidade -já que proporcionam uma menor interferência do Estado, visto como possível figurante do pólo opositor- e confidencialidade, que por vezes se faz essencial, quando se discute, por exemplo, propriedade intelectual. Silva Pinheiro expõe que nos conflitos desse gênero é preciso ser levado em conta (e em procedimentos arbitrais por vezes não se é) que:

A legitimidade dos acordos e contratos de investimento repousa na satisfação dos interesses dos que incorrem nas vantagens e riscos, tanto financeiros ou à saúde, consequência do empreendimento. Esses são os stakeholders acionistas, proprietários, empregados, indivíduos e comunidade impactada (2013, p.39).

Em verdade, o Estado parece fadado a procurar a linha limite entre as oportunidades econômicas a ele

apresentadas e as exigências requeridas para preservação dos direitos de seus nacionais, preservando tanto o direito ao desenvolvimento, quanto a todos os outros direitos protegidos internacionalmente, visto sua indivisibilidade.

O segundo princípio do documento versa sobre a responsabilidade empresarial de respeitar. O documento explicita que este é “o comportamento básico que a sociedade espera” (2008, p. 5, tradução nossa), e que “a responsabilidade de respeitar é definida por expectativas sociais- como parte do que às vezes é chamado de licença social de uma companhia para operar” (2008, p. 17). Entende-se que tal responsabilidade de

(...) “não causar danos” não é meramente uma responsabilidade passiva para empresas, mas abrange medidas positivas- por exemplo, uma política anti-discriminatória no ambiente de trabalho pode requerer que uma companhia adote programas específicos de recrutamento e treinamento” (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p.17. Tradução nossa).

Ainda, como o próprio documento explicita, tais medidas devem ser tomadas no escopo da empresa, uma vez que de nada adiantaria infringir direitos em sua localidade e realizar boas ações em outra. É importantíssimo ressaltar que o documento expressamente prevê que empresas possuam também, dentre seus deveres em relação a direitos da cidadania, obrigações positivas, mas sem quebrar definitivamente o mito da

suficiência da abstenção. O exemplo dado por Ruggie, deixa certa ambiguidade sobre o caráter dessas obrigações positivas. Bilchitz sustenta que, pelo exemplo acima, as obrigações positivas parecem se reservar “a tarefa em grande medida *negativa* de evitar danos aos direitos fundamentais (...) em vez de exigir que as empresas assumam obrigações positivas para adotar ativamente medidas que visem à realização dos direitos humanos” (2010).

A mesma suspeita também se fortalece ao se constatar que o marco, ao definir obrigações empresariais, limita o vocabulário utilizado nas Normas (“promover, garantir o cumprimento, respeitar, garantir o respeito e proteger direitos humanos” (NAÇÕES UNIDAS, 2003)), ao definir apenas a responsabilidade de respeitar. Portanto, é possível entender uma sugestão, por parte do documento, de que as empresas têm o dever de abster-se, e para isso devem utilizar medidas positivas, mas não necessariamente possuem o dever de empregar medidas ativas fora deste âmbito, para contribuir com a realização da cidadania. É lamentável que um documento de tamanha importância deixe tal margem de interpretação, principalmente quando seu objetivo é suprir lacunas, estabelecer parâmetros objetivos.

O documento ressalta, a seguir, que a responsabilidade empresarial independe das responsabilidades estatais (ou do cumprimento destas), devendo existir independentemente da situação do ordenamento jurídico interno, uma vez que emana do direito internacional. A responsabilidade em questão se efetiva por meio

de atitudes que tomam, segundo o relatório, a *devida diligência*¹⁹.

O relatório aponta também, expressamente, a necessidade da adoção, por parte de empresas, de uma política de direitos humanos, incluindo também preocupação, antes mesmos de suas atividades começarem, com o impacto potencial, proativamente. A localidade em que está inserida, assim como seu contexto, deve ser levada em consideração, para que os desafios diversos ali presentes -quanto a direitos humanos- possam ser transpostos. Em um relatório anterior (2006), numa compilação dos piores casos de violações, constatou-se que ocorriam em países com baixo PIB, em conflito ou recém concluídos, ou cuja força jurisdicional era pouca (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 6). No mesmo sentido, atesta-se:

Nos Estados em subdesenvolvimento, cuja capacidade de autodefesa ou de meio jurídicos e técnicos precisos para controlar eficazmente as multinacionais é muito escassa, podemos ver algumas características gerais de sua situação em A) A pequena participação do capital local, B) A carência de trabalhadores especializados, C) A necessidade de incentivar a intervenção de multinacionais e por conseguinte a concessão de vantagens econômicas e fiscais, e D) Traço generalizado, a submissão dos conflitos a jurisdição de um tribunal de arbitragem (VOITURIEZ, 1981 *apud* BEDIN, 2001, p. 107, tradução nossa)

Portanto, percebe-se que o contexto e a situação do local de uma empresa (sobretudo se transnacional) devem ser considerados, pois, se o país que a receber não gozar de certa maturidade, poderá dar partida a um processo de dependência internacional, atando economicamente países ao dinamismo transnacional numa relação predatória.

O terceiro princípio do marco Ruggie se dá pela responsabilidade estatal de estabelecer e permitir acesso a mecanismos de sanção em caso de abusos. Vê-se de início que tal premissa se desdobra do primeiro princípio. O relatório admite que “a regulamentação estatal que coíbe certas condutas corporativas terá pouco impacto sem o acompanhamento de mecanismos de investigação, punição e reparação de abusos” (2008, p.22). O documento também possui o entendimento de que alguns países não possuem tais mecanismos justamente para atrair empresas, e assim competir internacionalmente por investimento, mas atesta que nenhum Governo deveria se omitir em questões de direitos humanos, não provendo diretrizes ou regulamentos para indústrias, por tal razão ou por qualquer outra (2008, p.8).

O documento se mostrou muito importante para a construção de consenso internacional. Entretanto, ele parece sujeito a muitas críticas. Uma das principais consolida-se pelo tratamento dado às obrigações positivas - um tratamento ambíguo, que poderia significar que tais seriam necessárias apenas para manter a abstenção. Sobre o assunto, Bilchitz (2010) argumenta que decorre da personalidade jurídica empresarial inde-

pendente -e seus benefícios- a obrigação de contribuir ativamente para realização de bens sociais, ressaltando ainda que a realização de direitos humanos não é simplesmente um bem social, mas sim, norma fundamental, base fundacional, de todo o ordenamento jurídico, interno e internacional. Ao determinar tais medidas, entretanto, é preciso levar em consideração também os objetivos econômicos das empresas, para que estes não sejam lesados²⁰. Bilchitz esclarece:

Os danos que os indivíduos podem sofrer não estão limitados àqueles em que seus direitos são violados ativamente pelas empresas; com efeito, a falta de acesso a alimentos, água, assistência à saúde e representação jurídica pode afetar seriamente a vida dos indivíduos. As empresas podem ter a capacidade de apoiar a realização desses direitos para um grande número de indivíduos (2010).

Outra grande crítica feita ao relatório relaciona-se ao fato de, numa tentativa de obter consenso, Ruggie ter feito concessões demasiadas, sendo seu relatório referido por algumas ONGs e autores como um marco minimalista, representando um retrocesso em relação às Normas (FEENEY, 2009, p.182).

Ruggie, portanto, fez concessões demasiadas, consideradas inaceitáveis quando se está tratando de direitos humanos. Feeney aponta que o Representante “adotou uma estratégia aparentemente com vistas a agradar grupos empresariais, mas que, por outro lado,

fez com que muitas ONGs deixassem de apoiá-lo” (2009, p.181).

O marco Ruggie, então, alcançou maior consenso entre atores internacionais de peso, todavia, pelos motivos expostos, representa, assim, um retrocesso da comunidade internacional. As demandas por parâmetros sobre empresas e direitos humanos ainda estão, pois, intensas como nunca.

Mesmo assim, é notável a importância do referido relatório para a construção de consenso internacional, sendo muito solícito em sua tentativa de alcançar grande aprovação no meio internacional.

2.5 *Princípios Guia das Nações Unidas Acerca de Empresas e Direitos Humanos: Quadro sobre “Proteger, Respeitar e Remediar”*

Em 2011, o Comitê de Direitos Humanos aprovou os “princípios-guia” pelo qual seria implantado o *framework* apresentado no marco Ruggie em 2008, no qual foram desenvolvidos os princípios de “Proteger, Respeitar e Remediar”.²¹

Este documento detalha os deveres de proteção estatais como sendo “prevenção, investigação e reparação” (ZANITELLI, 2011, p.40), através de “políticas públicas efetivas, legislação, regulações e adjucações” (NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 6). O Estado deve ainda deixar claro que possui expectativas de que empresas em seu território ou sob sua jurisdição respeitem direitos humanos, sugerindo regulação extraterritorial, tal como no marco de 2008. Tais expectativas devem se

dar por meio de mensagens coerentes e consistentes, segundo o documento de 2011 (p.7). Como dever do Estado, o documento também elenca uma série de obrigações que consistem em guiar, prover informações e direcionamentos para empresas atuarem sem danificar direitos da cidadania (2001, p.8), seguindo, ainda, outros deveres em relação à condução de transações, acordos, etc.

Como responsabilidade de empresas, resta respeitar direitos humanos, evitando danos (NAÇÕES UNIDAS 2011, p.13). Sobre imposição de obrigações positivas ‘expõe: “Empresas podem empreender em compromissos ou atividades para apoiar e promover direitos humanos, podendo contribuir para o gozo de tais direitos. Todavia isso não compensa qualquer falha em respeitar direitos humanos em suas transações.” (NAÇÕES UNIDAS 2011 p.13). O documento segue reforçando os conceitos alcançados no relatório de 2008 quanto a aspectos sobre responsabilidade empresarial e apresenta novamente o conceito da “devida diligência”. Por fim, explicita o dever dos Estados de prover remédios acessíveis, por meios judiciais, administrativos, ou outros. Os princípios aqui apresentados são uma derivação direta, articulada operacionalmente, do relatório apresentado à Comissão de Direitos Humanos da ONU em 2008, o referido “marco Ruggie”.

Esses princípios foram testados, antes de sua publicação, por mais de 10 empresas, uma vez que seu objetivo seria semelhante ao de um guia prático, como o próprio documento expõe, já que não possui a força vinculativa que, por exemplo, as Normas possuíam.

Mesmo Ruggie, parece entender as perdas e o minimalismo de sua proposta final, ao expor que:

A aprovação dos Princípios-guia, apenas, não trará um término aos desafios de empresas e direitos humanos. Mas marcará o fim de um começo: estabelece uma plataforma global de ação comum, na qual progresso cumulativo poderá se construir, passo-a-passo (...) (NAÇÕES UNIDAS, 2011 p. 5 tradução nossa).

3. Brasil: um panorama sobre responsabilização de empresas e imposições de obrigações positivas

3.1 O Brasil e mecanismos de responsabilização de empresas violadores de direitos humanos

Visto o caminho trilhado na construção de consenso internacional sobre a proteção de direitos humanos, e considerando as demandas da sociedade quanto à responsabilização por violações desses direitos, agora será preciso indicar, caso haja, a postura e posicionamento do Estado brasileiro.

Evidencia-se que no âmbito cível e administrativo é possível aferir a possibilidade de responsabilização das empresas por violações de direitos humanos; isso assumido, nos documentos produzidos pela ONG Conectas (como indicado alhures) e em outro relatório produzido pela Comissão Internacional de Juristas²²—fica bem delimitada a situação brasileira e servirá de

base para o aqui exposto. Já no âmbito penal, esta responsabilização só fica clara na esfera ambiental.

Sem embargo, o documento feito pela CIJ ressalta avanços no Brasil, não apenas legais, mas também referentes à atuação das autoridades, que têm empreendido inspeções regulares (CIJ, 2011, *item d*). É possível, também, que os administradores da empresa violadora sejam responsabilizados por crimes por ela cometidos com penas que incluem prisão, restrições de direitos, e multa - sendo estes dois aplicáveis também à pessoa jurídica (CIJ, 2011, p.2).

Na esfera cível, as sanções às empresas limitam-se a compensar os danos causados a outros; na esfera administrativa, podem-se emitir avisos, revogar licenças, ou ainda excluí-la de licitações, declarando-a imprópria para tais. Além disso, é importante ressaltar que a responsabilização também pode prover de leis especiais do ordenamento brasileiro, tais como leis ambientais, de proteção ao consumidor e trabalhistas. A lei ambiental, por exemplo, prevê, majoritariamente, responsabilização civil objetiva. Prevê, também, sanções criminais e administrativas. Violações de direitos do consumidor, igualmente, podem resultar em responsabilização criminal e administrativa. As leis de proteção ao consumidor estabelecem que, em casos cíveis, o ônus da prova é invertido. Sob a lei trabalhista, é possível também incorrer em responsabilidade criminal. (CIJ, 2011 p.3).

A responsabilização de empresas violadoras de direitos humanos, portanto, é viabilizada pela legislação nacional nesses âmbitos. Reconhecemos aqui, en-

tretanto, que isto ocorre indiretamente- as sanções são administradas como fruto de transgressões cíveis (por exemplo), não como, de fato, efeito direito de violações de direitos humanos. Isso importa, pois este ramo possui regras processuais próprias, tal como a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, dentre outras.

Nesse sentido, é possível reconhecer que certo controle pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu explicitamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais²³ nas ocasiões do Recurso Extraordinário n° 201.819-8²⁴ e o Recurso Extraordinário n° 407.688-8²⁵.

Além dos mecanismos internos a serem acionados quando uma violação de direitos humanos vier a ocorrer, não se pode desconsiderar que o Brasil também está submetido ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ou seja, ao mesmo tempo em que uma empresa violadora está sujeita a responsabilização interna, o país está sujeito à responsabilização em nível internacional, podendo ser responsabilizado por violações de direitos humanos cometidas por empresas.

A corte interamericana, em um caso emblemático, do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku (Equador)²⁶, limitou-se a responsabilizar o Estado por danos causados à população indígena, estabelecendo reparações e recomendações, que incluem até mesmo neutralizar, desativar e retirar a substância explosiva, pentolite, deixada pela empresa privada que ali extraia petróleo (expondo em perigo a aldeia, além de danificar o meio ambiente). Recomendações diretas ou considerações

para empresas não são feitas- podendo estas serem realizadas internamente pelo país onde a violação ocorreu.

O supracitado documento produzido pela CIJ se atém à análise dos recursos disponíveis no país, que podem ser utilizadas contra empresas para reguardar direitos humanos, tais como: Habeas Corpus, Habeas Data, mandado de segurança, ações populares, um razoável controle constitucional, ações civis públicas, ações civis e criminais, inquéritos civis e criminais, citando até mesmo as CPIs como possível mecanismo. (2011, p.3-4). Outro mecanismo interessante citado pelo documento é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que consiste em acordos assinados perante procuradores da República, que objetivam solucionar problemas que estão ocorrendo, ou compensar danos já causados²⁷.

Os TACs são mais rápidos que uma ação judiciária e, por isso mesmo, eficazes em proteger direitos coletivos. Os TACs foram utilizados eficazmente em inúmeros casos, tais como: o da empresa BRF, que forneceu leite contaminado com formol; da Companhia de desenvolvimento do Vale do São Francisco (Codevasf), que, por meio da construção de uma barragem, alagou área onde moravam 52 famílias; da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, a fim de indenizar prejuízos causados pela sua construção a Comunidades indígenas; dentre muitos outros casos (MPF).

Apesar de medidas administrativas estarem sujeitas a serem revertidas em juízo, o documento aponta que estas são realizadas por Ministérios e por Agências

Regulatórias (2011, p.4), como o IBAMA, por exemplo, que aplica multas ambientais desse caráter. Expressamente, o documento coloca, ao final da exposição de um caso no qual esse tipo de sanção fora aplicada- em que uma empresa incineradora espalhou gases nocivos à saúde em uma área residencial- que “a falta de complacência com, ou a suspensão pelo judiciário das multas administrativas impostas, mostra as limitações dos recursos administrativos” (2011, p. 5, tradução nossa).

Ainda, mais alguns esforços em âmbito legislativo estão sendo feitos, como pode ser visto por meio da Lei 12.846²⁸, aprovada dia 01 de agosto de 2013, que estabelece a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos de corrupção contra a administração pública- seja esta nacional ou estrangeira- e, por conseguinte, protege o patrimônio público. A Lei prevê aplicação de multa para essas empresas de até 60 milhões de reais, conforme o Art. 6º, § 4º - além do ressarcimento- e explicita que tais podem sofrer sanções judiciais, a suspensão de suas atividades, ou mesmo ser dissolvida, tal como versa o Art. 19.

O referido documento, em sua terceira parte, enumera 13 casos emblemáticos sobre violações de direitos humanos por corporações, expondo os recursos brasileiros utilizados para sanar os problemas e estabelecer ressarcimentos- alguns resolvidos com sucesso, e outros que encontraram obstáculos no acesso à Justiça.

Além das limitações das sanções administrativas, o documento, a partir desses casos, aponta problemas como desconhecimento da lei pela vítima, falta de representação legal (por motivos de hipossuficiência),

alto custo e lentidão judiciária, extensa divergência jurisprudencial, falta de parâmetros para estabelecer danos morais, dificuldades em responsabilizar sucessores de companhias liquidadas. Identifica também como obstáculos a *corporate veil doctrine*, ou seja, a separação da personalidade jurídica da personalidade de seus *stakeholders*; hesitação em promover ações por alguns temas serem ainda inexplorados; grande poderio econômico e político de empresas violadoras; ausência de leis mais específicas, falta de precedentes; não cumprimento de TACs; imunidade de empresas sede; falta de regulação em geral, dentre outros (CIJ, 2011, p. 6-8)

Um dos casos trazidos pelo documento aconteceu no Rio de Janeiro, Bahia de Guanabara em 2000. A Petrobrás causou um vazamento de 1,3 milhões de galões de petróleo no local. As ações tomadas contra a empresa – de economia mista, vale lembrar- incluíram medidas de precaução, com multas diárias em caso de não cumprimento. Ações judiciais foram tomadas pelo Ministério Público e por uma organização de pescadores, pedindo compensação dos danos. Uma das dificuldades claras do caso, segundo o documento, teria sido a de quantificação dos danos causados a esses pescadores, a ausência de parâmetros para determinar compensação de natureza coletiva, assim como para avaliar danos ambientais (2011, p.7).

Um caso que parece ter sido bem sucedido, sem maiores obstáculos, citado pelo documento, parece ser o ocorrido em 2000, quando autoridades descobriram um terreno que antes havia sido um aterro de resíduos,

que ainda emitia gases tóxicos, no qual um projeto residencial explodira. Como resultado,

A Promotoria e duas organizações da sociedade civil entraram com ações civis contra o Município, a Companhia que antes detinha o terreno, as companhias de água e esgoto, a firma construtora do projeto, e o escritório de advocacia responsável por vender e supervisionar o projeto de construção. Os acusados foram sentenciados a restaurar o ambiente do terreno, a demolir os prédios do projeto, e pagar quantia equivalente ao total pago, adicionada de danos morais. (CIJ 2011, p. 5 tradução nossa).

Por fim, o documento apresenta uma pequena lista de recomendações, estando dentre elas: fortalecer a Defensoria Pública, apoiar ONGs litigantes, medidas que colaborem com a celeridade, criar mecanismos de monitoramento dos TACs, regular responsabilização de empresas-sede por atos de subsidiárias ou subcontratantes, elaboração de leis que expandam responsabilização de companhias em âmbito criminal, assim como apoiar iniciativas que previnam abusos e promovam respeito empresarial aos direitos humanos (2011, p. 8-9). É possível, entretanto, entender, mesmo por esta última recomendação, que o documento ocupa-se dos danos causados ativamente, por não-abstenção de violar. É preciso, portanto, entender como o Brasil vem tratando a possibilidade de imposição de obrigações positivas no escopo empresarial.

3.2 O Brasil e a possibilidade de imposição de obrigações positivas

O país parece estar, assim como a comunidade internacional, preocupado com a relação entre empresas e direitos humanos. Para manter um equilíbrio razoável, o Brasil empreende na implementação de obrigações positivas a serem cumpridas por parte de empresas, por meios diversos, tais como tributação e legislação (que, por vezes, é objeto da pauta do Supremo Tribunal Federal).

Ruggie, em seu marco, não questiona a validade da imposição de obrigações positivas por meio de tributação, e a “maioria das sociedades não parece considerar ilegítimo que os Estados tributem as empresas com base em suas atividades para propósitos sociais mais amplos”, como aponta Bilchitz (2010), questionando, muito pertinentemente, em seguida, se não se pode considerar as

obrigações positivas das empresas para com a realização dos direitos fundamentais como uma forma de imposto sobre suas atividades que exigem certas contribuições ativas para realizar os direitos fundamentais tanto em dinheiro quanto em espécie (BILCHITZ, 2010).

Segundo o mesmo autor, a possibilidade de obrigações positivas decorreria da personalidade jurídica independente, da qual decorrem inúmeros benefícios e vantagens legais (2010). Entretanto, desta podem

decorrer danos, e, no caso brasileiro, ela pode ser utilizada para obter vantagens para seus acionistas sem resultar em responsabilidade plena por seus possíveis atos. Bilchitz sugere que ações positivas, para promoção de direitos humanos, por parte de empresas, sejam como uma moeda de troca que compense as vantagens conferidas pelo mecanismo da personalidade jurídica separada, ressaltando, a todo momento, que não há justificações razoáveis para se atestar o oposto (2010). Parece razoável, uma vez que a concessão da personalidade juridicamente independente objetiva criar benefícios para a sociedade, que estes possam ser exigidos, mesmo que, para isso, seja preciso impor certas obrigações a empresas.

É claro, todavia, que estas teriam que respeitar os objetivos econômicos empresariais e, como o próprio autor expõe, “ainda há muito trabalho necessário para complementar o âmbito e o alcance das obrigações positivas que têm as corporações” (2010), sendo preciso um grande equilíbrio entre fatores para determinar o grau de obrigações positivas que se poderia impor a uma empresa.

É possível, também, encontrar possível respaldo para aplicação de tais obrigações na legislação brasileira. O novo Código Civil, em seu Art. 421, consagra a função social dos contratos, estabelecendo que esta limita e justifica a liberdade de contratar. Segundo Miguel Reale, a razão da inserção desta cláusula está na realização do Art. 5º, incisos XXII e XXIII, que versam sobre a função social da propriedade, entendendo que tal princípio somente se dará se estendido também aos

contratos, “cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes, mas a toda coletividade” (2003), garantindo a preponderância dos interesses coletivos frente aos interesses individuais e, assim, sugerindo um caminho oposto ao individualismo predatório.

Apesar de ser possível, também, uma interpretação restritiva desse princípio -de maneira que este opere apenas como inibidor de atividades abusivas ou danosas à outra parte ou a terceiros- não há razão alguma para se sustentar que não se pode exigir que a função social seja ativamente realizada, utilizada para o alcance de bens sociais como o proposto por Bilchitz. Além disso, a interpretação restritiva não leva em consideração as características base e distintivas desse instituto, bem como não explora suas potencialidades, como a consecução de uma finalidade proveitosa ao interesse geral. Apesar de não deixar claríssima sua posição, Reale admite, consoando com tal raciocínio:

Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento. (2003)

Os fins sociais buscados pelo princípio em questão encontram-se expressos, por sua vez, na Constituição Federal, contemplados nos fundamentos e ob-

jetivos da República, nos Art. 1º (incisos II, III, e IV) e 3º (inciso I). Ainda é interessante notar que o Art. 421 apresenta-se como cláusula aberta, e propicia ampla compreensão hermenêutica, proporcionando assim maior interferência do juiz na solução dos conflitos, como apontou Reale, na ocasião da sanção do novo código, em consonância com o momento paradigmático atual, que privilegia o direito no caso concreto.

Sob Capítulo I, que enumera os princípios gerais que devem reger a atividade econômica, pertencente ao título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, da Constituição, é possível destacar o Art. 170 *caput*, que expressa que a finalidade da ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, 1988), observando, ainda, princípios como a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, e principalmente “a redução das desigualdades regionais e sociais” (inciso VII). Parece possível, portanto, que a imposição de obrigações positivas a empresas se dê com base nos princípios constitucionais aqui expostos.

A Constituição Federal estabelece um mecanismo interessante, em seu Art. 212, §§5º e 6º, o salário-educação, que consiste em uma contribuição social recolhida pelas empresas para programas, projetos e ações voltados para o financiamento da educação básica pública. O §6º versa que as cotas estaduais e municipais serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes. O mecanismo foi dado como válido e eficaz pelo Supremo Tribunal Federal, numa ação declarató-

ria de constitucionalidade (nº. 3-0), o que resultou na súmula nº 732 do STF, que, ainda, estabelece que seus efeitos retroagem até a carta de 1969.

A contribuição é regulamentada pelas leis nº 9.424/1996, 9.766/1998, Decreto nº 6.003/2006 e Lei 11,457/2007 e “calculada com base na alíquota de 2,5% sobre o valor total das remunerações pagas ou creditadas pelas empresas, a qualquer título, aos segurados empregados” sendo contribuintes as “empresas em geral, entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tal, qualquer firma individual, ou sociedade que assume o risco de atividade econômica”, possuindo fins lucrativos ou não, sendo sujeitas até mesmo empresas públicas e sociedades mistas, segundo o portal do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE (2012). É arrecado, fiscalizado e cobrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Outra medida, que parece querer suprir caráter semelhante ao de uma obrigação positiva realizada por empresas, é a tentativa de conversão dos royalties do pré-sal em recursos para a educação e saúde. O projeto, aprovado pelo Senado, no dia 02/07/2013, que ainda deve ser votado na Câmara dos Deputados e sancionado pela Presidente, dispõe que a distribuição dos recursos dos royalties e a participação especial da produção de petróleo irá garantir para a educação, ao menos, R\$ 2 bilhões por ano a partir de 2014, dos recursos que cabem à União na arrecadação. Além desse montante diretamente direcionado ao setor, outros R\$2 bilhões serão aplicados no Fundo Social, cujo rendimento seria

utilizado nas proporções de 75% para educação e 25% para a saúde.

Apesar de muitos considerarem o projeto de lei aprovado pelo Senado como essencialmente populista e pouco eficiente, uma vez que os parlamentares fizeram grandes cortes (o repasse, com o novo texto, cai 53,43%). O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- Ipea- apresenta outras possibilidades para suprir os recursos cortados, como a ampliação de impostos e criação de contribuições voltadas para o setor da educação, tal como o salário-educação.²⁹

Mesmo que por outros meios além da tributação, é possível notar movimentação quanto à imposição de deveres positivos, por parte do particular empresário, por iniciativas do Poder Legislativo. Uma medida positiva interessante é estabelecida pela Lei 8.899 de 1994, que obriga as empresas de transporte coletivo interestadual a conceder passe livre às pessoas portadoras de deficiência. A ABRATI- Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros- ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI³⁰ n° 2649), mas foi julgada improcedente.

A ABRATI sustentava que a lei não indicava fonte de custeio da despesa, deixando-a a cargo da empresa de transporte, violando assim princípios da ordem econômica, a livre iniciativa e o direito a propriedade. Em contraposição, levou-se em conta que a ordem econômica tem a finalidade de assegurar a todos existência digna, e que tal lei seria um instrumento de realização de justiça social (citada no texto constitucional). Ape-

sar de, ao longo do julgamento, considerarem o fato de que tais serviços de transporte funcionavam sob concessão pública, acredita-se que esta seja uma importante decisão para a construção de consenso e equilíbrio da relação entre empresas, seus deveres, e direitos humanos, além de zelar sobre os princípios do Art. 1º e 3º da Constituição Federal.

A ADI 3225³¹, julgada improcedente por maioria de votos também se mostra relevante. A requerente-governadora do Estado do Rio de Janeiro- postulava a inconstitucionalidade de norma constitucional estadual (Art.112, que versa que não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestada de forma indireta, sem indicação de fonte de custeio). Alegava para isso que esta feria princípio federativo e autonomia dos poderes, assim como o princípio da dignidade, ao dificultar implantação de políticas públicas. O STF entendeu que, assim, se mantinha o “equilíbrio na equação econômico-financeira informadora dos contratos administrativos (...) a própria viabilidade e continuidade dos serviços públicos e das gratuidades concedidas” (voto do Rel. Min. Cezar Peluso, 2007).

Ainda, outra ADI, nº 1.950³², encontra as questões aqui suscitadas. A requerente Confederação Nacional Do Comércio (CNC) questiona a constitucionalidade da meia-entrada do estudante em casas de cultura, desporto e lazer, de São Paulo. É preciso lembrar, que o Estado nada proporciona, quem o faz é inteiramente o particular, empresário. A ADI foi julgada improcedente, com base nas seguintes premissas:

No caso, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades. (ADI 1.950, Sr. Rel. Min. Eros Grau - grifo nosso.)

Ainda, o Ministro Eros Grau ressalta que a Constituição enuncia diretrizes, fins, postulando um “plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170” (ADI1950, 2005). Entende, também, que a livre iniciativa possui papel primordial na Carta de 88, mas que “essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais” (ADI 1.950, 2005). O princípio, segundo o Ministro, não apenas expressa a liberdade empresarial, como cogita a “iniciativa do Estado” sem a privilegiar como exclusiva à empresa.

São nestas direções que os posicionamentos e medidas vêm sendo tomadas no Brasil, mostrando que as pautas de definições dos deveres inerentes às empre-

sas em voga no contexto internacional também o estão no país, representando importante tema. O Brasil, entretanto, parece avançar cautelosamente, como visto, ora com iniciativas ousadas – entretanto com grande risco de serem barradas no Congresso- ora com tímidas demonstrações de preocupação com regular o equilíbrio entre atividades empresarias e direitos da cidadania, que se expressam, por vezes, em decisões judiciais.

Conclusão

Como se pode observar por meio dos documentos e argumentos expostos, infelizmente, ainda encontra-se distante a obtenção de um grande consenso que beneficie, de fato, tanto as empresas, quanto a realização dos direitos humanos em sua plenitude.

Como visto por meio dos documentos apresentados, na comunidade internacional, ONGs e instituições da sociedade civil coordenam as demandas pela definição de obrigações mais amplas e até mesmo positivas para empresas, assim como também se mostram de grande importância para fiscalização da atuação destas, atentando para eventuais violações, auxiliando assim não apenas na construção de consenso internacional acerca do tema, como também na própria responsabilização (ou, ao menos, conscientizam sobre a importância de se implantar mecanismos de sanção e reparação).

Mesmo com voz ativa desses atores, instituições econômicas, empresas e outros órgãos, têm se mostrado

de peso na estruturação dos requerimentos de conduta empresarial, resultando que os avanços para preencher o *governance gap* presente no tema foram demasiadamente minimalistas, obtendo grandes críticas de defensores de direitos humanos. Conforme analisado no desenvolvimento desta exposição, o marco Ruggie que resultou nos princípios-guia, fez grandes concessões, além de ser um documento desprovido de normatividade.

Foi verificado que, não obstante a ausência de consensos globais, nota-se a construção deles, ainda que paulatinamente e de modo pouco linear. Mesmo assim, o contexto internacional, portanto, no presente momento, continua com carências que remontam ao início do diálogo. Todavia, foi alcançado consenso acerca da ideia de que, apesar do Estado ser primariamente responsável pela realização dos direitos humanos, empresas privadas e transnacionais também o são, necessitando observar os preceitos já estabelecidos internacionalmente sobre esses direitos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos.

É preciso, também, entender que, ao mesmo tempo em que empresas podem vir a representar uma ameaça aos direitos em questão, elas são um grande agente transformador, não apenas de estruturas econômica, podendo ser precursores de grandes mudanças sociais e políticas positivas. Garantem, assim, o direito ao desenvolvimento de muitas localidades. O equilíbrio da relação entre empresas e direitos humanos há de ser mediado com muita cautela, de modo a não causar dano a nenhum dos polos figurantes, por uma

regulamentação estatal consciente de todas as nuances envolvidas.

Os esforços feitos internacionalmente parecem se refletir no Brasil. As demandas internas parecem seguir diretrizes semelhantes, e o país tem tentado responder a altura por diversos meios, nos quais se incluem decisões do poder judiciário, que reconhecem a horizontalidade dos direitos humanos. Também por novas normas internas, que implicam em mais responsabilidade para empresas e obrigações positivas para promoção desses direitos, dentre outros mecanismos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como os Termos de Ajustamento de Conduta- mecanismo eficaz e especializado em proteção de direitos humanos.

É preciso apontar, entretanto, que, assim como no contexto internacional, o caminho a ser trilhado para uma efetiva proteção e promoção dos direitos humanos pelo Brasil é longo, uma vez que os esforços no âmbito das obrigações positivas são ainda cautelosos. E, no que tange à responsabilização por abusos, geralmente esta recai sobre a legislação interna cível, ou trabalhista, ambiental dentre outras especializadas. Há, lamentavelmente, poucos recursos diretamente sob o manto dos direitos humanos.

Além disso, é preciso ressaltar o fato de que o Brasil é um país em desenvolvimento – e que as empresas possuem um papel significativo para promovê-lo. É necessário atentar para a razoabilidade em relação aos contratos firmados e aos mecanismos a serem utilizados caso haja conflitos. Defende-se aqui, por exemplo, que a arbitragem, como supracitado, preferida pe-

los investidores, para maior imparcialidade, seja mista, e não puramente privada.

Conclui-se, portanto, que as verdadeiras preocupações dos defensores de direitos humanos ainda permanecem. Tanto no Brasil, quanto internacionalmente, o debate e a construção de consenso, de parâmetros normativos, faz-se imprescindível, não apenas no ramo de responsabilização por violações, mas também no âmbito de imposições de obrigações positivas, uma vez que as empresas tem o poder-dever, considerando a sua função social, de não apenas respeitar, mas promover direitos humanos, visando o equilíbrio da comunidade em que se instala, muito além do lucro puro e simples.

Notas

- 1 Este artigo fará a franca utilização do termo “empresa” no sentido de “pessoa jurídica do direito privado”, fazendo uso, portanto, da linguagem coloquial.
- 2 No sentido em que expõe Eduardo Bittar (2013, p. 208).
- 3 Piovesan ainda expõe que, apenas sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, é possível compreender a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, emergente do pós-guerra, no Direitos Constitucional ocidental, que por este foi remodelado frente ao impacto das atrocidades do Nazismo, gerando um novo constitucionalismo, como vêm afirmando autores como Antônio Augusto Caçado Trindade (2012, p. 85).
- 4 Tal sistema, segundo Virgílio Afonso da Silva é base para que liberdades públicas sejam vistas como prestações positivas, além de mero direito a abstenção estatal, tema que será estendido ao longo deste artigo.
- 5 Apesar de a doutrina alertar para a heterogeneidade e o dissenso (tanto na esfera conceitual como terminológica) presentes

no assunto, e por vezes utilizar-se dos termos indistintamente, é necessário discernir as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Direitos fundamentais são os direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de certo Estado (e, portanto, limitados temporal e espacialmente), são por sua natureza direitos humanos (seu titular será a pessoa humana, mesmo que representada coletivamente). A expressão “direitos humanos”, por sua vez, preserva relação com o direito internacional, sendo supranacionais, independentes da ordem constitucional, derivados da ideia de um direito natural (SARLET, I. 2009 p. 28-31). O critério para distinção, portanto, dá-se levando em consideração a concreção positiva: os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e positivados pelo ordenamento jurídico de um país.

- 6 O autor defende, ao longo de sua obra, que nesse paralelo pretende incluir não apenas as corporações, mas a absolutamente todos os particulares em todas as relações entre si.
- 7 São os documentos: *Normas de Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outras Empresas, Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights* (relatório este mais conhecido e aqui citado como “marco Ruggie”) e *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*.
- 8 Os documentos referidos são: *Civil Society Forum Declaration to UNCTAD XI, Brazilian obligations to address human rights violations perpetrated by companies, e Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- Brazil (executive summary)*.
- 9 Denominação original: *Civil Society Forum Declaration to UNCTAD XI*
- 10 Sigla para *United Nations Conference of Trade and Development*.
- 11 Que se encontram explícitas no próprio documento em questão, disponível para consulta em: <http://unctad.org/en/Docs/td407_en.pdf>
- 12 O documento se encontra disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En)>

- 13 Juan María B. Ubillos, resalta que, em alguns casos “A desigualdade se converte em falta de liberdade. Por trás dessas manifestações concretas de concentração ou monopolização do poder social, econômico ou informativo (...) se esconde a privilegiada posição de certos indivíduos ou organizações cujo predomínio anula ou compromete gravemente esse mínimo de liberdade e igualdade que constitui o pressuposto da autonomia privada.” (In: SARLET, 2010, p.265, tradução nossa).
- 14 O fórum parece sugerir uma divisão de lucros forçada por parte do Estado, para que, por meio de tributação, este adquira recursos para promover os direitos da cidadania, já que dificilmente há ações voluntárias por parte de empresas para tal.
- 15 Mais informações sobre o caso podem ser encontradas no documento produzido pela Federação Internacional dos Direitos Humanos; Justiça Global e Justiça nos Trilhos, denominado: *Brasil - Quanto valem os Direitos Humanos*, disponível em: <<http://global.org.br/wp-content/uploads/2011/05/rapport-bresil-port-LD.pdf>>.
- 16 Em palestra: *Evolving International Investment Regime: an introduction and an overview*. Proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dia 25 de Agosto de 2012. Tradução nossa.
- 17 A expressão deve ser entendida como “espaços vazios” da governança, que propiciam um ambiente permissivo. Os *governance gaps* são espaços carentes de normatividade, consensos em geral. Maiores explicações podem ser encontradas em: <<http://www.unhistory.org/briefing/15GlobalGov.pdf>>
- 18 Nesse sentido, um caso emblemático é o Caso Companhia de Aguas del Aconquija S.A. (CAA)/Vivendi Universal S.A v. República Argentina, decidido pelo Tribunal de Corte ICSID (Caso CIADI No. ARB/97/3)
- 19 A *devida diligência* se dá pela atuação em conformidade com a lei, juntamente com gerenciamento preventivo do risco de causar dano a direitos humanos. As empresas, para alcançar esse conceito, também devem observar a Declaração Universal de Direitos Humanos e convenções internacionais.
- 20 Estabelecer tal ponto, entretanto será sempre um desafio, geralmente, encarado pelo judiciário. Se, no âmbito estatal foram

criados mecanismos defensivos, tais como a reserva do possível, possivelmente estes seriam transpostos ao âmbito empresarial. As decisões que possibilitariam a efetivação de tais direitos seriam, portanto, relegadas ao Juiz togado, condizendo com o direito do paradigma *jusfundamental*, o direito do caso concreto.

- 21 O documento foi aprovado por meio da resolução 17/4, dia 06 de Julio de 2011, pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Tal resolução encontra-se, para maiores informações, disponível em: <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/un-human-rights-council-resolution-re-human-rights-transnational-corps-eng-6-jul-2011.pdf>>
- 22 O relatório denomina-se *Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- Brazil (Summary Executive)*,
- 23 Incluindo-se aqui os direitos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.
- 24 A União Brasileira de Compositores (UBC) punira com a exclusão um associado, sem assegurar-lhe a prévia oportunidade de defesa.
- 25 Relacionado à questão de impenhorabilidade do imóvel de família.
- 26 O caso se refere à outorga por parte do Estado de uma permissão a uma empresa privada para realizar atividades de exploração e extração de petróleo no território do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, sem consulta prévia destes. Para mais informações acerca, consultar a íntegra do caso em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- 27 Os TACs são formas alternativas à responsabilização judicial específica, integrando um esforço global e integral de ensino e ajustamento dos direitos humanos. São, também, instrumentos facilitadores da jurisdição interna, uma vez que em caso de descumprimento do termo, o Juiz tem o “poder-dever” de obrigar a parte a cumprir o acordado. (MPF)
- 28 O texto da Lei, em sua íntegra, pode ser consultado em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>

- 29 Notícias recentes sobre o assunto podem ser encontradas em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/07/02/aprovada-destinacao-de-royalties-do-petroleo-para-educacao-e-saude>> e <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,senado-corta-53-dos-royalties-que-iam-para-educacao,1050463,0.htm>>
- 30 A íntegra da ADI 2649 pode ser encontrada no seguinte link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>
- 31 A ADI 3225 pode ser lida na íntegra em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491808>>
- 32 A ADI 1950 pode ser encontrada na íntegra no link: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/188_ADI%201950.pdf>

Referências

- ALVAREZ, JOSE. *The Evolving International Investment Regime: an introduction and an overview*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 25 de Agosto de 2012.
- BAHIA. Ministério Público Federal. *Termos de Ajustamento de Conduta*. Disponível em: <<http://www.prba.mpf.mp.br/para-ocidadao/pecas-juridicas/termos-de-ajustamento-de-condu-ta>> Acesso em: 03 jul.2013
- BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidaria*. 1ªed. Ijuí: Editora da UNIJUÍ, 2001.
- BILCHITZ, David. *O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?* Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo12.php?artigo=12.artigo_10.htm> Acesso em: 12 mar. 2013.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Ministério da Educação, Fundo Nacional de Desenvolvi-

- mento da Educação. Entendo o salário-educação. Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/financiamento/salario-educacao/salario-educacao-entendendo-o>> Acesso em 03 jul. 2013.
- CALIARI, Aldo. *Comércio, investimento, financiamento e direitos humanos: avaliação e estratégia*. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_07.htm> Acesso em: 25 fev. 2013
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- Brazil (executive summary)*. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/Brasil%20ExecSumm-ElecDist\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/Brasil%20ExecSumm-ElecDist(1).pdf)> Acesso em 04 jul. 2013.
- CONNECTAS DIREITOS HUMANOS; ÁGERE; INSTITUTO MAIS DEMOCRACIA; JUSTIÇA GLOBAL; PLATAFORMA BNDS. *Brazilian obligations to address human rights violations perpetrated by companies*. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/SubmissionUPRBrazil_BusinessandHR_Connectasanpartners.pdf> Acesso em: 25 mai. 2013
- FEENEY, Patricia. *A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy*. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/eng/conteudos/pdf/11/08.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2013.
- FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DOD DIREITOS HUMANOS; JUSTIÇA GLOBAL; JUSTIÇA NOS TRILHOS. *Brasil Quanto valem os Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://global.org.br/wp-content/uploads/2011/05/rapport-bresil-port-LD.pdf>> Acesso em: 02 jul.2013.
- FÓRUM DA SOCIEDADE CIVIL. *Civil Society Forum Declaration to UNCTAD XI*. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/td407_en.pdf>. Acesso em 20 abr. 2013.
- NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*. Disponível em: <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2013
- _____. Conselho Econômico e Social, Sub-Comissão para Pro-

- moção e Proteção de Direitos Humanos. *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En)> Acesso em 15 mar. 2013
- _____. Conselho de Direitos Humanos. *Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*. Disponível em: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>> Acesso em: 10 mai. 2013.
- PEREIRA, Lia Valls. *Desenho de uma nova ordem de comércio global: definido por nações ou empresas*. In: HOFMEISTER, Wilhelm. *Governança Global: Reorganização da política em todos os níveis de ação*. Centro de Estudos Konrad-Adenaur-Stiftung. No. 16, 1999. p. 71-81
- PINHEIRO, Silva. *Investimentos e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_pinheiro.pdf> Acesso em: 02 jul. 2013
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>> Acesso em 03 jul. 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos fundamentais: uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/a-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais-na-jurisprudencia-do-STF-e-no-direito-comparado.pdf>> Acesso em: 28 mai. 2013
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.
- UBILLOS, José María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wol-

- fgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, cap.12.
- VALADÉS, Diego. *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011.v12.38112>. Acesso em 10 mai. 2013.
- ZANITELLI, Leandro Martins. *Corporações e Direitos Humanos: O Debate entre Voluntaristas e Obrigacionistas e o Efeito Solapador das Sanções*. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_02.htm> Acesso em 24 jun.2013.

La Auditoría Ambiental y el Cambio Climático en la Protección a la MADRE TIERRA

Environmental Auditing and Climate Change on the Protection of MOTHER EARTH

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2014

Alcides Francisco Antúnez Sánchez

Máster en Asesoría Jurídica, Profesor Auxiliar Derecho Ambiental y Mercantil. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. Trabajo de investigación derivado de la actividad académica del autor como profesor de Derecho Ambiental. Carretera a Manzanillo, Km 16, Bayamo, provincia Granma. República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu Teléfono: 53554929. Vecino de: Calle Juan Clemente Zenea, no. 265, entre Saco y H. Hechavarría, Bayamo. Código Postal 85100. Provincia Granma. República de Cuba.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

La Auditoría Ambiental y el Cambio Climático en la Protección a la MADRE TIERRA - pp. 187-220

SÁNCHEZ A. F. A.

Resumen

El control ambiental ejecutado por las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el siglo XXI, permite conocer las nuevas tendencias de la auditoría con enfoque ambiental, al trascender del escenario tradicional en la industria, al control de la naturaleza -recursos hídricos, biodiversidad y seguimiento del cambio climático- Permite evaluar la observancia de las políticas públicas, que garantizan el derecho a un medio ambiente sano, el manejo adecuado de los recursos hídricos, el manejo sustentable de la biodiversidad y la adaptación al cambio climático regulado en los ordenamientos jurídicos, para lograr la transición hacia una economía sustentable, competitiva y de bajas emisiones en carbono, inclusiva de los instrumentos de mercado, de los incentivos fiscales, la transferencia de tecnologías y el fomento del desarrollo tecnológico en pos del desarrollo sostenible; son utilizados como métodos el histórico-lógico, el de análisis-síntesis y el de derecho comparado.

Palabras claves

Recursos hídricos, biodiversidad, cambio climático.

Abstract

The environmental control implemented by the Supreme Auditing Entities in the 21st century allows us

to understand the new environment-focused auditing tendencies, when transcending industry traditional scenery to the control of nature - water resources, biodiversity and climate change monitoring. It allows evaluating the compliance of public policies, which guarantee the right to a sound environment, water resources adequate management, biodiversity sustainable handling and legally foreseen climate change adaptation, in order to achieve the transition toward a sustainable and competitive economy of low carbon emissions, including market tools, tax breaks, the transference of technologies and the promotion of technological expansion in pursuit of sustainable development. Historical-logical and analysis-synthesis methods are used as well as Comparative Law.

Keywords

Water resources, biodiversity, climate change.

Sumario

Introdução. 1. Íter histórico de la auditoría ambiental como herramienta de gestión de la Administración Pública en el control ambiental. 2. La evaluación a los recursos hídricos, a la biodiversidad y el seguimiento al cambio climático, como nuevos enfoques del control ambiental por las Entidades Fiscalizadoras Superiores en América latina. Conclusiones. Referencias.

Introdução

Es una realidad, que la aparición de la auditoría ambiental dentro de los mecanismos de control significó un escalón superior en el orden de integralidad, apuntó no solo a la eficiencia económica sino a conformar la empresa amigable con el ambiente, al impulsar y verificar el debido engranaje entre optimización-legitimidad-racionalidad-competitividad.

La historia de vela, que los países de mayor desarrollo industrial fueron los abanderados al instrumentarla a través de metodologías y técnicas en su ejecución en sus ordenamientos jurídicos. Su conformación se aprecia vinculada a elementos históricos, teóricos, doctrinales, legislativos y culturales con la práctica de la actividad de la auditoría y de la contabilidad social, ligados a la responsabilidad social a partir de 1953 del siglo XX. Los años 70, marcan al empresariado norteamericano como los primeros en aplicarla, reconocida como una herramienta de gestión para minimizar los impactos ambientales negativos generados por la actividad humana y como una estrategia de la Administración Pública para proteger el bien jurídico ambiental, considerado bien público desde de la década de los 80, como continuidad de un proceso de conformación jurídica en el Derecho Ambiental en relación al sustento constitucional del derecho del medio ambiente como un bien de uso colectivo. (GORDILLO, A., 2006)

Es así, que con el análisis y la sistematización realizada de los Acuerdos, Convenios y Metodologías

establecidas por las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) como innovadoras de esta tipología de auditoría, permitió conocer cómo se reguló en los ordenamientos jurídicos analizados, con el fin de que los empresarios conocieran los índices de contaminación generados por la producción industrial, estimular el uso de tecnologías limpias, implementar sistemas de gestión ambiental (SGA) e instrumentos en materia contable, para obtener la certificación ambiental a partir de los años 90. Toda vez que la misma tiene como característica, constituir una respuesta estratégica de la Administración Pública, para modificar los hábitos de consumo y estilos de vida contrarios al desarrollo sostenible, como efectos negativos del desarrollo tecnológico y de las transformaciones económico-sociales.

En Iberoamérica, se aprecia como los estudios contables sobre este tipo de auditoría no se circunscriben a un solo sistema de propiedad, autores como WOLISKY, GONZÁLEZ MALAXECHEVARRÍA, CONESA FERNÁNDEZ-VITORA, TERÁN CONTRERAS Y BIFARETTI muestran que esta actividad de control, es reconocida también como servicio público, la que ha ido en evolución con el aumento de su espectro de actuación; al vincularse al fomento ambiental, al tributo ambiental, al seguro ambiental, y a la inserción de los conceptos de economía y contabilidad ambiental.

En los 90 empiezan a publicarse estudios desde las ciencias jurídicas por autores como CAFERRATA, CARMONA LARA, MARTÍN MATEO Y DE BESSA ANTUNES, estos reflejan la expresión jurídica de la política pública

en materia ambiental -paradigmas-, al aplicarse las herramientas de gestión, exigir la responsabilidad ambiental, la evaluación de impacto ambiental, la cuantificación del daño, los servicios públicos, la auditoría ambiental, el uso de tecnologías limpias y la implementación de los SGA.

Al continuar el *íter* evolutivo del control ambiental, tras la sistematización realizada, permitió conocer las características y elementos de las nuevas tendencias de las EFS; estos develan las nuevas tipologías de la auditoría con enfoque ambiental, las que trascienden del escenario industrial hacia el de la naturaleza en el siglo XXI, por la pertinencia de la cuestión *ius ambientalista* en pos de preservar el medio ambiente para las futuras generaciones como un derecho fundamental al concedérsele derecho a la naturaleza en los textos constitucionales; clasificadas como auditorías de gestión coordinadas a los recursos hídricos y a la biodiversidad, y la auditoría de seguimiento al cambio climático.

Es un hecho, que las mismas permiten ejecutar la evaluación de las políticas públicas en la región de América Latina por las EFS, las estrategias trazadas y la necesidad de seguir el fomento de la cultura ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible. Donde se aprecia todo el análisis del *íter* histórico, de cómo trasciende del control de la industria hacia la naturaleza, en pos de preservar el medio ambiente para las generaciones de hoy y del futuro. Elementos estos que nos permitirán arribar a conclusiones sobre el tema tratado.

1. Íter histórico de la auditoría ambiental como herramienta de gestión de la Administración Pública en el control ambiental

Es una realidad, que la preocupación por la protección ambiental ha alcanzado importancia y magnitud en los últimos años, convirtiéndose en un tema de interés para el empresariado y para la Administración Pública, abarcando tres dimensiones, la económica, la social y la ambiental. Donde aparece vinculada al desarrollo industrial, como el eje esencial para la generación de recursos, los que permiten crear empleos y promover la educación ambiental, como bases del bienestar social y la calidad de vida para alcanzar con ello el desarrollo sostenible.

Como institución jurídica, se ha desarrollado en diferentes países a través de una construcción legislativa iniciada desde el Derecho Administrativo hacia el Ambiental; al ser reconocida como una de las herramientas de gestión. (LOZANO CUTANDA, B. 2003) Es también realidad, que el hombre, al emplear las nuevas tecnologías, ha logrado industrializarse y con ello ha generado contaminación ambiental; acelerada a partir de los adelantos reconocidos en la Revolución Industrial.

Para ello, los diversos estudios realizados desde la doctrina contable y la doctrina *ius ambientalista* en Iberoamérica, reconocen a la auditoría ambiental como la herramienta de gestión capaz de evaluar y sentar las bases a las políticas ambientales en las formas de gestión,

la misma ejecuta análisis de los riesgos ambientales generados y evalúa su impacto con el complemento de otras herramientas como es la Evaluación de Impacto Ambiental, (ARISTAZABAL OSSA, H. 2009), la misma se práctica de forma voluntaria u obligatoria; toda vez que su ejecución fusiona el objetivo prioritario de la organización auditada, obtener beneficios económicos unidos a la protección ambiental como uno de los valores agregados que aporta a las formas de gestión.

Al evolucionar, en relación con el país que la aplica y su desarrollo tecnológico, su conexión aparece relacionada a los orígenes del *iusambientalismo*, como parte de la Agenda Pública Internacional; es por ello que las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) señalan al año 1969 como su inicio. (PNUMA-ONU, 1995) Y se significa que fue aplicada por vez primera en los Estados Unidos de América, a finales de los años 70 del siglo XX, toda vez que apareció para evaluar la salud de las empresas químicas con la finalidad de servir como una herramienta de dirección para la gestión ambiental, ante el aumento y la complejidad de la normativa jurídica Estadual y Federal en la presidencia de Nixon. (LEE, H. 1998)

Es también un hecho, qué con el surgimiento de leyes ambientales de complejidad creciente, actuaron como uno de los motores que permitieron el desarrollo de la auditoría ambiental y la certificación de productos, procesos y de las organizaciones. Donde la tendencia más nítida se aprecia a partir de 1980, cuando el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó la famosa Ley *Superfund*, que responsabiliza

civilmente a los propietarios de inmuebles en los cuales se llegasen a encontrar sustancias tóxicas que pudiesen causar daños ambientales mientras eran objeto de acciones de control.

En esta propia década de los 80, se extendió a la Unión Europea en las subsidiarias estadounidenses radicadas allí. (MURAD ROBLES, P. 2009). Como respaldo al compromiso de la Comisión BRUNDTLAND en 1987, al formular “*un desarrollo sustentable que satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas*”. Para el 1985, la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos de América, publicó el primer marco metodológico para ejecutar una auditoría ambiental aplicada a las formas de gestión por el equipo evaluador. Donde en 1988, la Cámara de Comercio Internacional, recomienda la adopción voluntaria de la auditoría ambiental en las formas de gestión.

En toda esta continuidad evolutiva, en 1992 fue publicada en Gran Bretaña la norma BS 7750, sobre sistemas de gestión ambiental, la que incorporó la auditoría ambiental como componente esencial de ese sistema a las formas de gestión. Al año siguiente la Unión Europea publicó su Directiva 1836, de 29 de junio de 1993, sobre la participación obligatoria de las compañías del sector industrial en un “Esquema comunitario de eco-gestión y auditoría” (EMAS “*Eco-Management and Audit Scheme*”).

Es asimismo una realidad que todo su *íter*, ha permitido conocer la epistemología a partir de ser

reconocida por las EFS-INTOSAI en 1995. En esta propia década, se le adicionan otros nuevos elementos tecnológicos vinculados al Comercio Internacional, estos la hicieron más compleja, completa y dinámica por parte de los sujetos económicos que la implementaron al ser más integradora que la inspección ambiental, tras evaluar la parte contable financiera.

Por lo que se puede afirmar que sus técnicas, métodos y objetivos como actividad de control han ido de forma simétrica en evolución para poder atender y dar respuestas a las nuevas exigencias de los clientes a partir del siglo XX en el mercado de bienes y servicios, donde aparece la empresa amigable con el ambiente, transitándose de la certificación de la calidad a la ambiental dentro de las formas de gestión.

En su ejecución los auditores evalúan la implementación en las formas de gestión de las normas ISO 14001 y 19011 de 1996, como: ...*“proceso sistemático, autónomo y documentado para obtener evidencias de la auditoría, evalúa de manera objetiva con el fin de determinar la extensión en que se cumplen los criterios de auditoría.”*...

Es así que, su expresión moderna, aparejada a su desarrollo epistemológico, la consideran como la herramienta evaluadora del SGA, es el mecanismo clave para obtener información sobre la efectividad y eficiencia de la gestión ambiental de la organización auditada, al identificar los problemas asociados a su trabajo en materia de seguridad y ambiente laboral, los nuevos desafíos ambientales por venir, les propone medidas de prevención y mitigación, complementada

con la revisión contable ambiental a evaluarse por el equipo de técnicos, juristas y científicos que la practican, por ser interdisciplinaria, transdisciplinaria y multidisciplinaria, al intervenir en su ejecución diversos profesionales por su multidimensionalidad.

Su regulación jurídica, aparece dentro del Derecho Internacional en Convenios y Acuerdos con las EFS y los organismos internacionales, los que han permitido su integración a partir de los textos constitucionales y en los derechos internos a través de Leyes Ambientales, de la Auditoría Ambiental y de Contraloría; vinculada en su aplicación a las normativas jurídicas emitidas por la Administración Pública Ambiental, -orgánicas de la Administración, gestión ambiental, responsabilidad ambiental, control de la contaminación ambiental, de salud, agua, vida silvestre, agrarias, ordenanzas, y del cambio climático. Al exigirse la responsabilidad, su tramitación se ejecuta en procesos ante Fiscalías Ambientales, la que culmina en Tribunales Ambientales (BURDYSHAW, C. 2011).

En su ejecución son observados los principios que la informan desde el Derecho Ambiental, por ser: *una acción de control una tarea preventiva, de cautela, de cooperación, de quien contamina paga, de evaluación del impacto ambiental, de responsabilidad, de participación ciudadana, de progresividad y de sustentabilidad* (CAFERRATA, N. 2010) (LEFF, E. 2009)

Todos estos elementos, le han permitido que en el desarrollo del nuevo constitucionalismo en América Latina, al concluir la primera década del siglo XXI,

existan en los ordenamientos jurídicos normas que protejan a la madre tierra, sobre la responsabilidad patrimonial ambiental y al cambio climático, como expresión legislativa de la política ambiental que desde el Derecho Público se regula para dar respuesta a los paradigmas ambientales. (CAFERRATA, N. 2013)

También en este propio siglo, aparece vinculada a las normas ISO 26000 de forma voluntaria, norma afín a esta tipología de control en materia ambiental -*derechos del hombre, condiciones de trabajo, salud, cuidado del medio ambiente*- la que certifica el comercio justo a las formas de gestión al fundir las preocupaciones sociales y las medio ambientales, con mayor responsabilidad económica, social y ambiental como objetivos, por las ventajas competitivas que les aporta y responder a los índices del desarrollo sustentable e inversión socialmente responsable (CUEVAS MORENO, R. 2011) (GONZALEZ RODRIGUEZ, C. 2011)

En este contexto ya se insertaban las normas EMAS, las que distinguen la empresa de la industria en el control ambiental, relacionadas con el papel de las EFS a través de la auditoría. Elementos estos, que han permitido conocer como en el segundo decenio del siglo XXI, esta acción de control se vincula a la evaluación que ocasionan los mega problemas ambientales, surgidos como efectos de la crisis ambientalista con el aumento de las temperaturas, el agujero en la capa de ozono, la desertificación, la acumulación de residuos radiactivos, la extensión de enfermedades -cáncer, malaria, insalubridad del agua dulce, inseguridad alimentaria-, la contaminación

urbana y el agotamiento de los recursos renovables y no renovables, como elementos adversos asociados al cambio climático (ARNER GUERRE, A. 2013)

Es verdad, que con la aplicación de otros mecanismos de control, a los que se le han incorporado en el transcurso de estos años las técnicas de tutela ambiental, realizadas a través del control interno, la fiscalización, la inspección, la auditoría, el ordenamiento ambiental, la información y la educación ambiental le han permitido evolucionar. En especial los referidos al control ambiental, establecidos a través de la auditoría ambiental, la policía ambiental, la supervisión ambiental por parte de la Administración Pública. También se le han anexado, como otras regulaciones y herramientas la cobertura financiera con el seguro ambiental, los incentivos fiscales, la ecotributación, las tecnologías limpias y la responsabilidad objetiva.

Para ello, dentro de la ejecución de esta actividad de control, deberán quedar definidos los conceptos de economía ambiental, la persecución social del ambiente, los principios universales del Derecho Ambiental y desde el punto de vista de la generación de la contaminación, al definirse cuáles es la responsabilidad de la Naturaleza y cual por las actividades del Hombre, estos análisis permitirán actuar conforme a derecho para pagar por el daño en la evaluación realizada por los auditores de las EFS. (GALAN MADRUGA, D. 2012)

No obstante, al realizarla dentro de las empresas a los empresarios el equipo auditor tendrá que resolver las interrogantes siguientes: ¿Se deberá acatar la legislación de protección del ambiente por convicción

o por obligación?, ¿Por qué lo hacen los empresarios? ¿Todos lo hacen? ¿Por qué tiene que intervenir el Derecho Ambiental? ¿En materia de seguridad y salud laboral las empresas radicadas en el país cumplen de manera adecuada la legislación, contrario a lo que ocurre cuando estas son vendidas a empresarios extranjeros?

Lo que permitirá *up supra* hacer un análisis de cómo después de su incursión dentro del sector empresarial e industrial en las formas de gestión para crear empresas amigables o responsables con el ambiente, hoy las nuevas tendencias van en dirección al control de los recursos de la naturaleza, ante los mega daños que acontecen en el siglo XXI. (OLACEFS, 2014)

Ante esta realidad reseñada *upsupra*, apreciamos y a la vez ponderamos las palabras de sumo Pontífice de la Iglesia Católica FRANCISCO en la ONU, donde expresó y cito: ... *ante todo, hay que afirmar que existe un verdadero «derecho del ambiente» por un doble motivo. Primero, porque los seres humanos somos parte del ambiente. Vivimos en comunión con él, porque el mismo ambiente comporta límites éticos que la acción humana debe reconocer y respetar. El hombre, aun cuando está dotado de «capacidades inéditas» que «muestran una singularidad que trasciende el ámbito físico y biológico» (Laudato si', 81), es al mismo tiempo una porción de ese ambiente. Tiene un cuerpo formado por elementos físicos, químicos y biológicos, y solo puede sobrevivir y desarrollarse si el ambiente ecológico le es favorable. Cualquier daño al ambiente, por tanto, es un daño a la humanidad. Segundo, porque cada una*

de las creaturas, especialmente las vivientes, tiene un valor en sí misma, de existencia, de vida, de belleza y de interdependencia con las demás creaturas. Los cristianos, junto con las otras religiones monoteístas, creemos que el universo proviene de una decisión de amor del Creador, que permite al hombre servirse respetuosamente de la creación para el bien de sus semejantes y para gloria del Creador, pero que no puede abusar de ella y mucho menos está autorizado a destruirla. Para todas las creencias religiosas, el ambiente es un bien fundamental (cf. *ibíd.*, 81).

El abuso y la destrucción del ambiente, al mismo tiempo, van acompañados por un imparable proceso de exclusión. En efecto, un afán egoísta e ilimitado de poder y de bienestar material lleva tanto a abusar de los recursos materiales disponibles como a excluir a los débiles y con menos habilidades, ya sea por tener capacidades diferentes (discapacitados) o porque están privados de los conocimientos e instrumentos técnicos adecuados o poseen insuficiente capacidad de decisión política. La exclusión económica y social es una negación total de la fraternidad humana y un gravísimo atentado a los derechos humanos y al ambiente. Los más pobres son los que más sufren estos atentados por un triple grave motivo: son descartados por la sociedad, son al mismo tiempo obligados a vivir del descarte y deben sufrir injustamente las consecuencias del abuso del ambiente. Estos fenómenos conforman la hoy tan difundida e inconscientemente consolidada «cultura del descarte».

Lo dramático de toda esta situación de exclusión

e inequidad, con sus claras consecuencias, me lleva junto a todo el pueblo cristiano y a tantos otros a tomar conciencia también de mi grave responsabilidad al respecto, por lo cual alzo mi voz, junto a la de todos aquellos que anhelan soluciones urgentes y efectivas. La adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en la Cumbre mundial que iniciará hoy mismo, es una importante señal de esperanza. Confío también que la Conferencia de París sobre cambio climático logre acuerdos fundamentales y eficaces.

*No bastan, sin embargo, los compromisos asumidos solemnemente, aun cuando constituyen un paso necesario para las soluciones. La definición clásica de justicia a que aludí anteriormente contiene como elemento esencial una voluntad constante y perpetua: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. El mundo reclama de todos los gobernantes una voluntad efectiva, práctica, constante, de pasos concretos y medidas inmediatas, para preservar y mejorar el ambiente natural y vencer cuanto antes el fenómeno de la exclusión social y económica, con sus tristes consecuencias de trata de seres humanos, comercio de órganos y tejidos humanos, explotación sexual de niños y niñas, trabajo esclavo, incluyendo la prostitución, tráfico de drogas y de armas, terrorismo y crimen internacional organizado. Es tal la magnitud de estas situaciones y el grado de vidas inocentes que va cobrando, que hemos de evitar toda tentación de caer en un nominalismo declaracionista con efecto tranquilizador en las conciencias. Debemos cuidar que nuestras instituciones sean realmente efectivas en la lucha contra todos estos flagelos.*

La multiplicidad y complejidad de los problemas exige contar con instrumentos técnicos de medida. Esto, empero, comporta un doble peligro: limitarse al ejercicio burocrático de redactar largas enumeraciones de buenos propósitos –metas, objetivos e indicadores estadísticos–, o creer que una única solución teórica y apriorística dará respuesta a todos los desafíos. No hay que perder de vista, en ningún momento, que la acción política y económica, solo es eficaz cuando se la entiende como una actividad prudencial, guiada por un concepto perenne de justicia y que no pierde de vista en ningún momento que, antes y más allá de los planes y programas, hay mujeres y hombres concretos, iguales a los gobernantes, que viven, luchan y sufren, y que muchas veces se ven obligados a vivir miserablemente, privados de cualquier derecho.

Para que estos hombres y mujeres concretos puedan escapar de la pobreza extrema, hay que permitirles ser dignos actores de su propio destino. El desarrollo humano integral y el pleno ejercicio de la dignidad humana no pueden ser impuestos. Deben ser edificados y desplegados por cada uno, por cada familia, en comunión con los demás hombres y en una justa relación con todos los círculos en los que se desarrolla la socialidad humana –amigos, comunidades, aldeas y municipios, escuelas, empresas y sindicatos, provincias, naciones–. Esto supone y exige el derecho a la educación –también para las niñas, excluidas en algunas partes–, que se asegura en primer lugar respetando y reforzando el derecho primario de las familias a educar, y el derecho de las Iglesias y de agrupaciones sociales a

sostener y colaborar con las familias en la formación de sus hijas e hijos. La educación, así concebida, es la base para la realización de la Agenda 2030 y para recuperar el ambiente.

Al mismo tiempo, los gobernantes han de hacer todo lo posible a fin de que todos puedan tener la mínima base material y espiritual para ejercer su dignidad y para formar y mantener una familia, que es la célula primaria de cualquier desarrollo social. Ese mínimo absoluto tiene en lo material tres nombres: techo, trabajo y tierra; y un nombre en lo espiritual: libertad del espíritu, que comprende la libertad religiosa, el derecho a la educación y los otros derechos cívicos.

Por todo esto, la medida y el indicador más simple y adecuado del cumplimiento de la nueva Agenda para el desarrollo será el acceso efectivo, práctico e inmediato, para todos, a los bienes materiales y espirituales indispensables: vivienda propia, trabajo digno y debidamente remunerado, alimentación adecuada y agua potable; libertad religiosa, y más en general libertad del espíritu y educación. Al mismo tiempo, estos pilares del desarrollo humano integral tienen un fundamento común, que es el derecho a la vida y, más en general, lo que podríamos llamar el derecho a la existencia de la misma naturaleza humana.

La crisis ecológica, junto con la destrucción de buena parte de la biodiversidad, puede poner en peligro la existencia misma de la especie humana. Las nefastas consecuencias de un irresponsable desgobierno de la economía mundial, guiado solo por la ambición de lucro y de poder, deben ser un llamado a una severa

reflexión sobre el hombre: «El hombre no es solamente una libertad que él se crea por sí solo. El hombre no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza» (Benedicto XVI, Discurso al Parlamento Federal de Alemania, 22 septiembre 2011; citado en Laudato si', 6). La creación se ve perjudicada «donde nosotros mismos somos las últimas instancias [...] El derroche de la creación comienza donde no reconocemos ya ninguna instancia por encima de nosotros, sino que solo nos vemos a nosotros mismos» (Id., Discurso al Clero de la Diócesis de Bolzano-Bressanone, 6 agosto 2008; citado ibíd.). Por eso, la defensa del ambiente y la lucha contra la exclusión exigen el reconocimiento de una ley moral inscrita en la propia naturaleza humana, que comprende la distinción natural entre hombre y mujer (cf. Laudato si', 155), y el absoluto respeto de la vida en todas sus etapas y dimensiones (cf. ibíd., 123; 136).

Sin el reconocimiento de unos límites éticos naturales insalvables y sin la actuación inmediata de aquellos pilares del desarrollo humano integral, el ideal de «salvar las futuras generaciones del flagelo de la guerra» (Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo) y de «promover el progreso social y un más elevado nivel de vida en una más amplia libertad» (ibíd.) corre el riesgo de convertirse en un espejismo inalcanzable o, peor aún, en palabras vacías que sirven de excusa para cualquier abuso y corrupción, o para promover una colonización ideológica a través de la imposición de modelos y estilos de vida anómalos, extraños a la identidad de los pueblos y, en último término, irresponsables.

La guerra es la negación de todos los derechos y

una dramática agresión al ambiente. Si se quiere un verdadero desarrollo humano integral para todos, se debe continuar incansablemente con la tarea de evitar la guerra entre las naciones y entre los pueblos. (PAPA FRANCISCO, 2015)

2. La evaluación a los recursos hídricos, a la biodiversidad y el seguimiento al cambio climático, como nuevos enfoques del control ambiental por las Entidades Fiscalizadoras Superiores en América latina

El control a través de la auditoría con enfoque ambiental, aparece tras un acuerdo formal entre las EFS de la región de América Latina -OLACEFS- en los albores de este siglo XXI, lo que ha permitido a las EFS de cada país el desarrollo de la Auditoría de Gestión Ambiental en Cooperación, en la modalidad coordinada, concerniente está a la gestión ambiental en relación a la conservación y protección de los recursos naturales y el ambiente a partir del 2009.

Dicha auditoría tuvo su punto de inicio en la Amazonía en Brasil, en el período 2009-2011, y que como proyecto de cooperación fue articulado en varios países de la región, sobre un mismo objetivo, el control fiscal en la materia ambiental y del patrimonio cultural de la naturaleza, como factor que deberá generar a futuro nuevas políticas públicas en este sentido por parte de la Administración Pública con la observancia de los principios del Derecho

Ambiental -prevención, precautorio, responsabilidad, información, cooperación- por ser esta la región en el planeta con una riqueza natural y cultural de interés global, es a la vez una de las más expuestas al deterioro de los ecosistemas, tras el uso insostenible de sus recursos naturales renovables y no renovables, y de prácticas de ocupación y modificación de los suelos, que no garantizan un desarrollo sostenible que puede a futuro con la disminución de su masa boscosa al generar daños al ambiente con implicaciones globales. (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. 2015)

La misma, ha estado dirigida en sus inicios al control de los recursos hídricos y a la biodiversidad, por ser América Latina una de las regiones con un inventario importante en materia de recursos naturales, entre los que se destacan países como Brasil, Venezuela, Ecuador, Perú, Chile, Bolivia y Colombia por solo citar algunos de estos.

Es también una realidad que el cambio climático, por ser un problema con características únicas, de naturaleza global, con impactos cada vez mayores, los que serán apreciados a largo plazo, involucra interacciones complejas entre procesos naturales -fenómenos ecológicos y climáticos-, y procesos sociales, económicos y políticos a escala mundial, ha sido también uno de los objetivos para que la auditoría con enfoque ambiental evalué el cumplimiento de las políticas públicas y del cumplimiento de la legalidad por los sujetos auditados, aún sin respuestas por parte de los líderes mundiales en como tomar acciones para mitigar las consecuencias que este genera.

En una valoración del primer decenio del siglo XXI, el que deja como legado la expresión jurídica en observancia a la política ambiental en la región tal y como fuera analizados en varias etapas por BRAÑES BALLESTEROS, CAFERRATA y RINALDI, y como se expresara por BELLORIO CLABOT y LORENZETTI acerca de los paradigmas ambientales, y es el caso del desarrollo sostenible; al regularse a través de los ordenamientos jurídicos de los Estados Unidos Mexicanos en una Ley de Responsabilidad Ambiental, Ley de Fomento Ambiental y una Ley General del Cambio Climático, una Ley de Derechos de la Madre Tierra en Bolivia, una Ley de Tribunales Ambientales en Chile, y una Ley de Biodiversidad en Costa Rica, tal y como fuera señalado por CAFERRATA y LEFF en sus estudios sobre el Derecho Ambiental y de las Ciencias Ambientales. (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. 2015)

SANZ LARRUGA, también señalaba que la exitosa formulación del paradigma de la sostenibilidad -en sus diversas facetas: ambiental, social y económica- prolifera en muchos textos programáticos y estratégicos de las organizaciones internacionales y de los gobiernos nacionales, elaborados con ocasión de la presente crisis económica, nos plantea importantes problemas de interpretación jurídica cuando se pretende introducirlos acríticamente en los textos normativos en cada nación. Como también expresara: *“paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas hoy, más que nunca, se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo*

tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso, sigue existiendo una considerable incertidumbre científica sobre sus efectos sobre el medio ambiente y la salud humana”. (SANZ LARRUGA, F. 2011)

Por lo que se pondera, que en estos primeros cinco años del segundo decenio del siglo XXI, tiene su expresión jurídica en Leyes Generales del cambio climático, las que tienen por objeto garantizar el derecho a un medio ambiente sano, que permita la adaptación al cambio climático y a la mitigación de los gases y compuestos de efecto invernadero, para así poder reducir la vulnerabilidad de la población y los ecosistemas frente a los adversos del cambio climático, fomentar la educación, la investigación, el desarrollo, la transferencia de tecnologías e innovación en materia de adaptación y mitigación del cambio climático, para que permita con ello una economía competitiva, sustentable y menos contaminadora al medio ambiente, donde la empresa amigable con el ambiente tiene un rol principal en las formas de gestión estatal y no estatal. (ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. 2015)

No obstante, la situación antes apuntada, da respuestas a las acciones que desde 1979 con la 1^{era} Conferencia Internacional sobre el clima, y que para 1997 fue desarrollado el Protocolo de Kioto, donde se incluyen, por un lado, las políticas de eficiencia energética, de forestación y reforestación, agricultura sostenible, la investigación y el uso de energías renovables, así como fomentar reformas en el sector transporte y control de las emisiones del gas metano al ser generador de emergencias ambientales.

En consecuencia, se considera que hoy existen suficientes evidencias científicas que sitúan al cambio climático como el principal problema medio ambiental del siglo XXI. Señalan las consecuencias que generará como mayores riesgo de fenómenos meteorológicos extremos -inundaciones, tormentas torrenciales de gran intensidad y con mayor frecuencia, cambios en las condiciones de sequía a largo plazo en muchas regiones, olas de calor mortales, el derretimiento de los glaciares que abastecen de agua dulce a grandes centros de población, un aumento del nivel del mar que conduce a la salinización de las fuentes de la agricultura y el agua potable-

Sin embargo, esto generará graves consecuencias a la salud del hombre, por la proliferación de enfermedades infecciosas, cardiovasculares y respiratorias como factores adversos a la salud. Y qué como factor económico generará períodos prolongados de sequías con afectaciones a la agricultura, y al aumento de los precios de las producciones. En los asentamientos urbanos provocará terremotos, deslizamientos de tierras y graves inundaciones, con una elevada demanda energética como consecuencia de la ola de calor extremo, como consecuencias que ya hoy se manifiestan.

Desde estos enfoques, aparecen en este escenario las nuevas tendencias en las EFS -INTOSAI-OLACEFS- en materia de control ambiental, al ejecutarse tres tipologías de auditorías con enfoque ambiental, que trascienden del control tradicional a la

empresa y la industria ejecutado desde el pasado siglo XX, hacia la naturaleza en este nuevo siglo, estas son calificadas como: *auditoría de gestión coordinada a los recursos hídricos, la auditoría de gestión coordinada a la biodiversidad y la auditoría de seguimiento al cambio climático*, muy importantes para el desarrollo equilibrado de una nación.

Desde la perspectiva jurídica, se valora que las tres permiten de conjunto a la Administración Pública obtener información del comportamiento de las políticas públicas y el cumplimiento de la normativa ambiental, para con ello trazar estrategias que involucren a todos los actores que intervienen en la protección del medio ambiente, desarrollar nuevas tácticas, recomendaciones, campañas de fomento de la cultura ambiental, en el que participe el Estado y la ciudadanía, en observancia a los principios del Derecho Ambiental. (FAUT, G. 2013)

Donde además se pondere la asesoría técnica y científica a la Administración Pública con profesionales como Gestores Ambientales, formados en Ciencias Ambientales en el rol de Licenciados o Ingenieros, por la importancia de preservar el medio ambiente para las generaciones futuras, como meta del desarrollo sostenible al ejecutarse la auditoría por técnicos, juristas y científicos por la multidimensionalidad y transversalidad de la cuestión ambientalista. Toda vez que estos profesionales pueden actuar en el cuidado de los sistemas ambientales en atención a las problemáticas que se presentan en los ámbitos

de la gestión del recurso agua, gestión de residuos sólidos, gestión de la biodiversidad y contaminación atmosférica con actitud ética, responsable y comprometida con la conservación y mejora del medio ambiente. (TYLLER MILLAR, E. 2009) (LEFF, E. 2007).

Conclusiones

La auditoría ambiental emergió debido a la contaminación empresarial y su enfrentamiento por el Estado, su génesis fue la auditoría social. Se consolida posteriormente como acción de control practicada por las EFS y las Sociedades Mercantiles, posee una construcción jurídica a partir de estar reconocida en Convenios y Acuerdos Internacionales, ella es introducida en los derechos internos mediante los textos constitucionales, las leyes ambientales y de contralorías, brindan solidez y sustento para el desarrollo de políticas ambientales como la herramienta de gestión ambiental. Puede ser voluntaria u obligatoria y manifestarse como una actividad policía, un servicio público u actividad de fomento acorde a su ejecución y consecuencias.

La auditoría ambiental, a partir del siglo XXI, trasciende del control a la contaminación empresarial y su enfrentamiento por el Estado, hacia el control ambiental a los recursos hídricos, a la biodiversidad y al cambio climático por la pertinencia de la cuestión ambiental. Lo que permite a los auditores evaluar la observancia de las políticas públicas para garantizar

el derecho a un medio ambiente sano como meta para lograr el desarrollo sostenible, el manejo adecuado de los recursos hídricos, el manejo sustentable de la biodiversidad y la adaptación al cambio climático para las generaciones futuras.

La ejecución de la auditoría ambiental, permitirá reducir las emisiones adversas al ambiente a través de políticas y programas, que fomenten la transición hacia una economía sustentable, competitiva y de bajas emisiones en carbono, que sea inclusiva de los instrumentos de mercado, los incentivos fiscales y otras alternativas para mejorar la relación costo-eficiencia, que reduzcan los costos económicos y promueva la competitividad, la transferencia de tecnologías y el fomento del desarrollo tecnológico. Para impulsar el desarrollo y consolidación de industrias y empresas amigables con el ambiente como meta del desarrollo sostenible, evaluadas a través de las normas jurídicas como parte de las políticas públicas ambientales conocidas como paradigmas.

El hombre y el medio ambiente deberán adaptarse a las nuevas condiciones climáticas. Donde la vulnerabilidad no sólo dependerá de la sensibilidad de la Tierra, sino de su capacidad para adaptarse a las nuevas condiciones climáticas, donde la auditoría que da seguimiento al cambio climático juega un rol principal en la observancia de las políticas públicas en la materia ambiental y coadyuvará al logro del desarrollo sostenible como paradigma en este siglo XXI.

Referencias

- AA. VV., (2003) Cambio climático y salud humana, riesgos y respuestas, OMS, Ginebra.
- AA.VV., (2007) Las Ciencias Ambientales: una nueva área del conocimiento, Editorial Digiprint, Bogotá.
- AA.VV., (2011) Derechos humanos y cambio climático, serie carta de derechos emergentes, Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, España.
- AA.VV., (2014) Auditoría a la biodiversidad, OLACEFS, Brasilia.
- AA.VV., (2014) Derechos Humanos, protección medio ambiental y retos sociales, Editorial Marcial Pons, España.
- ARMISÉN CAUSARANO, J.P. (2008) Concepto, alcances y resultados actuales de la auditoría ambiental, UNAM, México.
- ARISTAZABAL OSSA, H. (2009) Auditorías ambientales, Contraloría General de Colombia, Bogotá.
- ARNER GUERRE, A. (2013) Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental, Universidad de Zaragoza, España.
- ARGANDOÑA, A. (2011) ISO 26000, Una guía para la responsabilidad social de las organizaciones en, *Cuaderno de la Cátedra de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, número 11, España.
- ALVES SILVA, L.F. (2014) Derecho Ambiental, Editorial Lumen, Brasil.
- ÁLVAREZ GONZALEZ, F. (2011) El buen vivir un paradigma anticapitalista, Editorial Adya-yala, Quito.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., (2015) Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica en, *Revista Dos Tribunais Thomson Reuters*, número 951, Brasil, Disponible en [hptt//www.thomsonreuters.com](http://www.thomsonreuters.com)
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., (2015) La auditoría ambiental practicada por la Contraloría General de la República de Cuba. Las formas de actividad administrativa en la actualización del modelo económico cubano para el futuro ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio en, *Revista Temas Socio-Jurídicos*, número 68, Bucaramanga.

- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., (2015) La auditoría ambiental, nexo con la empresa amigable con el ambiente. Desarrollo sostenible en, *Revista de Auditoría Pública*, Órganos Autonómicos de Control Público, número 65, Universidad de Navarra.
- BOWEN, H. (1953) La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes, Estados Unidos de América.
- BRACAMONTES ALDANA, J. (1994) Marco legal de las auditorías ambientales en el mundo. La protección ambiental con la combinación de legislación, regulación y políticas voluntarias a la industria, UNAM, México.
- BELLORIO CLABOT, D., (2004) Tratado de Derecho Ambiental, tomo III, 1^{era} edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- BIFARETTI, M., (2008) La importancia de los costos ambientales en el sistema de información contable” en, *Revista de Contabilidad y Auditoría*, Argentina.
- BERNAL PEDRAZA, A.Y. (2009) Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- BELMONTE MARTIN, I. (2009) La Ecoauditoría: un instrumento para la defensa del medio ambiente, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche*, España.
- BOTERO VILLEGAS, R. (2010) Marco Legal del Control Fiscal Ambiental, Contraloría General de Colombia, Bogotá.
- BONEL COLMENERO, R., (2010) El protocolo de Kioto y la tributación ambiental, Real Centro Universitario, San Lorenzo del Escorial.
- BURDYSHAW, C. (2011) Experiencia de otros Tribunales Ambientales en el mundo” en, *Revista Justicia Ambiental FIMA*, número 4, Chile.
- BASURTO GONZÁLEZ, D. (2012) Responsabilidad Social y Ambiental en las Empresas en, *Revista Política y Gestión Empresarial*, México.
- BELLORIO CLABOT, D., (2013) El nuevo paradigma ambiental y jurídico en, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, España.
- BRAÑES BALLESTEROS, R., Informe del Derecho Ambiental Latinoamericano en, *Revista PNUMA*, México D.F., Disponible en <http://www.rolac.unep.mx>. (Consultada el 4 de marzo 2013).

- FAUT, G. (2013) Una reflexión sobre los nuevos derechos. Perspectivas y desafíos para el siglo XXI en, *Revista de Derecho PUCP*, número 70, España.
- FERNÁNDEZ DE GATTA, D. (2004) La responsabilidad social corporativa en materia ambiental en, *Boletín económico ICE*, España.
- FERNANDEZ GONZALES, E. (2008) Responsabilidad empresarial ambiental en la gestión de los recursos naturales y cuencas hidrográficas en Costa Rica en, *Revista Recursos Naturales y Ambiente*, número 56, México.
- CARMONA LARA, M. (2005) Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México, UNAM, México.
- CAFFERATA, N. A. (2008) Naturaleza jurídica del Derecho Ambiental, Editorial INE- Semarnat, México.
- CAFERRATA, N. A. (2010) Principios del Derecho Ambiental, Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina.
- CALDERÓN BERTHENEUF, J. (2011) La Auditoría Ambiental en México, Editorial PROFEPA, México.
- CAFERRATA, N. A. (2013) Derecho Ambiental Latinoamericano en, VII Jornadas Internacionales sobre Medio Ambiente, Salta.
- CONVENCION MARCO SOBRE EL CAMBIO CLIMATICO, (2014), ONU.
- CONTEMA-OLACEFS (2014) Informe regional de auditoría coordinada a los recursos hídricos en América Latina, Brasil.
- CONTEMA-OLACEFS(2011) Implementación de los compromisos asumidos en la convención marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático, Auditoría coordinada de gestión, Brasil.
- CUEVAS MORENO, R. (2011) Las dimensiones de la RSE de las empresas en, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, Universidad de Quebec, Montreal.
- FRONTI DE GARCÍA, L. (2003) La auditoría ambiental, un nuevo enfoque profesional en, *Revista contabilidad y auditoría*, número 18, Argentina.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., (2010) La inspección ambiental estatal en, *Revista del Medio Ambiente y la Administración Local*, España.
- FIX-ZAMUDIO, H., (2010) Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica en, *Revista Ciencias Jurídicas*, UNAM, México.

- FERNANDEZ ZAYAS, J., (2011) La investigación y desarrollo, nuevos paradigmas en la empresa en, *Boletín II: Energía e industria*, México.
- GONZÁLEZ MALAXECHAVARRÍA, Á., (1997) La auditoría ambiental, su evolución histórica en, *Revista del Colegio de Auditores*, España.
- GEIGER, S. (2012) Paradigmas ambientales y conductas sustentables: diferencias entre activistas ambientales y población general en, *Revista Acta académica*, Buenos Aires.
- LEFF, E. (2000). Auditorías Ambientales. II Curso Internacional de Aspectos Geológicos de Protección Ambiental. Departamento de Engenharia de Minas, Escola Politécnica da Universidade de Sao Paulo. Disponible en <http://www.unesco.org/uy/geo/campinaspdf/6auditorias.pdf>
- LEFF, E., (2009) Educación ambiental y desarrollo sustentable, Universidad de Alicante, España.
- LEE, H. (1998) Manual de auditoría medio ambiental. Higiene y seguridad, 2^{da} edición, Editorial McGraw-Hill, Estados Unidos de América.
- LOPERENA ROTA, D. (2003), Desarrollo sostenible y globalización, Editorial Thomson-Aranzadi, Argentina.
- LOZANO CUTANDA, B. (2003) Manual de Derecho Ambiental Administrativo, 3^{era} edición, Editorial Dykinson, España.
- LORENZETTI, R. (2008) Teoría del Derecho Ambiental, 1^{era} edición, Editorial Porrúa, México.
- LORENZO, T. (2009) Auditoría Ambiental voluntaria. Marco jurídico ambiental de la empresa en, *Revista Novedades y perspectivas*, México.
- JAQUENOD DE ZSOGON, S. (2004) Derecho Ambiental, Editorial Dykinson, España.
- GORDILLO, A., (2006) Tratado de Derecho Administrativo, relaciones del ambiente y el derecho de los recursos naturales, tomo I, Editorial Iustel, Argentina.
- GÓMEZ GARCÍA, L. (2011) La Auditoría Ambiental ¿voluntaria u obligatoria? en, *Revista Derecho Ambiental y Ecología*, México.
- GONZALEZ RODRIGUEZ, C. (2011) Empresas socialmente responsables y mercado verde internacional en, *Revista Economía Informa*, número 366, UNAM, México.

- GALÁN MADRUGA, D., (2012) Cambio climático, perspectivas futuras en, *Revista Observatorio Ambiental*, España.
- JORDANO FRAGA, J. (2010) Viejos y Nuevos retos de la Evaluación de Impacto Ambiental en, *Revista Derecho y Medio Ambiente*, España.
- JUSTÉ RUIZ, J. (2012) Hacia un convenio mundial sobre las evaluaciones ambientales en, *Revista Aranzadi*, número 23, España.
- MARTÍN MATEO, R. (1991) Tratado de Derecho Ambiental, volumen I, 1^{era} edición, Editorial Trivium S.A., España.
- MARTÍN MATEO, R., (1993) El hombre: una especie en peligro, Editorial Campomanes, España.
- MÉNDEZ GUTIERREZ DEL VALLE, R. (2009) Teoría de las Revoluciones Industriales, Ministerio de Fomento, España.
- MURAD ROBLES, P., (2009) La auditoría ambiental voluntaria, concepto, antecedentes, fundamentación jurídica y evaluación, Editorial Porrúa, México.
- MEJÍA HENRY, A. (2010) La responsabilidad por daños al ambiente en, *Revista de Derecho*, El Salvador.
- MORA RUIZ, M. (2012) Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: Transformaciones en el Derecho Administrativo general en, *Revista Derecho y Conocimiento*, España.
- MILÁN, N. (2011) Tesis de Maestría: Responsabilidad social y medio ambiente. El rol del Estado, Universidad FLACSO, Ecuador.
- NOGUEIRA LOPEZ, A., (1997) Tesis doctoral Régimen jurídico de la auditoría ambiental, Universidad Santiago de Compostela, España.
- SANCHEZ MORON, M. (2010) Derecho Administrativo, 6^{ta} edición, Editorial Tecnos, España.
- SANZ LARRUGA, F. (2011) Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible en, VI Congreso de la Asociación de profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca.
- PAPA FRANCISCO, (2015) Discurso pronuncia en la ONU: La guerra es la negación de todos los derechos.

- PNUMA-ONU, (1995) Cumbre Mundial del medio ambiente, Problemas ambientales mundiales, Brasil.
- PNUMA-ONU, (2005) Auditoría ambiental: evolución histórica y su entorno político institucional.
- PÁEZ SANDUBETE, J. (2008) La auditoría medio ambiental en la Unión Europea, una perspectiva contable en, *Revista Contable*, España.
- PAZ CASTRO, L. (2010) El cambio climático y sus consecuencias para Cuba, Instituto de Meteorología, La Habana.
- PASSOS DE FREITAS, V. (2007) Los tribunales verdes en, *Revista de Derecho Ambiental* Abeledo Perrot S.A., número 9, Argentina.
- PICHS MADRUGA, R. (2008) Cambio Climático Globalización y Subdesarrollo, Editorial Científico-Técnica, La Habana.
- PÉREZ MORENO, A. (2011) Instrumentos de la tutela ambiental, Universidad de Sevilla.
- PNUMA-ONU, (2013) Constituciones y Leyes Marco o Generales del Ambiente.
- PNUMA-ONU, (2013) El constitucionalismo en América Latina con la práctica democrática y la participación ciudadana.
- ROJAS OROZCO, C. (2012) El desarrollo sustentable, nuevo paradigma de la Administración Pública en, *Revista de Administración Pública*, Chile.
- ROMAN, L. (2013) La auditoría ambiental es una nueva propuesta para el control de la diversidad biológica en, *Revista Instituto de Altos Estudios del Control Fiscal y Auditor del Estado*, Venezuela.
- RINALDI, G. (2013) Estudios sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y Caribeño en, PNUMA-ONU.
- OLACEFS, (2009) Memorando de entendimiento para la auditoría de gestión ambiental en cooperación, modalidad coordinada, para la región del Amazonía, Venezuela.
- OBREGON SÁNCHEZ, C., (2012) La responsabilidad ambiental de las empresas en, *Revista de Administración Pública*, número 4, Colombia.
- OLACEFS, (2014) Informe regional de América Latina sobre la auditoría coordinada a los recursos hídricos, CONTEMA.
- OLACEFS, (2014) Pasivos ambientales como efecto de la destrucción de la Biodiversidad.

- OLACEFS, (2014) Auditoría coordinada de Biodiversidad, Brasil.
- INTOSAI, EFS-ONU, (2012) Auditoría del medio ambiente. Retos presentes y futuros en, *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, Brasil.
- INTOSAI-ONU, (2012) Los retos presentes y futuros de la auditoría ambiental en el mundo en, *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, Brasil.
- SOTO HUANCA, R. (2010) La Auditoría Ambiental y su proceso en el contexto de la auditoría integral en, *Revista Ciencia y Desarrollo*, España.
- SALES DE FREITAS, J. (2013) Auditoría Externa Ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente en, *Revista De Jure*, número 20, Brasil.
- ROJAS OROZCO, C., (2012) El desarrollo sustentable, nuevo paradigma de la Administración Pública en, *Revista de Administración Pública*, Chile.
- RIOS GUAL, J. (2006) Auditorías del medio ambiente en el mundo empresarial en, *Revista Management & Empresa*, Brasil.
- QUIRÓLA SUÁREZ, D., (2009) Sumak Kaway. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza, Editorial Abya - Yala, Ecuador.
- VILLAFANE, L. (2012) Correlación entre el principio precautorio y la responsabilidad social empresarial, Universidad de Misiones, Argentina.
- VÁSQUEZ, J., (2009) Derecho al medio ambiente como un derecho humano en, Programa regional de capacitación y políticas ambientales, Universidad Nacional de Colombia.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, J. (2014), Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental en, *Revista de Derecho Público*, número 80, Chile.
- VAN LEEUWEN, S. (2013) El desarrollo de la auditoría ambiental dentro de la INTOSAI en, *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, volumen 30, número 1, Estados Unidos de América.
- VEGA, F. (2014) El buen vivir sumak kawsay en la constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador en, *Revista de Ciencias Sociales OBETS*, volumen 9, número 1, España.
- WOLISKY, J., (2012) La auditoría integral y ambiental, Editorial Buyatti, Argentina, 2012.

Direito fundamental à garantia de emprego: uma análise sobre a ausência de regulamentação do dispositivo constitucional que o abriga

*Fundamental right
to employment guarantee:
an analysis about the lack of
regulation for the constitutional
text that embraces it*

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2015

Aline Carneiro Magalhães

Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Linha de Pesquisa: Direito do Trabalho, modernidade e democracia. Professora do Curso de Direito da Faculdade Governador Ozanam Coelho, Ubá-MG. Advogada.

Roberta Freitas Guerra

Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Linha de Pesquisa: Direito do Trabalho, modernidade e democracia. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa, Viçosa-MG. Advogada. Bolsista CAPES.

Resumo

O período de debates e votação da Constituição brasileira de 1988 foi marcado, de um lado, pela luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e, de outro, pela resistência patronal aos avanços sociais. O resultado deste embate foi a previsão, em seu art. 7º, I, da garantia de emprego contra a dispensa imotivada, norma esta que, embora ainda carente de regulamentação, impediu a ratificação pelo Brasil da Convenção nº 158 da OIT.

Palavras-chave

Direito fundamental à garantia de emprego; Regulamentação do artigo 7º, inciso I da Constituição brasileira de 1988; Convenção nº 158 da OIT.

Abstract

Brazilian Constitution of 1988 debates and voting period was marked, on one hand, by workers struggle for better working conditions and, on the other, by the patronal resistance to social progress. The result of this clash was the prediction of the employment guarantee against unfair dismissal in article 7, I, which, despite still without regulation, prevented the internal ratification of ILO Convention No. 158.

Keywords

Fundamental right to employment guarantee; Regulation of article 7, I of the Brazilian Constitution of 1988; ILO Convention No. 158.

Sumário

Introdução. 1. O Direito do Trabalho como direito humano fundamental promotor do princípio da dignidade humana e instrumento de melhoria da condição social do obreiro. 2. O direito à garantia de emprego sob a perspectiva histórica. 3. Os princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego. 4. A Convenção nº 158 da OIT: conteúdo, denúncia e (in) compatibilidade com o art. 7º, I, da CR/88. 5. Repercussões da falta de regulamentação do direito à garantia de emprego: perspectiva obreira, patronal e governamental. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

Da emergência e desenvolvimento da sociedade industrial, aliados à existência de trabalho livre e assalariado, surgiu uma relação que interligava o homem ao sistema produtivo, denominada relação de emprego.

Junto com esta relação, a partir, de um lado, das reivindicações dos trabalhadores, identificados paulatinamente como uma classe representada por sindicatos, que reivindicava melhores condições de trabalho e, de outro, da conscientização dos empregadores da necessidade de ceder parcialmente às pressões e conceder melhorias mínimas de trabalho, sob pena de ver o sistema ruir, surge o Direito do Trabalho.

Este ramo específico do Direito foi estruturado a partir do princípio da proteção, sempre visando atenuar, no plano jurídico, a desigualdade fática inerente à relação entre empregado e empregador.

Com a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) neste mesmo ano, o Direito do Trabalho passa por um processo de constitucionalização e internacionalização que lhe confere mais força.

Paralelamente, neste período, a industrialização no Brasil ainda era pontual e incipiente. Como o trabalho livre é um dos pressupostos para a existência e desenvolvimento da relação de emprego e, consequentemente, do Direito do Trabalho, e em nosso território esse requisito era algo recém-conquistado, por meio da Lei Áurea de 1888, acabou sendo tardio o desenvolvimento das indústrias em solo nacional.

Nesta época, a legislação trabalhista pátria se caracterizava por manifestações esparsas e singelas, o que perdurou até a década de 1930.

Por volta de 1935, com uma intensa atividade administrativa e legislativa do Estado autoritário e corporativista, mas sensível à questão social, o Direito do Trabalho entra na fase de institucionalização, sendo as normas trabalhistas agrupadas em um diploma único, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o que ocorreu em 1943.

Nas décadas subsequentes, o modelo juslaboral posto não é alterado de maneira significativa. Ele se manteve praticamente intocado de 1930 a 1945. Na fase democrática, que compreendeu os anos de 1945 a 1964, não houve modificações relevantes, tampouco, durante o regime militar implantado em 1964.

Após meados da década 1980, ele começou a sofrer seu mais substancial questionamento, sendo objeto de debates e votações constituintes a partir de 1987, que resultaram na Constituição da República de 1988 (CR/88), marco de reafirmação e valorização do Direito do Trabalho no país.

Este ramo especial do Direito, agora alçado ao patamar de direito fundamental constitucionalmente garantido, estava diante de uma nova fase, regido por normas que davam ênfase à melhoria da condição social do trabalhador.

É neste contexto que é redigido o texto do art. 7º, inciso I, da CR/88, que prevê a garantia de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, na mesma linha protetiva da Convenção n° 158 da OIT, de 1982.

Entretanto, logo após a promulgação da CR/88, fortalece-se no país, em âmbito oficial e nos meios privados de opinião pública, um pensamento denominado neoliberal, disseminado mundialmente, baseado, dentre outras premissas, na desestruturação das normas trabalhistas taxadas de rígidas e prejudiciais ao desenvolvimento econômico.

Esse momento foi marcado pelo discurso patronal de cunho flexibilizatório e desregulamentador que persiste até os dias atuais.

Um dos maiores alvos de ataque da nova política neoliberal foi o direito à garantia de emprego, que passou por momentos de efetivação e negação.

Isto porque, de um lado, o art. 7º, I, da CR/88 estabelece que lei complementar posterior deve regulamentar seu dispositivo.

De outro lado, a convenção nº 158 da OIT, que trata do mesmo assunto, aprovada pelo Congresso Nacional em 16/09/92 e promulgada em 11/04/96, foi denunciada pelo Poder Executivo em 20/11/96, deixando a Convenção de ter vigência em nosso ordenamento a partir de 20/11/97.

Muitos questionamentos foram feitos acerca da denúncia, em especial pela não observância do prazo e procedimentos corretos para sua realização. A insurgência chegou a ser realizada através da interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn).

Em meio à falta de regulamentação do art. 7º, I, da CR/88 e da denúncia da Convenção nº 158 da CLT, continua o obreiro sujeito a dispensas imotivadas, que colocam fim a seu vínculo de emprego sem qualquer

justificativa, não tendo ele mínimas garantias da continuidade da sua relação empregatícia.

A garantia de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa acaba sendo uma promessa não cumprida, perdurando na prática laboral a facilidade jurídica conferida aos empregadores de dispensarem seus empregados.

Esta facilidade implica na imensa rotatividade de mão-de-obra, que, além de impulsionar o desemprego, favorece a insegurança nas relações trabalhistas, fragilizando a situação do trabalhador, em especial em um contexto de flexibilização, precarização e desregulamentação. A mesma rotatividade gera gastos consideráveis para as empresas, especificamente com recrutamento, treinamento e período de adaptação do novo funcionário.

A ausência de uma garantia no emprego gera, muitas vezes, a submissão do obreiro a condições de labor divorciadas do padrão mínimo estabelecido por lei, com jornadas extenuantes, baixa remuneração, exercício de atividade em ambientes em que não há o cumprimento de normas de saúde e segurança, ausência de intervalos, dentre outros problemas.

Nesta ordem de ideias passamos a analisar, no presente trabalho, o direito fundamental à garantia de emprego, partindo do estudo do Direito do Trabalho como direito fundamental capaz de promover o princípio da dignidade humana e gerar a melhoria das condições de vida dos obreiros, passando pela história do direito à garantia de emprego, pelos princípios da proteção e continuidade da relação de emprego, pela

Convenção n° 158 da OIT, pelo tratamento ao tema em outros ordenamentos jurídicos e por algumas repercussões no mundo do trabalho da regulamentação do art. 7º, I, da CR/88, sob o ponto de vista obreiro e patronal.

1. O Direito do Trabalho como direito humano fundamental promotor do princípio da dignidade humana e instrumento de melhoria da condição social do obreiro

Em face das atrocidades cometidas contra o homem, em especial, decorrentes das grandes guerras, viu-se a necessidade de se reconhecer a dignidade humana como um valor e um princípio fundamental.

Este valor foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, documento que reconheceu a dignidade humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. No plano constitucional, a Alemanha, em 1949, foi a primeira a reconhecer a dignidade da pessoa como núcleo dos direitos fundamentais do cidadão (LEDUR, 1998).

A Constituição brasileira de 1998 deixou claro ser a dignidade humana o princípio e o fim maior de todo o ordenamento jurídico. No entanto, já em 1946, a Norma Fundamental fazia referência à dignidade, que, estava diretamente vinculada ao trabalho¹. Segundo Ledur (1998, p.24), “a primeira forma de referência à dignidade humana em texto constitucional brasileiro ocorreu de forma associada ao trabalho”.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Direito fundamental à garantia de emprego: uma análise sobre a ausência de regulamentação do dispositivo constitucional que o abriga - pp. 221-266

MAGALHÃES A. C. / GUERRA R. F.

Nesta ordem de ideias, mostra-se, a dignidade humana, como centro dos direitos humanos fundamentais, encontrando no trabalho um dos meios de sua efetivação.

Entretanto, não é qualquer trabalho que confere dignidade à pessoa, mas sim, aquele exercido nos moldes da legislação especial que tem por finalidade a melhoria das condições de vida e da pactuação da força de trabalho e a inserção socioeconômica de parte significativa da população que carece de riqueza material acumulada e que, por este motivo, vive do seu próprio trabalho².

O Direito do Trabalho é o ramo do Direito que tem como objeto central a promoção da dignidade do trabalhador, através de normas que possibilitem a melhoria da sua condição social e confirmam um “patamar civilizatório mínimo”³. É ele também o responsável pela distribuição mais equânime dos proventos decorrentes dos avanços tecnológicos e do capitalismo.

O Direito do Trabalho permite que o labor exercido proporcione condições melhores de vida e desenvolvimento para o ser humano, promovendo a sua dignidade, sendo, assim, uma das maiores expressões dos Direitos Humanos Fundamentais.

Assim, os Direitos Humanos Fundamentais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito do Trabalho e o trabalho, mostram-se umbilicalmente interligados.

A partir do momento em que o princípio da dignidade da pessoa humana se torna o eixo central dos Direitos Humanos, se mostra, o Direito do Trabalho,

como um dos instrumentos mais adequados para promovê-lo⁴.

É por meio do trabalho prestado com respeito ao Direito do Trabalho que a maioria das pessoas, destituídas de riqueza, têm a oportunidade de, além de prover seu sustento próprio e o de sua família, melhorar a sua condição de vida.

É através dele que se pode prover uma educação e saúde de melhor qualidade, adquirir bens de consumo, ocupar um espaço socialmente reconhecido, realizar projetos e, conseqüentemente, desfrutar de um padrão de vida digno e humano.

O Direito do Trabalho humaniza o capitalismo e permite a inserção do indivíduo na sociedade mediante a partilha de ganhos decorrentes deste sistema. Segundo Maurício Godinho Delgado:

Esse padrão básico de dignidade social, econômica e profissional é, na sociedade capitalista, conferido, classicamente, à maioria das pessoas pelo Direito do Trabalho. A história do capitalismo ocidental demonstra que não se criou ainda neste sistema de desigualdade melhor padrão de inserção da grande massa dos indivíduos no mercado econômico senão por meio da norma justralhista, do Direito do Trabalho (DELGADO, 2004, p.375).

Complementa o autor dizendo que, por meio de um rol de normas tuitivas, é possível se fazer justiça social e distribuição de renda:

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Direito fundamental à garantia de emprego: uma análise sobre a ausência de regulamentação do dispositivo constitucional que o abriga - pp. 221-266

MAGALHÃES A. C. / GUERRA R. F.

[...] é pela norma jurídica trabalhista, interven-tora no contrato de emprego, que a sociedade capitalista, estruturalmente desigual, consegue realizar certo padrão genérico de justiça social, distribuindo a um número significativo de indivíduos (os empregados), em alguma medida, ganhos do sistema econômico (DELGADO, 2004, p.122).

De acordo com Ledur (1998, p.167), “o direito a um posto de trabalho, com remuneração condigna, constitui condição *sine qua non* para que a imensa maioria dos indivíduos possa exercer o direito fundamental que está no princípio de todos, o direito à própria vida”, e, acrescente-se, um posto de trabalho onde haja a fruição de Direitos Trabalhistas, que cerque o trabalhador de garantias que lhe permitam viver dignamente.

O mesmo autor assevera que “[...] somente na medida em que as pessoas puderem prover dignamente a seu sustento e ao de sua família, estarão aptas a influírem decisivamente na conformação do seu espaço vital” (LEDUR, 1998, p.96), o que nos faz concluir que o exercício dos direitos fundamentais depende da existência de uma vida digna, que é alcançada por meio do trabalho resguardado pelo Direito Laboral. “A existência digna está intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano. Assim, a dignidade da pessoa humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada” (LEDUR, 1998, p.95), valorização esta que é alcançada por meio do cumprimento, aprimoramento e efetividade das normas trabalhistas.

Nesta ordem de ideias, aduz Maurício Godinho Delgado que:

O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética (DELGADO, 2004, p.36).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 23, preceitua que “toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana”, e, esta remuneração é alcançada com a fruição dos direitos trabalhistas.

Segundo Ledur (1998, p.91) “o Direito é uma ciência normativa e social. Deve, em consequência, recolher na realidade normativa a fonte inspiradora para dar à dignidade da pessoa humana o conteúdo reclamado”, assim, o Direito do Trabalho infere da realidade o importante papel que o trabalho exerce na sociedade e se ocupa de protegê-lo, promovendo a dignidade da pessoa humana e, por consequência, os direitos humanos⁵.

Analisando o passado, que não raro se repete no presente, podemos observar a superexploração, a miséria e a exclusão decorrente de um contexto em que parte dos atores sociais defendia a não incidência das normas trabalhistas.

A flexibilização, desregulamentação e primazia da autonomia da vontade entre partes desiguais geram deletérios efeitos na sociedade, pois, o trabalho e o Direito do Trabalho deixam de cumprir com o seu papel⁶.

Já dizia o pensador e religioso francês Lacordaire no século XIX, que “entre o forte e o fraco, entre o rico e pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta” (LACORDAIRE *apud* VILLELA, 2013, p.8). O Direito do Trabalho, nesta toada, é imprescindível para a existência de uma vida digna segundo os ditames dos Direitos Humanos Fundamentais.

Assim, a regulamentação dos direitos trabalhistas previstos na Constituição passa a ser uma máxima de extrema importância.

Assevera José Luiz Quadros de Magalhães (2000, p.15) que “muitas características da sociedade romana estão ainda presentes entre nós, mais notadamente, a existência de valores que colocam o patrimônio privado em escala valorativa maior do que a própria vida humana”.

Neste sentido pode-se observar uma retomada da prevalência do individualismo, materialismo e da busca incessante pelo lucro em detrimento das questões sociais, temática condizente com a discussão entre empregadores e empregados acerca da regulamentação do direito à garantia no emprego. As crises econômicas, o desemprego em massa e as pressões financeiras mundiais são resultado deste contexto.

A efetividade e regulamentação dos direitos trabalhistas aparecem como uma alternativa para humanizar esse sistema, pois, como se buscou demonstrar, é

o Direito do Trabalho que qualifica a relação empregatícia como um dos melhores instrumentos de realização da Dignidade da Pessoa Humana e de Direitos Humanos Fundamentais.

O caráter tuitivo do Direito do Trabalho, a sua capacidade de distribuir renda, sua feição de ação afirmativa e todos os benefícios decorrentes de um trabalho prestado sob o seu manto são capazes de gerar uma sociedade mais justa, humana e solidária.

Afinal, segundo nos coloca Comparato (2001, p.57), é necessário haver uma “consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância”. Daí dever a dignidade humana do trabalhador, como valor elevado que é, ser respeitada e concretizada via Direito do Trabalho.

2. O direito à garantia de emprego sob a perspectiva histórica

Logo no período inicial de criação do Direito do Trabalho no Brasil, época da incipiente industrialização no país, já existia a figura da garantia no emprego.

Ela surgiu na esfera previdenciária e visava fixar o trabalhador no emprego como meio de financiamento das contribuições e benefícios da seguridade. De acordo com Andréa Vasconcellos, a estabilidade:

[...] inicialmente esteve relacionada às leis que regulamentavam as caixas de pensões e os institutos de previdência. Havia a necessidade de suprimento de fundos às instituições de previdência social, e a permanência no emprego proporcionava uma base segura para a continuidade das contribuições. De fato, dois elementos são de suma importância ao seguro social: o número de beneficiários e sua permanência na empresa (VASCONCELLOS, 2010, p.33).

A Lei Elói Chaves (Lei nº 4.682, de 1923), que criou a Caixa de Aposentadoria e Pensão dos Ferroviários, garantiu estabilidade aos empregados desta categoria após dez anos de permanência no serviço.

Em 1935, a estabilidade deixou de ligar-se à previdência, passando a constar na Lei nº 62, que tratava do contrato de trabalho.

As Constituições de 1937, 1946 e 1967 consagraram expressamente a estabilidade e, no mesmo sentido, a CLT, dos artigos 492 a 500, em harmonia com os princípios trabalhistas da proteção e da continuidade da relação de emprego. A norma jurídica valorizava a permanência do vínculo empregatício em face dos benefícios que gerava.

De acordo com a lei, o empregado que contasse com mais de dez anos de serviço na mesma empresa era considerado estável, podendo ser dispensado apenas por motivo de falta grave ou por circunstâncias de força maior devidamente comprovadas.

Antes de completados os dez anos, a dispensa

imotivada se tornava mais onerosa proporcionalmente ao tempo de serviço, sendo devida ao obreiro uma indenização, calculada à base da maior remuneração do trabalhador por ano contratual ou fração igual ou superior a seis meses. “Ainda que fosse viável, juridicamente, o exercício potestativo da prerrogativa de rompimento unilateral do contrato (antes de dez anos ou nove, segundo a jurisprudência), tal exercício era, do ponto de vista econômico, fortemente restringido” (DELGADO, 2009, p.1138).

De acordo com a doutrina⁷, o sistema tradicional da estabilidade decenal⁸ promovia tanto a integração do trabalhador na empresa, quanto o princípio da continuidade da relação de emprego na medida em que restringia ou tornava economicamente desvantajoso o exercício do poder diretivo patronal para colocar fim ao contrato de trabalho.

Entretanto, a norma em questão sempre fora objeto de muitas críticas, ao argumento de que era extremamente rígida e não contemplava, como fatores justificadores da dispensa, circunstâncias econômicas, financeiras e tecnológicas que, comprovadamente, afetassem a dinâmica e a estrutura empresarial.

Como resultado da insatisfação patronal, foi criado, em 1966, o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

Tais críticas encontraram cenário político ideal para vicejarem no regime autoritário instaurado no país em 1964. Exponenciadas pelo discurso oficial do novo regime, harmônico a uma políti-

ca econômica de franco cunho neoliberal, e pelo silêncio cirurgicamente imposto às vozes e forças adversas, essas críticas encontraram fórmula jurídica alternativa ao sistema celetista combatido – o mecanismo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (DELGADO, 2009, p.1139).

O sistema do Fundo de Garantia surgiu para funcionar como um sistema alternativo ao da estabilidade decenal, cabendo ao trabalhador escolher a qual deles aderir no momento de celebração do contrato de trabalho.

Optando o trabalhador pelo sistema do Fundo de Garantia, teria, o mesmo, o direito a depósitos mensais em sua conta vinculada, no importe de 8% (oito por cento) sobre o seu complexo salarial mensal e, quando da dispensa imotivada, a uma indenização no importe de 10% (dez por cento) do montante total do FGTS depositado pelo seu empregador e corrigido monetariamente, além da possibilidade de sacar o valor constante na sua conta. Esta opção excluía o obreiro do sistema da estabilidade decenal e da indenização crescente proporcional ao tempo de serviço.

O modelo reduziu o obstáculo econômico à ruptura contratual, facilitando a dispensa imotivada, aproximando, neste aspecto, o mercado de trabalho brasileiro de um mercado do tipo liberal (DELGADO, 2009, p.1141).

Com a CR/88, colocou-se fim à dualidade de regimes, sendo universalizado o FGTS para todo o mercado de trabalho e revogada tacitamente a estabilidade decenal.

Entretanto, a mesma norma constitucional trouxe diretriz nova sobre a garantia de emprego, em verdadeira promoção ao trabalhador e aos princípios da dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, proteção e continuidade da relação de emprego. Para Maurício Godinho Delgado:

[...]a universalização do FGTS e revogação do antigo sistema estabilitário e de garantia do tempo de serviço da CLT poderiam fazer crer que a Carta Magna tivesse feito inequívoca opção política por um sistema do tipo liberal, isto é, um sistema não regulado, no tocante à dinâmica da continuidade e cessação dos contratos de trabalho no país. Esta conclusão não seria correta, entretanto, uma vez que a mesma Constituição trouxe [...] diretriz instigadora da busca de novo sistema de regulação das rupturas contratuais por ato empresarial (DELGADO, 2009, p.1141).

Tal diretriz está insculpida no texto do art. 7º, I, da CR/88, segundo o qual “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Paralelamente, registre-se acerca da norma do art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que, para compensar a ausência de regulamentação do citado art. 7º, I, da CR/88, majorou a multa do FGTS de 10% (dez por cento) para 40% (qua-

renta por cento) quando das dispensas imotivadas. Segundo o seu texto, “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição, “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no Art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”⁹.

Na mesma linha de proteção à manutenção do emprego, com o encarecimento da dispensa sem justa causa, a Constituição ainda criou, em seu inciso XXI, a figura do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo este regulamentado em outubro de 2011, através da Lei nº 12.506¹⁰.

Ao que nos parece, da análise dos textos dos dispositivos constitucionais citados, o Legislador Constituinte Originário buscou compatibilizar o direito à garantia de emprego com o direito ao FGTS, trazendo um novo enfoque à ótica estritamente individualista e antissocial, que defende a dispensa do empregado como direito potestativo empresarial, reafirmando, com isso, o primado conferido ao trabalho e o valor social deste enquanto instrumento de promoção da dignidade humana.

3. Os princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego

Dentre os diversos conceitos para o vocábulo *princípio*, pode o mesmo ser definido como aquilo que é tomado ou como ponto de partida e base sobre a qual se estrutura um conhecimento teórico e ou sobre que se constitui um sistema pragmático regulador de ações

racionalmente voltadas para fins (MARÇAL, 2007). E complementa o autor dizendo que:

Princípio, assim, denota uma relação de procedência ou de derivação entre elementos de uma totalidade ou sistema e é apresentado em uma formulação lingüística [sic] bem estruturada sintática, semântica e pragmaticamente. No âmbito do conhecimento teórico, o enunciado principiológico simultaneamente apresenta, correlaciona e integra, operacionalmente, elementos fundamentais do conhecimento em questão. No âmbito prático do agir, o enunciado principiológico se apresenta como um comando que regula ações e comportamentos (MARÇAL, 2007, p.87).

Sobre o tema, especificamente na seara laboral, assevera Américo Plá Rodriguez que:

[...] São enunciados básicos que contemplam, abrangem, compreendem uma série indefinida de situações. Um princípio é algo mais geral do que uma norma porque serve para inspirá-la, para entendê-la e para supri-la. E cumpre essa missão relativamente a número indeterminado de normas. Diz-se que constitui a base geral onde repousa o ordenamento, um sentido da legislação, uma orientação recorrente nela, que se reflete em uma pluralidade de disposições. Por isso se fala de princípios básicos ou fundamentais, porque servem de cimento a toda a estru-

tura jurídico-normativa laboral (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p.16).

O Direito do Trabalho nasce da existência de uma desigualdade entre os sujeitos da relação de emprego, o que justifica um ramo jurídico especializado para, no plano legal, tentar equilibrar a diferença social e econômica existente no plano fático entre empregado e empregador. Alice Monteiro de Barros, citando Salvatore Hernandez, aduz que o Direito do Trabalho:

[...] é um todo centralizado no princípio da tutela compensatória ao trabalhador subordinado, que consiste num conjunto de normas estabelecidas para contrabalançar a posição superior do empregador não apenas de fato, mas também juridicamente reconhecida e normativamente sustentada (HERNANDEZ *apud* BARROS, 2009, p.180).

O Direito do Trabalho é “um direito especial, que se distingue do direito comum, especialmente porque, enquanto o segundo supõe a igualdade das partes, o primeiro pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades” (DEVEALI *apud* SÜSSEKIND *et al.*, 2005, p.144).

Este ramo do Direito se estrutura a partir de um núcleo basilar de princípios peculiares que têm por finalidade precípua a proteção do trabalhador, parte hipossuficiente da relação, para tentar minimizar a sua desigualdade frente ao empregador.

Este conjunto fundamental é formado pelos princípios (i) da proteção; (ii) da continuidade da relação de emprego; (iii) da norma mais favorável; (iv) da irrenunciabilidade dos direitos; (v) da condição mais benéfica; (vi) da inalterabilidade contratual lesiva; (vii) da primazia da realidade e (viii) da imperatividade das normas trabalhistas.

Pode-se dizer que todos estes princípios decorrem do princípio da proteção e, para Alice Monteiro de Barros:

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente (BARROS, 2009, p.181).

Este princípio, segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2012) insere-se na estrutura do Direito do Trabalho como meio de minimizar a superexploração do capital sobre o trabalho e de promover melhorias nas condições de vida dos empregados. “O polo mais fraco da relação jurídica de emprego merece um tratamento jurídico superior, por meio de medidas protetoras, para que se alcance a efetiva igualdade substancial” (GARCIA, 2012, p.96).

Ao lado do princípio da proteção, é basilar do Direito do Trabalho também o princípio da continui-

dade da relação de emprego, segundo o qual, quanto mais tempo o obreiro mantiver um vínculo empregatício, mais benefícios ele alcançará, por meio do gozo das vantagens que o trabalho lhe proporciona. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

[...]é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade (DELGADO, 2009, p.193).

Quanto mais tempo o obreiro mantém o seu vínculo empregatício, mais condições ele tem de melhorar sua remuneração, de se qualificar e se afirmar socialmente. O empregador passa a ter mais interesse em investir nesse funcionário, que, por sua vez, busca aprimorar seus conhecimentos, gerando, assim, um círculo de vantagens.

Ademais, é por meio do trabalho que a maioria das pessoas provê o sustento próprio e o de sua família, sendo importante estimular a manutenção do vínculo. Nesta medida, o trabalho funciona como um meio de manutenção do próprio sistema capitalista, já que o obreiro, com o uso de seu salário, tem condições de consumir os bens e serviços ofertados no mercado.

Este princípio é a base legal para a regra geral segundo a qual os contratos de emprego são firmados por prazo indeterminado e, apenas, excepcionalmente, a termo.

Ele também é responsável por algumas presunções favoráveis ao obreiro, a exemplo da prevista na Súmula 212 do TST, que determina que havendo a ruptura do vínculo presume-se que ocorreu da forma mais onerosa ao empregador (dispensa sem justa causa), cabendo a este, a prova de outra modalidade rescisória (pedido de demissão ou dispensa por justa causa). Ainda, dispõe a súmula que havendo controvérsia sobre a ruptura do vínculo, presume-se a continuidade do contrato.

O princípio da continuidade também é fundamento para a sucessão de empregadores, prevista nos artigos 10 e 448 da CLT, que determinam que as alterações na estrutura da empresa não afetarão os contratos de trabalho, permanecendo os mesmos vigentes nas mesmas condições.

As estabilidades provisórias, a exemplo da estabilidade do dirigente sindical, da gestante, do cipeiro e do empregado acidentado, também são expressão deste princípio. E, “nas hipóteses de suspensão e interrupção¹¹ do contrato de trabalho, embora não havendo a prestação de serviços, o contrato de trabalho não é encerrado, buscando-se, assim, a sua manutenção” (GARCIA, 2012, p.103).

Por tudo isto, o rol de princípios cardeais do Direito do Trabalho, dentre os quais se destacam os princípios da proteção e da continuidade da relação

de emprego, representam o valor supremo deste ramo especial do Direito, devendo as demais normas serem criadas e interpretadas à sua luz.

Nesta ordem de ideias, emerge o direito à garantia de emprego, como expressão da concretização dos princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, pois, além de resguardar o obreiro do exercício potestativo da dispensa sem qualquer justificativa, ele permite a inserção do obreiro na estrutura empresarial por mais tempo, fato que gera benefícios não apenas para o trabalhador, mas também para o empregador, em especial, no que diz respeito à rotatividade de mão-de obra e aos gastos que dela decorrem.

4. A Convenção nº 158 da OIT: conteúdo, denúncia e (in)compatibilidade com o art. 7º, I, da CR/88

Em 1982, foi editada a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, Pessoa Jurídica de Direito Público Internacional, criada em 1919 como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, fundada na convicção primordial de que a paz universal e permanente somente poderia estar baseada na justiça social.

Esta Convenção trata da proibição da dispensa arbitrária pelo empregador e elenca as hipóteses que não constituem motivos válidos de dispensa por justa causa¹²

Em 22 de junho de 1985, ela foi assinada e rati-

ficada pelos dois primeiros países membros da OIT, sendo sua vigência internacional iniciada em 23 de novembro de 1985. “Hoje são 34 (trinta e quatro) países signatários, entre os quais estão incluídos: França, Portugal, Espanha, Suécia, Austrália, Finlândia, Turquia, Marrocos e Venezuela” (VASCONCELLOS, 2010, p.61).

A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 5 de janeiro de 1995, entrando em vigência a partir de 5 de janeiro de 1996. Os Decretos Legislativo nº 68, de 1992 e Presidencial nº 1.855, de 1996, respectivamente, a aprovaram e promulgaram.

De acordo com o art. 4º da Convenção, “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Já segundo o disposto nos artigos 8º e 10, o empregado é autorizado a recorrer perante um Órgão neutro, representado por um tribunal ou por um árbitro, caso tenha interesse em rever sua dispensa e analisar sua justificativa. Concluindo este Órgão ter sido foi injustificada a rescisão contratual, pode determinar ou a reintegração do obreiro ou o pagamento de uma indenização ou outra reparação adequada.

Conforme se infere do texto da Convenção, ela não proíbe a dispensa dos empregados; apenas a vincula a um motivo relevante, que pode ser ligado à conduta do obreiro ou a necessidades da empresa. Nas palavras de Maciel,

A Convenção 158, não é uma camisa de força, na qual a empresa se insere em decorrência de uma norma proibitiva de seu direito potestativo de demitir. O que a convenção 158 proíbe é a demissão arbitrária, mas admite que possa o empregado ser demitido por causa justificada relacionada com sua capacidade, com seu comportamento ou ainda, admite a demissão do empregado ou empregados desde que comprovada a necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, o que evidencia a elasticidade da norma (MACIEL, 1996, p. 61).

Entretanto, apesar da elasticidade da dita norma internacional, a classe patronal colocou-se contrária à vedação da dispensa imotivada, tendo a ratificação da Convenção causado “reações exacerbadas da classe empresarial de todo o País, dado o suposto ônus econômico-financeiro que sua aplicação acarretaria aos empregadores” (VASCONCELLOS, 2010, p.75).

A classe patronal ainda buscou indispor o trabalhador em relação à Convenção nº 158, afirmando, sem dados suficientes para tal, que sua adoção acarretaria o fim da indenização de 40% (quarenta por cento) sobre o saldo do FGTS em caso de demissão justificada por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos por iniciativa do empregador¹³.

Neste contexto, a Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria, em 08/07/1996, propuseram a ADIn nº 1480/DF, com pedido de medida cautelar, questionando a validade

jurídico-constitucional dos Decretos ratificadores da Convenção nº 158 da OIT no Brasil, sustentando conflito com o art. 7º, I, da CR/88, que reserva à lei complementar a regulamentação do direito à garantia de emprego e que prevê indenização compensatória na hipótese de dispensa sem justa causa¹⁴.

Antes que o Judiciário apreciasse a ADIn, o Governo, por ato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 20 de dezembro de 1996, denunciou a Convenção, mediante o Decreto nº 2.100, afirmando que a sua manutenção:

[...] acarretaria visível desconforto aos Estados soberanos, vez que estaria sofrendo limitações no direito patronal de dispensar, no direito do trabalhador, as reparações advindas, além de fomentar intervenção estatal e reduzir o círculo de mobilidade dos interlocutores (VASCONCELLOS, 2010, p.74).

Após a denúncia da Convenção nº 158 da OIT por parte do Governo brasileiro, em 27/06/2001, o Relator da ADIn nº 1480/DF, Ministro Celso de Mello, monocraticamente, julgou extinto o processo em virtude da perda superveniente de seu objeto, eis que também deixaram de existir os atos estatais – Decretos Legislativo nº 68/1992 e Presidencial nº 1855/1996 – questionados em sede de controle concentrado de constitucionalidade (BRASIL, 2014b).

Posteriormente, nova discussão foi travada, agora capitaneada pelos trabalhadores, impugnando a

forma como ocorrera a denúncia da Convenção internacional.

Isto porque, de acordo com o art. 17 da referida Convenção, esta só poderia ser denunciada no fim de um período de 10 (dez) anos, a partir da data de sua entrada em vigor. Mas a dúvida girava em torno deste marco temporal, se seria a vigência no plano internacional (23/11/85) ou a vigência no plano interno (05/01/96).

Duas correntes se desenharam, então, a respeito da questão. Para uma primeira corrente, levando em consideração a vigência no plano internacional, a denúncia poderia ocorrer de 23/11/95 a 23/11/96. Como foi feita neste interregno - em 20/11/96 -, a mesma teria sido válida. Já para a segunda corrente, por dois argumentos, a denúncia da Convenção nº 158 teria sido inválida. A um, porque realizada em menos de um ano após a vigência interna. A dois, porque, ainda que o marco temporal fosse a vigência internacional, a denúncia seria extemporânea, eis que seus efeitos se deram em 23 de dezembro de 1996 - após a publicação do Decreto nº 2.100, portanto -, quando deveriam ter se dado em 22 de dezembro de 1996, em razão mesmo da vigência internacional, ocorrida, como dissemos, em 23/11/1985 (VASCONCELLOS, 2010).

Alegando justamente que a denúncia feita pelo Presidente era eivada de vício, especificamente de inconstitucionalidade material, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura e a Central Única dos Trabalhadores, em 19/06/1997, ajuizaram a ADIn nº 1625/DF, que teve seu pedido julgado improceden-

te pelo Ministro Nelson Jobim, relator-presidente, em voto-vista, ao argumento, em suma, de que o chefe do Executivo “em razão de representar a União na ordem internacional, pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais” (VASCONCELLOS, 2010, p. 76)¹⁵.

Em meio a este imbróglio, em 20/02/2008, o então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, encaminhou mensagem aos membros do Congresso Nacional, solicitando a apreciação e incorporação ao nosso ordenamento jurídico dos termos da Convenção da OIT.

Na Câmara dos Deputados, a Mensagem nº 59/2008 foi enviada, nesta ordem, à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional¹⁶, à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público¹⁷ e à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.

Nas duas primeiras, no mérito, ela foi rejeita. Na última, em decorrência das rejeições anteriores, ela foi analisada apenas no que tange à constitucionalidade e à juridicidade da Convenção internacional, estando ainda sujeita à apreciação do Plenário da Câmara.

Interessante transcrever o voto do relator da última Comissão, o Deputado Ricardo Berzoini (PT/SP), apresentado em 20/10/2011, em favor da constitucionalidade e juridicidade da Mensagem nº 59/2008 do Poder Executivo, ressaltando que a ratificação da Convenção nº 158 da OIT acabaria servindo como estímulo para que o legislador interno regulamentasse o art. 7º, I, da CR/88:

[...] fica evidenciado que a ratificação da Convenção nº 158 da OIT não impede, em momento algum, a edição de lei complementar, tampouco tem por objeto tornar obrigatória a reintegração/estabilidade no emprego. Não seria crível acreditar que a intenção da OIT fosse a de regulamentar a proteção do emprego de forma minuciosa, exaustiva e impositiva, tendo em vista a quantidade de países membros da Organização e as particularidades dos ordenamentos jurídicos de cada um deles.

Nesse contexto, estando caracterizada a eficácia contida da Convenção nº 158 da OIT, uma vez que a sua aplicação depende de efetiva integração ao ordenamento jurídico nacional, integração essa que se dará com a aprovação de lei complementar, nos termos do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, tal qual decidido pelo STF, não há que se falar em inconstitucionalidade formal do ato em apreço. [...]

Por fim, e sem entrar no mérito, cabe considerar que a ratificação pode servir como fundamento para que este Poder Legislativo passe a dar a devida importância à discussão sobre a proteção do emprego e, dessa forma, venha a efetivar a edição de lei complementar que defina os conceitos de “despedida arbitrária” e de “sem justa causa”, as formas de indenização para as despedidas imotivadas e os outros direitos pertinentes, tal

qual estabelecido no inciso I do art. 7º da Constituição Federal. E, nesse sentido, a Convenção nº 158 da OIT pode servir como parâmetro para os debates (BRASIL, 2014a).

Afinal de contas, nos termos do art. 10 da Convenção, os Estados-Partes não estão obrigados a instituírem em seus ordenamentos a reintegração no emprego, podendo optar pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, o que nos faz crer que poderia haver uma compatibilização entre o texto desta norma, o texto do art. 7º, I, da CR/88 e a realidade brasileira, com o escopo de dar efetividade ao direito fundamental à garantia de emprego.

5. Repercussões da falta de regulamentação do direito à garantia de emprego: perspectiva obreira, patronal e governamental

O trabalho, conforme se buscou demonstrar, exerce um papel de centralidade na sociedade, o que demonstra sua importância majorada.

Por este motivo ele passou a ser o objeto de um ramo especial do Direito, que, a partir do princípio da proteção, foi estruturado com normas que regulam a relação empregatícia, buscando evitar os malefícios outrora experimentados, quando se concebia a igualdade formal entre empregado e empregador.

Para que a condição social do obreiro seja me-

lhorada através do trabalho prestado à luz do Direito do Trabalho é importante que ele se insira na dinâmica empresarial de forma duradoura e não por prazo certo.

Entretanto, o que se vê hoje é uma grande facilidade de dispensar o trabalhador, sem qualquer justificativa, sendo alta a rotatividade de mão-de-obra no Brasil.

De acordo com pesquisa do DIEESE (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2013), por muitos anos, em especial na década de 1990, a maioria da população brasileira não colheu os frutos do crescimento econômico do país, que foi gozado por poucos, gerando enorme concentração de renda, sofrendo os obreiros com as crises econômicas e redução do nível de emprego.

A partir de 2004, houve uma retomada do crescimento econômico e uma melhora da taxa média de desemprego, o que influenciou nos processos de negociação coletiva com ganhos para os trabalhadores.

Entretanto, a alta taxa de rotatividade de mão-de-obra compromete o gozo destes benefícios, que acabam sendo anulados pelas empresas à medida que os empregados são dispensados e outros contratados por salários mais baixos ou pelo piso da categoria.

Segundo a pesquisa:

O mercado de trabalho é bastante flexível em termos quantitativos. Um nível mínimo de rotatividade é aceitável em qualquer mercado de trabalho. No Brasil, contudo, as taxas de rotatividade da mão-de-obra nos últimos 10 anos se

mantiveram em patamares elevados, acima de 40% praticamente em todo o período.

Em 2007, 14,3 milhões de trabalhadores foram admitidos e 12,7 milhões foram desligados das empresas. Do total de empregados desligados, 59,4%, ou 7,6 milhões foram dispensados por meio de demissões sem justa causa ou imotivada.

A facilidade para demitir trabalhadores permite que as empresas utilizem esse mecanismo de rotatividade para reduzir os custos salariais, desligando profissionais que recebem maiores salários e contratando outros por menores salários. Os salários dos trabalhadores admitidos no triênio 2005-2007 foram sempre inferiores aos dos trabalhadores desligados (nem todos por justa causa). Os percentuais de redução foram 11,42%, em 2005, 11,06%, em 2006, e 9,15%, em 2007. Ou seja, no momento da contratação, os novos trabalhadores são, na maior parte, contratados com salários menores, o que implica redução gradual do salário médio (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2013, p.5).

A ausência de garantia de emprego, sob a perspectiva obreira, acaba sendo fonte de redução de salário e, conseqüentemente, de seu poder aquisitivo, o que reflete na qualidade de vida, saúde, educação e lazer do trabalhador e sua família.

Ela ainda inibe a busca do empregado por seus direitos no curso da relação de emprego. O que se percebe é que o Direito do Trabalho “tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento admite como tolerável” (PIMENTA, 2004, p.340), havendo no Brasil uma verdadeira síndrome do descumprimento das obrigações¹⁸. Dentre as causas para esta situação, podemos citar:

[...]a impunidade, absoluta ou relativa, de que gozam as empresas e os empresários de nosso país – é quase sempre mais vantajoso descumprir a lei trabalhista do que cumpri-la espontaneamente, ao mesmo tempo em que é também vantajoso aguardar que os trabalhadores lesados (na verdade, apenas parte deles) recorram ao Judiciário trabalhista para eventuais transações (sempre mais vantajosas, para o devedor, que o total cumprimento das normas trabalhistas) ou para condenações quase sempre tardiamente executadas (PIMENTA, 2000, p.191).

Diante do descumprimento voluntário, reiterado e inescusável da norma pelo destinatário – o empregador –, o titular do direito – o empregado – muitas vezes conforma-se pura e simplesmente com a ofensa, gerando um fenômeno denominado de litigiosidade contida, para o qual contribui diretamente a falta de regulamentação do art. 7º, inciso I, da CR/88, tendo em vista o temor por parte do trabalhador em exercer o seu

direito de ação no curso da relação de emprego e, por este motivo, ser dispensado injustamente¹⁹.

Além disso, o obreiro imotivadamente dispensado não tem a possibilidade de saber a causa que gerou o seu desligamento e, conseqüentemente, de se adequar aos padrões de qualidade exigidos pelo concorrente mercado de trabalho. Também, não há contraditório, carecendo o trabalhador da oportunidade de trazer seus argumentos para evitar a ruptura contratual, tendo de se conformar e se consolar com a multa dos 40% (quarenta por cento) sobre o FGTS.

Sob a perspectiva empresarial, se a alta rotatividade, por um lado, pode ser instrumento de redução salarial, por outro, ela acaba implicando na majoração de custos com seleção, contratação, treinamento e dispensa de funcionários.

As despesas com treinamento, em especial, são diuturnamente mais expressivas em face do cenário atual de política nacional de combate e prevenção dos acidentes do trabalho. Os deletérios efeitos gerados pelos infortúnios laborais, que fazem com que um trabalhador perca sua vida a cada 3,5 (três vírgula cinco) horas de trabalho (OLIVEIRA, 2011), tem sido veementemente combatidos pelas três esferas do Poder e pela sociedade civil como um todo, sendo exigido da empresa um cuidado cada vez maior com a saúde e segurança do obreiro.

Relevante ressaltar, ainda, que uma das formas de se alcançar melhores resultados dentro da empresa é através da meritocracia, sendo o trabalho mensurado pelo resultado e o obreiro beneficiado em virtude do êxito alcançado.

Essa importante ferramenta de gestão de pessoas está diretamente ligada ao tempo que o trabalhador fica inserido na dinâmica empresarial, pois, quanto mais ele se dedica e aprimora seu trabalho, mais é reconhecido e mais a empresa lucra. A permanência do empregado gera o maior conhecimento e domínio sobre o trabalho realizado e faz com que a empresa invista na sua qualificação, tudo contribuindo para o aumento da produtividade.

Assim, para a empresa é melhor investir no seu funcionário e não praticar uma política de constantes dispensas imotivadas, o que, inclusive, gera mal estar entre os empregados e reflete no seu desempenho. A regulamentação do art. 7º, I, da CR/88, pode contribuir para esta dinâmica.

No que tange ao argumento de que a garantia de emprego aumentaria os índices de informalidade das relações de emprego, chamamos a atenção para a sua fragilidade. Não raro, o destinatário da norma encontra formas de se furtar ao seu cumprimento quando ela lhe causa maiores ônus.

Entretanto, este é um problema decorrente da nossa recente história democrática, haja vista muitos ainda negligenciarem o fato de que a lei é resultado do anseio de diferentes estratos sociais. De tal modo que, assim como o outro deve respeitar a norma que nos beneficia, embora lhe seja onerosa, também nós devemos respeitar a lei de que desgostamos, porque escolhemos viver em um Estado de Democrático de Direito, que abriga interesses antagônicos mas que convivem lado a lado.

Por fim, a alta rotatividade também gera custos para o governo, que perde com o pagamento do seguro desemprego. Estes valores desembolsados poderiam ser investidos em outros programas em benefício dos trabalhadores e empregadores, com, por exemplo, em qualificação de mão-de-obra.

A regulamentação do direito à garantia de emprego, sendo analisada não apenas pelo enfoque obreiro, baseado no princípio da proteção, mas pelo enfoque patronal e governamental, nos faz crer que ela é capaz de gerar expressivos benefícios. Deve ser feita uma análise do tema divorciada de preconceitos e com base em estatísticas e dados comprovados sobre o contexto atual do mercado de trabalho brasileiro, com participação de todos os envolvidos, para se chegar a um texto de lei que reflita a realidade. Assim,

Regulamentar a garantia contra a dispensa imotivada ou arbitrária implica uma tentativa de buscar equilíbrio entre um sistema rígido, que impede qualquer tipo de dispensa, exceto a da “justa causa”, e um sistema, como o brasileiro, que garante ampla liberdade do empregador na demissão do empregado. É razoável reconhecer a possibilidade de dispensa em algumas situações, mesmo na ausência de “justa causa”. Todavia, não se pode esquecer o sentido social da proteção e segurança do emprego, a menos que se queira relegá-lo ao mero jogo das forças econômicas. Assim, a busca permanente de equilíbrio entre a segurança no emprego e a liberdade de

dispensa dos trabalhadores deve ser assumida como um objetivo da sociedade brasileira (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2013, p.9).

Conclusão

Desde os tempos mais antigos, o embate de interesses é inerente à relação entre capital e trabalho, mas é preciso absorver os anseios e valores da época em que vivemos, em especial, aqueles que norteiam nosso ordenamento jurídico.

A garantia de emprego, direito fundamental constitucionalmente garantido aos trabalhadores, é instrumento de reafirmação da centralidade do trabalho na sociedade, na medida em que não se trata de inibir a atividade empresarial mas, ao contrário, de adotar parâmetros para que ela ocorra, respeitando e promovendo os princípios da dignidade da pessoa humana e a função social do trabalho.

O fundamento da necessidade de regulamentação do referido direito pode ser encontrado nestes princípios constitucionais, bem como nos princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, específicos da seara laboral.

A inserção do direito à garantia de emprego na CR/88 representou um avanço para a classe de trabalhadores, mas a sua falta de regulamentação lhes custa caro, pelo seu temor da dispensa imotivada, pela alta

rotatividade da mão-de-obra como instrumento de redução de salário, pelo desconhecimento do motivo de seu desligamento e pela negação da possibilidade de argumentar.

Por vários momentos, vimos o assunto nascer e ser combatido, em especial, quando da ratificação e denúncia da Convenção nº 158 da OIT, o que, por si só, demonstra sua importância.

É preciso analisar o tema sem a paixão que suscita e, de maneira racional, fazer uma análise aprofundada do mercado de trabalho, dos custos da dispensa e da melhor forma de regulamentação da norma, atendendo, dentro do possível, às reivindicações de ambas as partes.

Vivemos em uma era em que a luta não é mais pela criação de leis, mas sim pela manutenção, regulamentação e efetivação dos direitos, para que os preceitos normativos não passem de “promessas não cumpridas”, em especial, na seara laboral, para que as normas trabalhistas possam, de fato, melhorar a condição social do obreiro.

Notas

- 1 Art. 145 da Constituição de 1946: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. Parágrafo único: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”.
- 2 Além desta função, Maurício Godinho Delgado (2009) assevera que o Direito do Trabalho tem caráter progressista, modernizante e político conservador.

- 3 Expressão cunhada por Maurício Godinho Delgado (2009).
- 4 Segundo Ledur (1998, p.149), “as mudanças econômicas vêm expondo à mais absoluta insegurança aqueles que necessitam de trabalho. Diante desse quadro, impõe-se ao Direito que sinalize quais as opções que o legislador e o administrador devem assumir para a afirmação dos direitos fundamentais sociais. Ou isso se dá com a garantia de proteção a quem precisa trabalhar para prover a sua existência, ou então o Direito será identificado com fórmulas vazias, como mero servo dos beneficiários da concentração da riqueza e poder”.
- 5 O mesmo autor, com base na doutrina de Alexy, assevera que a dignidade não é garantida quando a pessoa é humilhada, discriminada, perseguida, desprezada ou encontra-se desempregada (LEDUR, 1998). A partir da ideia aqui defendida, pode-se acrescentar que também há ofensa à dignidade da pessoa humana quando os direitos trabalhistas não são cumpridos ou carecem de regulamentação. Importante salientar que é possível visualizar na seara laboral um baixo índice de cumprimento voluntário das normas trabalhistas, fato que pode ser atribuído a diversos fatores. Uma das formas de se alterar a realidade é através do Processo, pois, quanto mais célere e eficaz for a prestação jurisdicional, menos interessante será para o empregador deixar para pagar as verbas judicialmente. Neste contexto, as tutelas de urgência, evidência e metaindividual se mostram úteis a esta finalidade.
- 6 Cumpre salientar que fora dos moldes do Direito do Trabalho, o poder aquisitivo dos trabalhadores e a arrecadação tributária diminuem o que é prejudicial ao próprio sistema. Maurício Godinho Delgado (2009) afirma que o Direito do Trabalho tem uma função política conservadora, na medida em que esse ramo jurídico especializado confere legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea.
- 7 Por todos, Maurício Godinho Delgado (2009, p.1138).
- 8 A terminologia *decenal* se devia ao tempo de 10 (dez) anos, após o qual os empregados alcançavam estabilidade no emprego.
- 9 Posteriormente, em 1990, a Lei nº 8.036, que substituiu a Lei nº

- 5.107 e passou a dispor sobre o FGTS, incorporou, no texto de seu artigo 18, a disposição do artigo 10, inciso I, do ADCT. Resultado disso é o valor da multa agora devida ao empregado pela sua dispensa sem justa causa, no patamar de 40% (quarenta por cento) do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho.
- 10 Art. 1º: “O aviso prévio [...] será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa”. Parágrafo único: “Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias”.
 - 11 A suspensão e a interrupção do contrato de trabalho geram a cessação temporária da prestação de serviços pelo empregado. Mas, enquanto na suspensão não são devidos salários nem há cômputo do período de paralização no tempo de serviço do empregado (ex: intervalo inter e intrajornada), na interrupção há pagamento de salário e contagem do tempo de serviço (ex: período de férias, repouso semanal remunerado, faltas justificadas).
 - 12 De acordo com o texto da Convenção, não constituem motivos válidos de dispensa por justa causa: filiação sindical; exercício de mandato de representação dos trabalhadores; apresentação de queixa ou participação em processos contra o empregador por violações da legislação; razões relacionadas a raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, gravidez, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social; ausência do trabalho durante licença-maternidade; e ausência temporária por força de enfermidade ou acidente.
 - 13 Desmentindo a afirmação da classe patronal, a Nota Técnica nº 61, de março de 2008, do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE): “essa argumentação, contudo, não resiste a uma análise comparativa. O fato de o empregador brasileiro, pela atual legislação, poder demitir sem justa causa não o exime do pagamento da compensação de 40% do saldo do FGTS ao trabalhador. Em síntese, atualmente é legal demitir sem justa causa, mas tem que indenizar o trabalhador demitido. Do mesmo modo, uma futura

regulamentação da garantia contra a dispensa imotivada pode prever situações em que é lícito demitir em algumas circunstâncias (motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos bem definidos), desde que se pague ao trabalhador uma compensação pela perda do emprego. Se a compensação será menor, igual ou até mesmo maior do que a atual, só a lei complementar definirá” (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2013).

- 14 Por votação majoritária, em 4/09/1997, o Tribunal Pleno do STF decidiu o pedido de medida cautelar para, em interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, afastar qualquer exegese que viesse a ter como autoaplicáveis as normas da Convenção nº 158 da OIT, constituindo as mesmas, na visão do tribunal, meras propostas de legislação dirigidas ao legislador interno (restaram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence) (BRASIL, 2014b).
- 15 De acordo com o último andamento publicado no site do STF os autos da ADIn foram remetidos em 03/06/2009, ao Gabinete da então Ministra Ellen Gracie, em virtude de pedido de vista. Sem outra movimentação até 05/04/2011, estando o feito ainda pendente de julgamento (BRASIL, 2014c).
- 16 A Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, em 03/06/2008, decidiu, por maioria, pela rejeição da proposta, fundamentada no “enorme prejuízo para os trabalhadores, para a geração de empregos, para o crescimento interno e a competitividade internacional do país” e pelo fato de que, no texto da Convenção, estaria “claro que esta não se aplica quando se chocar com as leis nacionais (artigo 1º) e, no caso do Brasil, isso ocorre com a própria Constituição Federal” (BRASIL, 2014a).
- 17 Também a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, por maioria, em 11/07/2011, opinou pela rejeição sob a justificativa de que, se a Convenção fosse aprovada, representaria um retrocesso ao país ante o risco iminente de uma redução na criação de empregos e, também, pelo fato de que o Brasil já possui um marco legal protetivo mais do que suficiente contra a dispensa de trabalhadores, fundado no aviso prévio,

- no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, na indenização sobre o FGTS e no seguro-desemprego (BRASIL, 2014a).
- 18 O fenômeno da litigiosidade contida é abordado por José Roberto Freire Pimenta (2000), mas segundo o autor, este grave estado de coisas foi analisado pioneiramente na doutrina brasileira por Antônio Álvares da Silva, em seu trabalho “A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil”, na obra coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, “As garantias do cidadão na Justiça”, publicada pela Editora Saraiva, em 1993.
- 19 Mesmo quando já cessado o vínculo empregatício, o receio é de não conseguir outra colocação profissional, por ter seu nome incluído em “listas negras” que circulam entre empregadores identificando os obreiros que já demandaram na Justiça do Trabalho. Neste sentido, Márcio Túlio Viana (2008).

Referências

- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTR, 2009.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Mensagem nº 59/2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=383867>>. Acesso em: 15/01/2014a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual ADIn nº 1480/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sl=Conven%E7%E3o%20%20e%20158%20e%20OIT&processo=1480>>. Acesso em: 15/01/2014b.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual ADIn nº 1625/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sl=Conven%E7%E3o%20%20e%20158%20e%20OIT&processo=1625>>. Acesso em: 15/01/2014c.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios constitucionais da dig-*

- nidade da pessoa humana e da proporcionalidade. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre: Síntese, v. 16, n. 186, p. 5-20, dez. 2004.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Nota técnica número 61 de março de 2008. A convenção 158 da OIT e a garantia contra a dispensa imotivada. Disponível em: <<http://www.vigilantecntv.org.br/Dieese/nota%20tecnica%2061%20-%20RatificacaoConvencao158rev.pdf>>. Acesso em: 20/06/2013.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- MACIEL, Jose Alberto Couto. *Comentários à convenção 158 da OIT*. 2.ed, atual. São Paulo; LTR, 1996.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.
- MARÇAL, Antonio Cota. Princípio: estatuto, função e usos no direito. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Editora Juruá. 2007.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 6.ed. São Paulo: LTr, 2011.
- PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais da luta contra a discriminação na esfera trabalhista: a tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire Pimenta et al. (Coord.). *Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3.ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnado et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

- VASCONCELOS, Andréa. *Dispensa imotivada*. Análise à luz da Convenção 158 da OIT. Florianópolis: Conselho Editorial, 2010.
- VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.47, n.77, p.163-172, jan./jun.2008.
- VILLELA, Fábio Goulart. Manual de Direito do Trabalho. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=KKzVU-93z5WkC&dq=>>. Acesso em: 02/12/2013.

Mobilidade Urbana

Urban Mobility

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2015

Adir Ubaldo Rech

Graduado em Filosofia e Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Urbanístico no Programa de Mestrado em Direito da UCS. Consultor de Vários Municípios do Brasil.

Resumo

O artigo faz uma crítica à Lei de Mobilidade Urbana, evidenciando sua importância, mas também apontando falhas que prejudicam a adoção de políticas públicas concretas, que encaminhem à solução do

problema. Além disso, a lei editada, por si, não tem o condão de tornar obrigatórias e efetivas as políticas públicas que venham a solucionar o problema da mobilidade urbana no Brasil, sem a adoção de planos nacional, estadual e municipal construídos por técnicos e com alocação de recursos. Reflete-se a necessidade de mudanças no Plano Diretor Municipal, bem como de aquisição de conhecimentos adequados.

Palavras-chave

Mobilidade Urbana. Lei. Planos. Conhecimentos úteis.

Abstract

The article criticizes the Urban Mobility Law not only by displaying its importance, but also by indicating failures that damage the adoption of concrete public policies able to guide to the solution of the problem. Besides, the edited law itself does not aim to make the public policies that are capable to solve urban mobility problem in Brazil compulsory and effective without adopting the appropriate national, state and municipal plans developed by experts and the proper resources allocation. Both the need for changes in the Municipal Director Plan and the need for adequate knowledge acquisition are consequently noticed.

Keywords

Urban Mobility. Law. Plans. Useful knowledge.

Sumário

Introdução. 1. A Lei de Mobilidade Urbana. 2. Os Planos Diretores. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

São perceptíveis a necessidade e a urgência de administrar os movimentos de pessoas (mobilidade urbana) de bens e de pessoas com agilidade, eficiência, conforto e segurança. Também é imperioso mitigar os impactos negativos gerados pelo transporte urbano, especialmente no que se refere a congestionamentos, acidentes, poluição visual, atmosférica e sonora, bem como à exclusão social.

Mas é fundamental que tenhamos uma visão epistêmica do que efetivamente fazer. A lei é o principal instrumento no planejamento da gestão pública. Mas não é toda lei que tornará efetivo esse planejamento. Isso só ocorrerá se ela tiver uma construção epistêmica, científica, inteligente e capaz de ser instrumento cogente de políticas públicas adequadas à solução de problemas.

A lei, como medida institucional e reguladora, ou seja, que estabelece obrigatoriedades, diretrizes e

competências, é uma necessidade e um avanço. Parece incrível que neste país ainda se acredite que uma simples lei resolverá tudo, quando muito pouco ficou assegurado e, se nada a mais for feito, tudo ficará como está.

A União, mais uma vez, quer resolver a falta de políticas públicas e privadas adequadas à construção de uma mobilidade urbana sustentável, com uma simples lei, sem fazer o “dever de casa”. A denominada Lei Federal de Mobilidade Urbana,¹ tem como finalidade estabelecer normas gerais com vistas ao cumprimento do que dispõem o inciso XX, do art. 21, e o art. 182 da Constituição Federal de 1988.

O primeiro pede à União que estabeleça diretrizes sobre o transporte urbano, e o segundo diz respeito a normas gerais de políticas urbanas já consagradas no Estatuto da Cidade. Na realidade, o advento da lei muito pouco mudará, sem a adoção de planos de mobilidade urbana por parte da União, dos Estados e dos Municípios de forma integrada com a previsão de recursos, os quais planos devem acontecer exatamente nessa ordem ou, no mínimo, de forma concomitante.

Na realidade, a referida lei não resolve o problema que é a mobilidade urbana, mas apenas estabelece algumas diretrizes de forma geral e genérica. A União faz de conta que planejou a mobilidade urbana do País e torna obrigatório aos Municípios um Plano de Mobilidade Urbana Municipal, num prazo de três anos sob pena de não receberem recursos orçamentários federais destinados à mobilidade urbana. Ignora praticamente o seu importante papel, pois não torna obriga-

tório um Plano Nacional de Mobilidade Urbana, que defina estradas federais, ferrovias, aeroportos e portos e assegure investimentos em curto, médio e longo prazo. Também não torna obrigatório que os Estados elaborem seus Planos Estaduais de Mobilidade Urbana. A lei não pode ser mero indicativo de políticas públicas, mas deve significar, efetivamente, políticas públicas

1. A Lei de Mobilidade Urbana

A lei sempre precisa ser analisada sob os aspectos jurídicos de sua efetividade² e sob os aspectos práticos de sua concretização. Senão vejamos:

O art. 7º do instituto legal em questão, por exemplo, quando se refere aos objetivos da mobilidade urbana, está explicitando diretrizes sociais da mobilidade urbana. Reduzir as desigualdades e promover a inclusão social são diretrizes sociais fundamentais da mobilidade urbana. Objetivos não são normas de Direito, portanto, não são comandos que impõem condutas. Nesse sentido, trazemos o ensinamento de Rech e Rech:

As diretrizes são normas norteadoras, que indicam caminhos, balizam ações e o tipo de desenvolvimento, com vistas à unidade do projeto de cidade. Devem se sobrepôr às demais normas, buscando garantir o plano estabelecido. As diretrizes, na realidade, vinculam as políticas públicas à busca de sua concretização.³

As decisões jurídicas sobre litígios ou descumprimento de norma não se dão pelo comando dos objetivos, mas das diretrizes.

A Lei de Mobilidade Urbana, quando trata das competências da União, no seu art. 16, não objetiva apontar a atribuição mais importante da União, qual seja, a de *estabelecer um Plano Nacional de Mobilidade Urbana, prevendo a implementação da infraestrutura rodoviária, ferroviária, aeroportuária e de navegação, com recursos a serem contemplados nos orçamentos e com vistas às mobilidades urbana nacional e internacional.*

E, por consequência, esse papel fundamental da União no que se refere à mobilidade, não tem prazo para ser definido, o que nos leva a concluir que a União nunca elaborará um Plano Nacional de Mobilidade Urbana, buscando cumprir suas atribuições constitucionais.

Mas os Estados e Municípios necessitam saber o que está previsto pela União, como, por exemplo, um aeroporto, uma rodovia ou uma ferrovia federal, e se isso viabilizará e interferirá na mobilidade estadual e na municipal. Os municípios não são ilhas, pois necessitam de ligação com outras cidades, outros estados ou até mesmo países.

Não se justifica que ela (a União) tampouco cumpra o Princípio da Efetividade, posto que os Municípios apenas têm prazos impostos (para elaborar) e penalidades previstas (se não elaborar) para concretizar os planos, e nada é exigido da União e dos Estados.

Segundo Rech e Rech, o espírito das leis começa a tomar forma nos municípios,⁴ por ser aí mais efetivo:

A efetividade consiste em que a conduta daqueles a quem se dirigem as normas coincida com o conteúdo delas. Então, a maior parte das normas é efetiva, quando, na maior parte das vezes, são obedecidas e respeitadas. A norma deve possibilitar que o sujeito direcione sua conduta conforme o Direito, resultado da aceitação da própria norma, por ser ela efetiva e representar o que efetivamente é preciso ser feito.⁵

Um Plano de Mobilidade Urbana deve ser efetivo; deve significar o que efetivamente é preciso fazer. Não há como fazer planos municipais, sem que estejam definidos os Planos Estaduais e o da União.

De outra parte, no art. 18 do referido instituto legal, ficam definidas as atribuições dos municípios. No entanto, a atribuição mais importante não está explicitada, qual seja, a de *estabelecer uma densidade demográfica sustentável e uma hierarquização do Sistema Viário Municipal, definindo no Plano Diretor o sistema viário macro, ou de cidade, deixando para o parcelamento do solo, apenas as vias de vizinhança*.

Ocorre que o mais grave problema que é notado na mobilidade urbana tem origem na inadequação existente entre os índices construtivos elevados e as atividades incompatíveis com a estrutura viária e de mobilidade urbana, que estão previstos no Plano Diretor. Além disso, esse plano deve prever a descentralização da cidade e o incentivo ao surgimento de novos centros, buscado evitar o deslocamento dos cidadãos para um único centro econômico, que contenha serviços, comércio e indústria.

Mumford ensina que,

na nova planta da cidade, quase não existia diferenciação alguma entre rua e avenida, entre circulação de vizinhança e circulação de cidade, ou transurbana. É tão difícil escapar a esse padrão, quando os princípios comerciais predominam e buscam se localizar ao longo das avenidas, em vez de criar um compacto centro de mercado. Mesmo aqueles que podiam dar-se o luxo de belas residências, se alojavam em avenidas, e não em ruas laterais com tranquilos quarteirões interiores.⁶

Mumford evidencia que determinadas atividades são incompatíveis com mobilidade urbana e, por isso, devem estar localizadas em zoneamentos específicos. As nossas cidades são uma mistura de metais que não se fundem, mas que insistimos em fundir. A descentralização da cidade se faz primeiramente com descentralização do sistema de acessibilidade urbana. Uma avenida induz o crescimento, mas um grande mercado ou um centro comercial ou uma fábrica aumenta o fluxo de pessoas e de veículos e necessita estar em local adequado, onde haja acessibilidade sustentável e, no mínimo, planejada.

A ocupação dos espaços sempre se pautou pelas regras do Direito Imobiliário com vista ao lucro, e o sistema de transporte coletivo da mesma forma. As regras de ambos (ocupação e transporte) nunca tiveram como preocupação a mobilidade urbana e a cidade sustentável.

Nesse sentido, trazemos mais uma vez a lição de Mumford:

Infelizmente, a criação do transporte público ocorreu segundo os mesmos cânones de lucro especulativo que governavam o resto da cidade: a especulação do tráfico e a especulação da terra faziam jogo combinado, muitas vezes na pessoa do mesmo empreendedor. De outra parte, a expansão vertical e horizontal das cidades, sem infra-estrutura que abrigasse de forma sustentável a densidade demográfica e o tráfego de pessoas e veículos são enganos cometidos que geram o congestionamento. A planta baixa produzia no papel a aparência da ordem e amplidão, mas a nova construção, na cidade mercantil, solapava a própria pretensão de tais qualidades.⁷

As afirmativas de Mumford são atuais e demonstram que a simples adoção de uma Lei de Mobilidade Urbana, sem que haja mudança na cultura de lucro especulativo, que não leva em consideração uma racionalidade cientificamente sustentável, não resolve o grave problema de mobilidade urbana que hoje enfrentamos.

Conforme Leff, a sustentabilidade implica uma mudança de racionalidade.⁸

E acrescenta:

Seus princípios abarcam e se fundamentam em uma pluralidade de racionalidades culturais, a partir da qual se constroem diferentes cami-

nhos para a sustentabilidade. Se reivindicamos o direito à existência dos povos e seus processos de reidentificação através de suas formas de reapropriação da natureza, estas não podem ser pensadas como uma adaptação e acomodação a uma globalização da economia ecológica, mas como a construção de novos territórios de vida funcionando dentro de uma nova racionalidade produtiva, na qual seja possível construir uma coalizão de economias locais.⁹

Leff faz referência à necessidade de haver espaços funcionando dentro de uma racionalidade produtiva, na qual seja possível construir a sustentabilidade e uma coalizão de economias locais. Fernandes é invocado para complementar o já dito, referindo que a legislação urbana deve atuar como linha demarcatória, estabelecendo fronteiras de poder.¹⁰ No entanto, o que se verifica é que o poder econômico predomina em detrimento da cidade sustentável que deve ser planejada, mas não o é porque sempre se submete ao poder econômico.

2. Os Planos Diretores

Os Planos Diretores são instrumentos locais valiosos de que dispomos, porque são capazes de assegurar sustentabilidade, de organizar a ocupação dos diferentes espaços para melhorar a economia e a mobilidade local. O problema da mobilidade urbana tem

sua origem no crescimento desordenado e de forma não planejada, o que exige pesquisa, conhecimentos científicos, epistêmicos e interdisciplinar. Um plano de mobilidade local é importante, mas dependente de um plano nacional e estadual. E a Lei de Mobilidade Urbana, por si, não dá conta disso.

Mumford simplifica de que “o congestionamento urbano verifica-se naturalmente quando um número demasiado de pessoas começa a competir com um número limitado de espaço”.¹¹ E esse é um problema, um equívoco que se origina no dimensionamento inadequado da densidade demográfica, na forma como os espaços são destinados às atividades econômicas, sem observar e respeitar lugares adequados ao tráfego de pessoas e veículos.

Quando partimos para restringir o acesso de veículos em determinados locais ou proibimos de trafegar em determinados dias, é sinal que não planejamos a ocupação de forma sustentável no Plano Diretor. Na verdade, ou temos gente e veículos demais, ou temos espaços de menos. Mas também podemos ter uma cidade centralizada, relativamente à sua ocupação humana, com serviços e atividades econômicas.

Nesse sentido, o próprio Estatuto da Cidade determina a descentralização, no seu art. 2º, quando no inciso I afirma que é direito do cidadão dispor de uma cidade sustentável, sendo que o inciso IV estabelece a necessidade de planejar o desenvolvimento das cidades, a distribuição espacial da população e das atividades econômicas.

Mumford, nesse contexto, afirma:

Em cidades que têm múltiplos centros e que foram parcialmente descentralizadas, tais como Londres, pelo reagrupamento político em burlgos semi-autônomos, cerca de quarenta por cento da população, segundo Westergaard, trabalha dentro das suas unidades administrativas locais, evitando o deslocamento para um único centro.¹²

A descentralização das cidades em novos centros emergentes, com atividades econômicas próprias e em locais adequados, coloca o lar e o trabalho próximos, evitando deslocamentos desnecessários e intermináveis congestionamentos de trânsito. As avenidas e perimetrais devem ser racionalmente ocupadas, priorizando e facilitando o trânsito de veículos, com vistas a otimizar a mobilidade de um centro para outro.

Jeménez afirma, se referindo à legislação urbanística *catalana*, que é inadmissível que se cometam três infrações graves na organização das cidades: conjugar pessoas, atividades e carros no mesmo espaço.¹³ É a lei da física diz ele. Dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo. É necessário definir e organizar os espaços de ocupação e circulação humana, com calçadas largas, ajardinadas e arborizadas, com o objetivo de assegurar um ambiente ecologicamente equilibrado, assim como é necessário definir os espaços que devem ser ocupados com a circulação de veículos.

A adoção de paliativos, como diminuir o tamanho da calçada para aumentar as avenidas, não é ad-

missível e isso colabora para construir uma cidade de-sumana, que afasta as pessoas e prioriza a máquina.

Silva, nesse sentido, afirma que “o planejamento, em geral, é um processo técnico instrumentalizado para transformar a realidade existente no sentido dos objetivos previamente estabelecidos”.¹⁴ A Lei Federal 12.587/2012 tem mérito ao estabelecer as grandes diretrizes, mas é necessário que técnicos façam o diagnóstico da realidade e estabeleçam um prognóstico, com o apontamento concreto de ações viáveis e corretas. Mas para que seja assegurado que isso vai efetivamente acontecer ao longo dos anos, é necessário que sejam adotados planos nacionais, estaduais e municipais e que esses se transformem em lei.

Localmente, há a necessidade de um Plano de Mobilidade Urbana, que envolva dezenas de providências conjugadas, como, por exemplo, a obrigatoriedade de um zoneamento que distribua de forma sustentável as várias atividades, a definição de índices construtivos que organizem melhor a ocupação humana, a adoção de estruturas viárias compatíveis e o seu uso racional, a implantação e diversificação de um sistema de transporte coletivo de qualidade e integrado, a limitação de acessos de determinados veículos nos centros urbanos, a racionalização da ocupação das estruturas viárias por atividades em diferentes horários.

Em suma, que se opere no sentido da descentralização das cidades, criando-se vários centros autos-sustentáveis, e que se evite, desse modo, a necessidade de deslocamento de todos para um centro de cidade único etc.

Cada cidade apresenta uma problemática, que é

típica de acordo com a realidade de cada uma, e as cidades necessitam, como já afirmamos, de diagnóstico e prognóstico. Trazemos como exemplo o que afirma Monteiro em relação à cidade de Lisboa:

A limitação de atividades e trânsito na cidade antiga, fez criar a cidade nova, para planejar racionalmente a ocupação, financiar a realização de obras numa técnica que se pode considerar precursora da designada “expropriação por faixas”, utilizadas na construção das Avenidas Novas e ainda hoje previstas na lei.¹⁵

Lisboa conseguiu conjugar a cidade histórica com a cidade moderna, organizar a mobilidade urbana, diversificando e integrando o sistema de transporte. Conseguiu, conforme afirma Monteiro¹⁶ escrever direito por linhas retas. É disto que precisamos: transformar os planos em normas de Direito que tornem obrigatórias ações concretas, caminhos corretos, efetivos e eficazes a curto, médio e longo prazo.

O Plano Municipal de Mobilidade Urbana precisa integrar o Plano Diretor Municipal, isto é, ser transformado em lei, o que implica a construção de um planejamento jurídico que exige conhecimentos específicos. Rech e Rech fazem a distinção entre técnicos urbanistas e juristas no processo de construção do Plano Diretor:

Fazendo uma comparação podemos afirmar que o urbanista é o que compõe a música, mas que desconhece a forma de expressar sua arte

em notas e, por isso, necessita de um jurista experiente para produzir a pauta, que são as normas de direito.¹⁷

A reflexão deixa claro que não basta uma lei para concretizar ações de mobilidade urbana eficazes, mas que são necessários planos urbanistas cientificamente corretos, e que os mesmos sejam transformados em leis inteligentes, efetivas e que assegurem que essas ações planejadas acontecerão com segurança jurídica, muito além dos mandatos dos governantes.

Um Estado forte não é aquele que faz tudo, como um super-homem, mas aquele que cria leis inteligentes, efetivas e eficazes, pois elas indicam caminhos e tornam obrigatórias políticas públicas e privadas capazes de prevenir, planejar e encaminhar a execução de ações concretas e necessárias como o problema da mobilidade urbana. As leis são instrumentos de planejamento, pois o Poder Público está vinculado à lei. No entanto, o que se tem observado é a falta de leis inteligentes, incompletas e despreocupadas com ações concretas.

Nesse passo, já afirmava Montesquieu:

Todos os seres têm suas leis. Mas falta muito para que o mundo inteligente seja tão bem governado quanto o mundo físico. Possuem leis naturais, porque estão unidos pelo sentimento, mas não possuem leis positivas, porque não estão unidos pelo conhecimento. [...] As leis estão relacionadas com o povo, o governo, o físico do país, com o grau de liberdade e necessidades. Essas relações formam, juntas, o espírito das leis.¹⁸

A Lei de Mobilidade Urbana é uma lei necessária, porém carece de inteligência e de efetividade. Não foi uma construção epistêmica e não torna obrigatório, num prazo razoável, o Plano Nacional e Estadual de Mobilidade Urbana. Obriga, de certa forma, os municípios a elaborarem seus Planos de Mobilidade Urbana, mas o município não é uma ilha e até mesmo as ilhas necessitam de ligação com as demais ilhas e continentes.

Finalmente, mesmo os Planos de Mobilidade Urbana precisam ser transformados em lei, para vincular o administrador público do presente ao futuro, o que importa incorporar o Plano de Mobilidade Urbana local ao Plano Diretor Municipal. Infelizmente, no Brasil, a academia ainda não convive com a realidade, e a realidade não se vale da academia para fazer reflexões e construir conhecimentos úteis e com aplicação prática.

Conclusão

Conclui-se que a lei é importante como enfoque do problema, mas ela não é efetiva e não assegura políticas públicas que venham tornar concretas ações que podem solucionar um problema grave, que é o da mobilidade urbana. A lei não obriga a elaboração de um Plano Nacional de Mobilidade Urbana, definindo obras e investimentos necessários; tampouco obriga os Estados a elaborarem seu Plano Estadual de Mobilidade Urbana. Torna, em teoria, obrigatório que os Mu-

nicípios elaborem seu Plano de Mobilidade Urbana, o que não assegura uma política nacional, mas apenas local.

Notas

- 1 Lei Federal 12.587, de 3 de janeiro de 2012.
- 2 Efetividade – É um princípio de Direito. Consiste em que a conduta prevista na norma aconteça na prática.
- 3 RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. *Direito Urbanístico: fundamentos para a construção de um Plano Diretor sustentável na área urbana e rural*. Caxias do Sul: EducS, 2010. p. 90.
- 4 RECH; RECH, op. cit., p. 240.
- 5 Ibidem, p. 241.
- 6 MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. Trad. de Neil R. da Silva. 4. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 464.
- 7 MUMFORD, op. cit., p. 465.
- 8 LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Trad. de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010. p. 51.
- 9 LEFF, op. cit., p. 53.
- 10 FERNANDES, E. (Org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rei, 2009. p. 169.
- 11 MUMFORD, op. cit. p. 467.
- 12 MUMFORD, op. cit., p. 593.
- 13 JEMÉNEZ, Joan Manuel Travter. *Legislación urbanística catalana*. Barcelona: Voa Caoetama, 2009. p. 654.
- 14 SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 85.
- 15 MONTEIRO, Claudio. *Escrever direito por linhas rectas*. Legislação e planejamento urbanístico na Baixa Lisboa. Lisboa: Alameda da Universidade, 2010. p. 47.
- 16 Ibidem, p.46.
- 17 RECH; RECH, op. cit., p.35.
- 18 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 71.

Referências

- FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rei, 2009.
- JEMÉNEZ, Joan Manuel Travter. *Legislación urbanística catalana*. Barcelona: Voa Caoetama, 2009.
- LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Trad. de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.
- MONTEIRO, Claudio. *Escrever direito por linhas rectas*. Legislação e planejamento urbanístico na Baixa Lisboa. Lisboa: Alameda da Universidade, 2010.
- MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. Trad. de Neil R. da S. 4. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 464.
- RECH, Adir Ubaldó; RECH, Adivandro. *Direito Urbanístico: fundamentos para a construção de um Plano Diretor sustentável na área urbana e rural*. Caxias do Sul: Educs, 2010.
- SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

O Descompasso entre a Defesa de Direitos Difusos e o Avanço da Tecnologia: uma década de (não) história da regulação da nanotecnologia no Brasil

The Gap between Diffuse Rights Defense and Technological Advancement: a decade of (no) history of nanotechnology regulation in Brazil

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2015

Reginaldo Pereira

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ. Coordenador e Pesquisador do Núcleo de Iniciação Científica Tecnociência e Meio Ambiente da Unochapecó. Professor de Direito Ambiental da Unochapecó. E-mail: rpereira@unochapeco.edu.br.

Michael Medeiros

Graduado em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ. Pesquisador Bolsista do Núcleo de Iniciação Científica Tecnociência e Meio Ambiente da Unochapecó. E-mail: michaelmed@unochapeco.edu.br

Resumo

A partir do resgate da história da regulação da nanotecnologia no Brasil, analisa-se a dificuldade do direito em oferecer respostas adequadas a demandas decorrentes do avanço da tecnologia, especialmente quando se tem como finalidade proteger direitos e interesses difusos. Abordam-se, ainda, os avanços e os retrocessos experimentados em uma década de tentativas de construção de um marco regulatório nano específico no Brasil.

Palavras-chave

Direitos difusos. Avanço tecnológico. Nanotecnologia no Brasil. Regulação da nanotecnologia.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

O Descompasso entre a Defesa de Direitos Difusos e Avanço da Tecnologia:
uma década de (não) história da regulação da nanotecnologia no Brasil - pp. 285-321

PEREIRA R. / MEDEIROS M.

Abstract

Based on the rescue of nanotechnology regulation history in Brazil, it's discussed the difficulty presented by law in providing adequate answers to demands that result from technological advancement, especially when it is intended to protect diffuse rights and interests. It is also talked about the advances and setbacks experienced in a decade of attempts to build a nano-specific regulatory framework in Brazil.

Keywords

Diffuse rights. Technological advancement. Nanotechnology in Brazil. Nanotechnology regulation.

Sumário

Introdução. 1. A difusidade e autonomia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 2. A Nanotecnologia no Brasil. 2.1 Os editais do CNPq. 3. As estratégias para a definição de um Marco Regulatório: o comitê de produtividade do Ministério da Ciência e Tecnologia. 3.1 Principais propostas do Grupo de Trabalho do Marco Legal do Comitê de Produtividade. Considerações finais. Notas. Referências.

Introdução

As sociedades atuais se pautam no avanço das tecnologias e na inovação tecnológica como meio de garantir espaço e soberania em um mundo globalizado de alta competitividade.

A novidade do momento é a nanotecnologia.

Tal tecnologia já se encontra presente nas cadeias produtivas de diversas áreas, que vão desde a indústria bélica, passam pelo ramo de alimentos e alcançam as áreas da medicina e da estética.

Em última análise, que encontra assento no pensamento de Martin Heidegger, a nanotecnologia é mais uma entre tantas respostas tecnológicas, que resultam em avanços de natureza tecnológica para a solução de problemas das sociedades marcadas pela tecnologia.

O que diferencia esta tecnologia são características como a permeabilidade e a flexibilidade que contribuem para que seja percebida como benéfica, já que pode, inclusive, solucionar problemas ambientais de difícil resolução, como é o caso da contaminação dos lençóis freáticos.

A nanotecnologia integra, ainda, projetos da geoengenharia que visam solucionar os grandes desafios ligados às mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global.

Ou seja, suas potencialidades parecem indiscutíveis.

Todavia, pouco se conhece acerca das implicações de sua utilização generalizada sobre o meio ambiente e a saúde humana.

A ausência de dados concretos sobre os resulta-

dos futuros da adoção desta tecnologia desperta uma série de indagações e especulações sobre a possibilidade de virem a ser – ou, mesmo, já serem – os nanomateriais engenheira dos uma nova fonte de contaminação para a natureza e a saúde, que se distinguiria das demais em função do tamanho e das alterações de caráter físico-químico sofridas pela matéria quando manipulada em uma escala nanométrica.

Tal perspectiva remeteria o presente artigo às teorias e estratégias que vêm sendo adotadas pelas ciências sociais e, mais recentemente, pela teoria jurídica para compreender um novo componente social, cujo significado só pode ser encontrado a partir das grandes navegações portuguesas do Século XV rumo ao desconhecido: o risco.

Apesar da pertinência temática e da relevância para a construção de aportes que visem contribuir com os objetivos da linha editorial do presente periódico, qual seja: concretizar direitos sociais, difusos e coletivos – haja vista a necessidade de serem aprofundadas discussões que tratem do resguardo contra os riscos das novas tecnologias como uma nova categoria, geração ou dimensão de direito que ultrapassa, sem a menor dúvida, as titularidades individualmente consideradas de seus destinatários, dado o aspecto intergeracional envolvido –, pretende-se recortar o tema de maneira diversa.

O que se aqui se objetiva passa pela análise da inadequação do direito à novidade. Inaptidão que parece ser mais patente quando o que está em jogo é uma categoria de direitos que não podem ser titulados a uma

só geração e, por pressuposto, a uma só pessoa, mas que, ao mesmo tempo, é condição para que todos realizem os seus direitos mais básicos.

Várias estratégias poderiam ser utilizadas para se atingir o pretendido. Por exemplo, partindo-se de Maurice Hauriou, poder-se-ia tratar da questão a partir de um recorte institucionalista ou da institucionalidade.

A noção de institucionalidade pressupõe a de instituição. Para Hauriou (1968), instituição é prática social que se repete constantemente e que acaba adquirindo um reconhecimento no (in)consciente social coletivo, podendo se transformar em instituto consuetudinário. O Reconhecimento difuso cria um instituto tutelado por uma norma consuetudinária, transforma a prática em norma consuetudinária e posteriormente em instituição jurídica, a qual poderá ser reconhecida pelo Estado.

A teoria institucionalista de Hauriou leva, não somente pela atração que exerce, mas principalmente pelo aprimoramento conceitual, à teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano (2008, p. 83-90), para quem a instituição se confunde com todo ente ou corpo social e que cabe ao ordenamento jurídico realizar o grande objetivo do direito que se confunde com aquele da organização social.

O direito, segundo Romano (2008, p. 89), não consagra somente o princípio da co-existência dos indivíduos, “[...] mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, a ultrapassar a sua breve existência, a perpetuar certos desígnios além da

sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e mais duradouros do que os indivíduos.”

Outra possibilidade seria abordar a questão do fechamento do direito à novidade pelas lentes da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, para quem a sociedade é um sistema autopoiético que se recria a partir de seus próprios elementos.

Essa teoria, aplicada ao direito, resulta numa dinâmica de autoreferência que permite que o este mude a sociedade e altere a si mesmo, com considerável grau de autonomia, de acordo com a dinâmica do seu próprio sistema. Tal auto-referência conduz à conformação de um sistema jurídico apto a dar respostas adequadas aos problemas da sociedade atual, caracterizada pela hipercomplexidade ou policontextualidade. (ROCHA, CARVALHO, 2006, p. 9-28).

Apesar da importância destas teorias para a compreensão das dificuldades do direito em oferecer respostas às novas demandas, o que se pretende é demonstrar o quão longe se encontra de critérios que poderiam ser utilizados para medir a sua adequação.

Há a sensação que o tempo do avanço tecnológico não obedece aos ponteiros que definem o tempo do direito.

A questão se torna mais complexa ainda se aos dois tempos for acrescentado o do meio ambiente, cuja higidez se constitui em direito difuso de terceira dimensão.

Forma-se, assim, o seguinte quadro: por um lado o avanço tecnológico pautado em uma velocidade temporal que não leva em consideração o tempo necessário

para que a natureza restabeleça a sua estabilidade e no outro, o direito, auto-referenciado, que não consegue acompanhar o tempo das novas tecnologias e, muito menos perceber que o seu tempo não é adequado ao tempo do meio ambiente.

Como este último não consegue se defender por si só e, conforme o avanço tecnológico ocorre apesar do direito, resta, em tal cenário, o meio ambiente hipossuficiente diante das novas tecnologias e, como não há vida sadia em ambiente não sadio, a vida, humana, inclusive, se vê a mercê de novos riscos invisíveis e imperceptíveis aos sentidos do ser humano.

Em tal cenário, as respostas oferecidas pelo Estado, ente responsável pela garantia do equilíbrio ecológico e de uma vida em um ambiente livre de riscos – ainda que compartilhada, por comando constitucional, tal tarefa com a sociedade – se dão a partir dos mecanismos que possui, tais como a legislação e a regulação.

Na última década foram propostos três projetos de lei tratando da nanotecnologia. Paralelamente, o Poder Executivo procurou criar estratégias para a definição de um marco regulatório por meio da criação de um Comitê de Produtividade ligado ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

As iniciativas do Poder Executivo são aqui narradas. Antes, porém, é preciso que se verifique o estado da arte da nanotecnologia no Brasil e, antes disso, algumas considerações acerca da natureza difusa e autônoma do direito ao equilíbrio ecológico se fazem necessárias.

1. A difusidade e autonomia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

A Constituição da República Federativa do Brasil – este é o marco legal utilizado para fins de delimitação do tema no presente trabalho – assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Há que se entender, inicialmente, o alcance do termo ecologicamente equilibrado, sob pena de se conferir ao meio ambiente uma característica que ele, definitivamente, não tem: manter-se em equilíbrio estático.

Ao contrário do que possa parecer, o equilíbrio do meio ambiente é dinâmico, já que obedece a um conjunto de leis e mecanismos em constante mutação que têm que dar respostas a fatores estocásticos de diversas ordens, inclusive de natureza humana.

Esta é a primeira característica a se pontuar. O que o artigo 225 da CF/88 visa assegurar é o direito a um ambiente em equilíbrio dinâmico, ou seja, com pontos de regulação que variam naturalmente no tempo, sempre é claro, dentro de condições aptas a proporcionar uma sadia qualidade de vida.

Ao ligar o equilíbrio ecológico dinâmico – ou estabilidade ecológica – ao direito à vida, o dispositivo constitucional acaba adjetivando este direito.

Não basta, doravante, garantir a vida – direito ligado geralmente a primeira geração ou dimensão pelos teóricos dos direitos humanos – é preciso, sob pena de não se atender aos ditames do referido artigo, garantir uma vida saudável dentro de um ambiente devidamente estabilizado, para tanto.

O conteúdo do direito à vida é transmutado e adjetivado pelo mandamento do artigo destinado pelo constituinte de 1988 ao meio ambiente.

Além disso, o artigo 225 diacronizou o direito à vida saudável. Não são somente os que habitam o Planeta neste momento que restaram destinatários de tal direito. Ele foi estendido às futuras gerações.

Assim, o artigo 225 da CF/88, transformou um direito em uma espécie de *munus* – mistura de direito com dever – que pode ser assim sintetizado: todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem essencial à sadia qualidade de vida, podendo utilizar-se dos recursos que necessitam na medida em que não ponham em risco o direito das futuras gerações acessarem tais recursos e gozarem de um nível de estabilidade ecológica propício ao atendimento dos seus direitos a uma vida saudável.

Esta fórmula somente pode ser entendida na medida em que o meio ambiente se autonomizar, desvincilhando-se, para fins de proteção, dos interesses dos que o usufruem na atualidade e tornando-se, dessa forma, um bem difuso por natureza.

Tal operação passa pela re-significação do próprio conceito de meio ambiente que de simples soma dos meios ambientes natural, artificial, cultural e do trabalho há de ser percebido por uma visão mais englobante, sistêmica ou ecologizada.

O entendimento do meio ambiente como um macrobem ambiental (LEITE, 2000), dotado de autonomia frente aos demais direitos das pessoas correlatos, passa por uma série de constatações, as quais se

constituem, ainda, em verdadeiros fundamentos do direito ambiental. São elas:

I) a ocorrência nos últimos anos de inversões na forma como o meio ambiente é compreendido pelos homens, passando este (o meio ambiente) a ser percebido não mais como mero depositário de recursos naturais infindáveis, mas como bem fragilizado, hipossuficiente, a merecer atenção por parte dos humanos face à ação de outros seres humanos;

II) a emergência de estudos da ecologia natural apontando características na dinâmica dos ecossistemas – como a interdependência, a interação, a interconectividade e o aninhamento – que impõem sérias dificuldades à compreensão do meio ambiente de maneira fragmentada e que conferem subsídios para que seja tido como bem integral ou holístico;

III) a atuação dos novos movimentos sociais, em especial os ecologistas que fizeram florescer uma nova geração ou dimensão de direitos fundamentais – terceira geração/dimensão, para a maioria dos autores – ligados ao princípio da solidariedade e à manutenção da vida na Terra em uma perspectiva transgeracional;

IV) a contingência do direito à vida ao do direito metaindividual à qualidade ambiental, já que esta, na atualidade, é adjetivada de saudável;

V) a internalização e a legitimação por diversas constituições, as quais obedecendo uma lógi-

ca de ecologização de seus textos (BENJAMIN, 2007) – adotaram uma noção sistêmica e autônoma de meio ambiente o que permite, no campo jurídico, a sua definição como macrobem ambiental (LEITE, 2000) e não afasta a possibilidade de significá-lo a partir dos microbens (LEITE, 2000) que o compõem.

É a este direito difuso e autônomo que se referencia no presente trabalho. É visando à manutenção deste direito e, é claro, da vida humana saudável, frente aos riscos das novas tecnologias, que se encetou a investigação que deu origem ao presente trabalho e que se propõe a narrar a caminhada titubeante da regulação da nanotecnologia no Brasil na última década.

Antes, porém, é preciso contextualizar acerca da nanotecnologia no Brasil.

2. A Nanotecnologia no Brasil

A nanotecnologia vem se expandindo muito rápido. Acredita-se que nos próximos 10 ou 15 anos o mercado da nanotecnologia deva chegar a aproximadamente US\$ 1 trilhão e o Brasil será responsável por 1% desse faturamento.

O Brasil começou a desenvolver interesses no campo da nanotecnologia no final do ano 2000. Foi nesse ano que o Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) convocou a presença de alguns pesquisadores que já haviam despertado algum tipo de interesse em

realizar estudos na área nanotecnológica (FERNANDES; FILQUEIRAS, 2008, p. 2205-2207).

No ano 2001 foi lançado o primeiro edital destinando verbas para pesquisas com nanotecnologia e surgiram quatro grupos de pesquisas. Um grupo iniciou as pesquisas com materiais nanoestruturados na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); outro grupo, da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) dedicou-se a pesquisas com nanotecnologia molecular e de interfaces; um terceiro grupo, da Unicamp, voltou suas atenções para a área da nanobiotecnologia e o quarto grupo, também da UFPE, encarregou-se de pesquisas com nanodispositivos semicondutores e materiais nanoestruturados. (FERNANDES; FILQUEIRAS, 2008, p. 2207).

Fernandes e Filqueiras (2008, p. 2207) relatam que no Plano Plurianual (PPA) de 2000-2003 do Governo Federal já haviam discussões discretas a respeito da nanotecnologia. No Plano Plurianual de 2004-2007 surgiu o Programa III10, que tinha como título “Desenvolvimento da Nanociência e Nanotecnologia”. No ano de 2005 esse programa foi reestruturado e incorporado a um programa mais abrangente, o Programa 1388, tendo como tema de pesquisa a Ciência, Tecnologia e Inovação para a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE).

Neste ano foi lançado o Programa Nacional de Nanotecnologia (PNN) e com recursos dos Fundos Setoriais somados ao do PPA 2004-2007 foi posto em prática o PITCE e a pesquisa dos PNN.

A adoção deste novo Programa não trouxe gran-

des alterações, pois os documentos bases foram os mesmos do programa de nanotecnologia do PPA 2004-2007. Essas iniciativas surgiram através da implantação de um amplo programa de pesquisa e inovação tecnológica na área da nanotecnologia. O grande objetivo proposto era criar e reforçar os laboratórios existentes e apoiar a “[...] competitividade dos diferentes segmentos da indústria” (REDIGUIERI, 2009, p. 196).

Outra alternativa adotada foi a implantação de Redes Cooperativas em Nanotecnologia, proporcionando um elevado número de trabalhadores com baixo investimento e apresentando bons resultados, aparentemente (TOMA, 2005, p. s49).

O objetivo dessas Redes em nanotecnologia foi desenvolver tecnologia e inovação de projetos que favorecessem e integrassem as empresas e laboratórios (REDIGUIERI, 2009, p. 196).

A partir do lançamento pelos Estados Unidos da *National Nanotechnology Initiative*, em 2001, as atenções com pesquisa, desenvolvimento e transferência tecnológicas na área da nanotecnologia foram redobradas. Não que, antes do anúncio da iniciativa estadunidense, não ocorresse pesquisas no Brasil. Contudo, após esse marco, o governo brasileiro decidiu mapear e potencializar as competências já instaladas. (FERNANDES; FILQUEIRAS, 2008, p. 2208).¹

Na atualidade, o Brasil conta com cerca de 3 mil pesquisadores na área da nanotecnologia. Pode-se dizer que nessa área o Brasil tem uma das melhores bases de recursos humanos e infraestrutura da América Latina, o que coloca o Brasil na 13^o posição do ranking mundial

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

O Descompasso entre a Defesa de Direitos Difusos e Avanço da Tecnologia:
uma década de (não) história da regulação da nanotecnologia no Brasil - pp. 285-321

PEREIRA R. / MEDEIROS M.

de produção de artigos. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS, 2013).

A nível mundial, os países que possuem pesquisas mais avançadas na área da nanotecnologia são divididos em dois grandes grupos.

O Brasil, juntamente com a Índia, China, Austrália, Coréia, Cingapura, Israel, México e Taiwan, pertence ao grupo dos países-competitivos. O segundo grupo é o dos países-chaves, formado pelos Estados Unidos, Alemanha, Japão, França, Canadá, Reino Unido, Espanha, Suécia e Suíça.

A classificação é feita a partir do desempenho nas produções de artigos. Entre os países-chave, os Estados Unidos publicaram o maior número de artigos científicos (21.769), seguidos pelo Japão (10.883). Entre os países-competidores, o destaque foi a China (em torno de 10.100 artigos), seguida pela Coréia (cerca de 2.700 publicações). Com 1.066 trabalhos publicados de 1994 a 2004, o Brasil ocupa o 5º lugar no ranking dos países-competidores. (FERNANDES; FILQUEIRAS, 2008, p. 2209).

Os países que mais investem em pesquisas sobre nanotecnologia são os Estados Unidos, Japão e Europa, com investimentos de US\$ 3,7 bilhões, US\$ 2,5 bilhões e US\$ 2,4 bilhões, respectivamente. No restante do mundo os investimentos chegaram a um total de US\$ 1 bilhão. O Brasil investiu o equivalente de R\$ 140 milhões em Nanotecnologia entre 2001 e 2006 (FERNANDES; FILQUEIRAS, 2008, p. 2210).

Acontece que o Brasil tem uma grande população e um baixo valor de renda per capita, o que reflete

no desenvolvimento e investimento da tecnologia. Em 2004 o Brasil contava com aproximadamente 172,4 milhões de habitantes e possuía uma renda per capita de US\$ 3.070, enquanto a Coreia do Sul apresentava aproximadamente 47,3 milhões de habitante e possuía uma renda per capita de US\$ 9.460. Os países como Alemanha, Japão e os Estados Unidos, os quais investem valores totalmente desproporcionais comparados aos países competitivos, possuem aproximadamente uma população de 82,3, 127,0 e 285,3 milhões de habitantes e renda per capita de US\$ 23.560, US\$ 35.610, US\$ 34.280, respectivamente (TOMA, 2005, p. 49).

A grande diferença dos países-chaves para os países-competitivos é a forma de organização. Na Alemanha, por exemplo, os Centros de pesquisas possuem vários institutos de pesquisa, os quais são utilizados em conjunto por todos os pesquisadores universitários e não universitários. No Brasil isso ainda não ocorre, pois não se tem uma união ou um imenso sistema organizado de tecnologia como nos países-chaves (TOMA, 2005, p. 50).

O principal foco do Brasil no que refere ao Plano Plurianual (PPA) de 2012-2015 nas Políticas de Desenvolvimento Produtivo e Ambiental “[...] é ampliar os investimentos empresariais de 0,59% do PIB, em 2010, para 0,9% do PIB, em 2015. Outra proposta é [...] aumentar de 22,3% para 30% a participação de empresas inovadoras que utilizam ao menos um dos diferentes instrumentos de apoio governamental à inovação e elevar de 3.425 para 5.000 o número de sociedades empresariais que fazem Pesquisa e Desenvolvimento

(P&D) contínuo” (SANT’ANNA; ALENCAR; FERREIRA, 2013, p. 348).

Apesar de haver uma grande preocupação com o desenvolvimento da pesquisa na área da nanotecnologia, os investimentos no Brasil são quase imperceptíveis quando comparados com os países-chaves. Outro problema é a concentração de investimentos na Região Sudeste. Segundo Redigueri (2009, p. 198), para que a pesquisa desenvolva-se com maior velocidade, seria preciso que envolvesse todas as regiões do país, principalmente as com menor desenvolvimento tecnológico, como o norte e o centro-oeste do país.

O financiamento da pesquisa em nanotecnologia se dá principalmente por meio de editais a cargo do CNPq, o que lhe confere centralidade nos processos decisórios sobre quais pesquisas e em que áreas devam ser desenvolvidas, no Brasil.

2.1 Os editais do CNPq

Após uma reunião de trabalho sobre Tendências em Nanociência e Nanotecnologia é que surgiu a elaboração de uma política voltada para o desenvolvimento da nanociência e nanotecnologia. A reunião foi realizada em Brasília, em novembro de 2000, por iniciativa da Secretaria de Políticas e Programas do MCT e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Participaram da reunião 32 pesquisadores de diversas áreas. Nela ficou consignado que deveria ser lançado um programa nacional de Nanociência e Na-

notecnologia (N&N) e foram nomeados 10 pesquisadores para mapear as competências da N&N e elaborar uma agenda de atividades. (INVERNIZZI, 2013, p. 5).

No ano de 2001 o grupo de pesquisa do MCT/CNPq, N&N tornou-se parte do Livro Verde de Ciência e Tecnologia (C&T) na Conferência Nacional sobre C&T. A partir dessa conferência é que começaram a ser divulgadas algumas informações sobre nanotecnologia pela imprensa (PARCERIAS ESTRATÉGICAS, 2004, p. 110).

Neste mesmo ano o grupo apresentou um documento que nomeava oficialmente 192 pesquisadores que já vinham atuando em seis áreas da nanotecnologia no país: “[...] a) Nanodispositivos, nanosensores e nanoeletrônica, b) Materiais nanoestruturados, c) Nanobiotecnologia/Nanoquímica, d) Processos em nanoescala com aplicações no meio ambiente e agricultura, e) Energia e f) Nanometrologia” (INVERNIZZI, 2013, p. 5).

O primeiro passo que marcou a concretização da pesquisa na área da nanotecnologia foi o projeto implantado pelo CNPq, que formou quatro Redes Cooperativas de Pesquisa Básica e Aplicada à Nanociência e Nanotecnologia.

Essas Redes foram divididas para atuarem nas seguintes áreas: (1) materiais nanoestruturados; (2) nanotecnologias moleculares e de interfaces; (3) nanobiotecnologia; e, (4) nanodispositivos semicondutores e materiais nanoestruturados. Além disso, o Programa do MCT, juntamente com o CNPq, formou mais uma rede: (5) Instituto de Nanociência (PARCERIAS ESTRATÉGICAS, 2004, p. 110).

As Redes de Pesquisa em Nanotecnologia propiciaram trabalhos cooperativos de pesquisadores, em seus diversos níveis de instrução, atuando em instituições diferentes, trabalhando em direção do objetivo comum de desenvolver a pesquisa no Brasil, ampliando a participação brasileira nas discussões e assegurando o domínio de tecnologia de alto impacto. Oliveira e Faria (2011, p. 2211)

Com a Rede de Pesquisa em Nanotecnologia o edital CNPq/MCT nº1/2001 objetivava articular os centros de pesquisa, universidades e empresas que possuissem conhecimento e interesse no desenvolvimento da tecnologia, de modo a representar inicialmente uma massa crítica para o assunto e, posteriormente, um sistema de informação especializada em Nanotecnologia.

As redes foram instaladas em Pernambuco (Rede de Nanotecnologias Moleculares e Interfaces e Rede de Dispositivos Semicondutores e Materiais Nanoestruturados), em Minas Gerais (Instituto de Nanociência), em São Paulo (Rede de Nanobiotecnologia) e no Rio Grande do Sul (Rede de Materiais Nanoestruturados).

Os objetivos dessas redes eram “[...] principalmente articular as competências individuais, disseminar esta nova área de pesquisa e iniciar um programa educacional em nanociência e nanotecnologia [...]” (PARCERIAS ESTRATÉGICAS, 2004, p. 118).

Essas redes tiveram mais facilidade em comunicar-se devido ao desenvolvimento das ferramentas de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC's). O aumento dos pesquisadores e a facilidade de comunicação e informação entre as redes de pesquisa fez com

que os pesquisadores colaborassem com agilidade na tramitação de dados e informações (OLIVEIRA; FARIA, 2011, p. 2210).

A política da nanociência e nanotecnologia estava com grandes perspectivas de crescimento, pois no final do governo do Fernando Henrique Cardoso (1999-2002) tinha-se o projeto de construir um Centro de Referências em Nanotecnologia. A ideia era estimular a pesquisa acadêmica e promover o uso das novas tecnologias pela iniciativa privada. Entretanto, o projeto foi cancelado devido o corte de gastos, logo após a mudança de governo (INVERNIZZI, 2013, p. 6).

Em 2003, com o início do governo de Luiz Inácio Lula da Silva, o MCT elaborou outro programa e formou o Programa de Desenvolvimento da Nanociência e Nanotecnologia (PDN&N) com seus trabalhadores, com o objetivo produzir novos produtos, visando o aumento da competitividade da indústria nacional, o qual teve um investimento de aproximadamente R\$ 78 milhões (INVERNIZZI, 2013, p. 6).

Esse mesmo programa tinha por objetivo preparar o Documento Base, que se resume na infraestrutura dos laboratórios, competências e perspectivas de desenvolvimento para ser implantado no Plano Plurianual (PPA) de 2004 a 2007.

O Programa de Desenvolvimento de Nanociência e Nanotecnologia iniciou seus trabalhos definitivamente em 2004 (OLIVEIRA; FARIA, 2011, p. 2212).

No mesmo ano, o MCT propôs a instalação do Laboratório Nacional de Micro e Nanotecnologia no Estado de São Paulo, destinando, para tanto, um orça-

mento foi de R\$ 30 milhões. Esta decisão fez muitos pesquisadores questionarem as instalações e investimento dos recursos, argumentando a centralização dos investimentos (INVERNIZZI, 2013, p. 7).

No ano de 2005, o CNPq fez nova chamada (Edital CNPq/MCT 29/2005), o qual foi aberto para formação de dez novas redes de pesquisa (Programa Brasil Nano), com duração de quatro anos. Foram destinados, na época, R\$ 27,2 milhões (US\$ 12 milhões) para a iniciativa. Além de desenvolver novas pesquisas, o programa incluiu metas de desenvolvimento e melhoria na infraestrutura (OLIVEIRA; FARIA, 2011, p. 2212).

Em 2006, a infraestrutura dos laboratórios de nanotecnologia sofreu significativas grandes modificações, devido a um grande investimento pelo MCT e a criação do Laboratório Nacional de Nanotecnologia (INVERNIZZI, 2013, p. 8).

No ano de 2007 juntamente com Plano Plurianual 2008-2011, foi implantado o Plano de Ação em Ciência, Tecnologia e Inovação (PACTI), o qual pretendia desenvolver as áreas mais estratégicas. O orçamento previsto foi de R\$ 69,9 milhões até 2010.

Esse projeto teve como prioridade transferir a tecnologia entre a academia e as empresas, visando à inovação tecnológica. Pela primeira vez surge a preocupação da necessidade de implantar uma política pública sobre a questão ética e a preocupação dos riscos ao usar produtos com nanotecnologia (OLIVEIRA; FARIA, 2011, p. 2212).

Para 2022 o MCT propôs algumas metas para a Secretaria de Assuntos Estratégicos, no sentido de: am-

pliar os investimentos em P&D para 2% do PIB, sendo mais da metade oriundo das empresas; dobrar o número de bolsas/ano concedidas pelo CNPq e pela CAPES, passando dos atuais 170 mil para 340 mil; ter 450 mil pesquisadores, o que significará 2 pesquisadores por 1.000 habitantes, número que se aproxima da média dos países desenvolvidos; alcançar 5% da produção científica mundial; triplicar o percentual de egressos dos cursos de nível superior em engenharia dos atuais 5% para 15%; dominar as tecnologias de microeletrônica, de produção de fármacos, de nanotecnologia, de biotecnologia e de um conjunto de tecnologias verdes; decuplicar o número de empresas inovadoras, passando dos 3% das empresas industriais para 30%; decuplicar o número de patentes/ano, passando do número atual de 400 para pelo menos 4.000; assegurar independência na produção do combustível nuclear e nas tecnologias de reatores; e dominar as tecnologias de fabricação de satélites e de veículos lançadores (REZENDE, 2011, p. 209).

Pretende-se, com as metas acima, possibilitar um novo padrão de desenvolvimento para a próxima década, obtendo os elementos essenciais para o desenvolvimento sustentável (REZENDE, 2011, p. 209).

Juntamente com as ações adotadas para o aumento da participação do Brasil no cenário mundial da nanotecnologia, estratégias para a definição de um marco regulatório nano específico foram postas em práticas pelo Poder Executivo.

3. As estratégias para a definição de um Marco Regulatório: o comitê de produtividade do Ministério da Ciência e Tecnologia

O avanço da nanotecnologia é acompanhado pelo incremento de riscos.

A par da produção dos grandes produtos que se utilizam da nanotecnologia, crescem as preocupações dos possíveis riscos que elas podem causar e pouco se sabe sobre o grau de periculosidade com a mudança da matéria (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010b, p. 136-137).

Atualmente não existe uma legislação específica para regulamentar a nanotecnologia. O que existe são normas que regulamentam a proteção do meio ambiente e a saúde humana, mas não se tem a clareza de que essas normas possam ser interpretadas para a aplicação na proteção dos possíveis riscos que essa nova tecnologia está trazendo (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 59).

A maioria dos países não possui marco regulatório definido. Diante deste quadro, cresce em importância o estabelecimento de padrões normativos e o aprimoramento da teoria jurídica para conferir condições epistemológicas adequadas para o atual momento. (IHU, 2013).

As questões apresentadas para as propostas de iniciativas à regulamentação da nanotecnologia tornam-se cada vez mais importantes, “[...] para que seja possível assegurar à sociedade que o desenvolvimento industrial seja conduzido futuramente de acordo com

um marco seguro, responsável e sustentável” (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010b, p. 137).

Cabe destacar algumas normas, trabalhos e iniciativas nacionais e internacionais que podem influenciar nos resultados dos produtos provenientes de nanotecnologia. No âmbito internacional é possível apresentar algumas iniciativas relevantes. Conforme mostra a Cartilha de Panorama de Nanotecnologia (2010b, p. 137): i) normalização internacional pelo Comitê Técnico ISO/TC 229 - Nanotecnologias; ii) trabalhos do Grupo sobre Nanomateriais da OECD, criado em 2006; iii) proposição do código voluntário “Responsible Nanocode” pela Royal Society, Insight Investment e Nanotechnology Industries Association (NIA) no Reino Unido, em 2008.

O Comitê Técnico ISO/229 foi criado no ano de 2005 e organizado em um primeiro momento sobre três eixos: “[...] WG1 - Terminologia e Nomenclatura; WG2 - Medição e Caracterização; WG3 - Saúde, Segurança e Meio ambiente”. Posteriormente foi incluído mais um eixo e formado o quarto grupo de trabalho WG4 - Especificações de Materiais. O objetivo do Comitê é implantar relatórios e normas antecipatórios para possibilitar metodologias dos possíveis riscos da nanotecnologia (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010b, p. 137-141).

A OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*) foi criada com o objetivo de auxiliar os países membros na segurança dos nanomateriais. O Código voluntário visa “estabelecer um con-

senso internacional sobre as boas práticas e indicar às organizações e às empresas o que podem fazer para demonstrar que geram, de modo responsável, as nanotecnologias, durante o período de avaliação de eventuais regulamentações complementares” (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010b, p. 144).

Nos países como Estados Unidos, Canadá e na União Europeia existe uma grande preocupação tanto pelos setores privados como pelos setores públicos em analisar a regulamentação da nanotecnologia. Uma das principais é “[...] o estabelecimento de instrumentos de governança dos riscos voltados para a transparência nas decisões relacionadas a nanotecnologia e amplo acesso à informação dos riscos pela sociedade” (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 65-66).

Para Engelmann e Berger Filho (2010, p. 67): “todo esse arsenal regulatório, direta ou indiretamente aplicável e preocupado com as nanotecnologias, seja na sua pesquisa, processo produtivo e consumo final dos produtos, mostra a preocupação internacional com o atual cenário provocado por esta Revolução Científica”.

No ordenamento jurídico Brasileiro há várias normas que são utilizadas para regular diversas áreas e poderiam auxiliar na regulamentação da nanotecnologia, mas em nenhum momento essas normas vão conseguir alcançar o resultado de regulamentar os riscos e as peculiaridades da nanotecnologia (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 68).

Quando a norma é formulada especificamente

para uma área, como de agrotóxico e outros produtos químicos, da biologia, de alimentos, fármacos, tem o objetivo exclusivo de proteger os elementos daquela área. Acontece que no Direito a lei será aplicada como taxativa. Após a manipulação, as propriedades da matéria podem reagir de outra maneira e a norma não conseguirá dar o tratamento diferenciado para os possíveis riscos da nanotecnologia.

O Brasil também tem tomado algumas iniciativas no campo da jurisdição, com destaque na criação da Comissão de Estudo Especial em Nanotecnologia ABNT/CEE-89; a formação da Rede Renanosoma, apoiada pelo CNPq e FAPESP; o projeto de engajamento público em nanotecnologia; e a atuação do grupo de pesquisa “Nanotecnologia, Sociedade e Desenvolvimento” da UFPR (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010b, p. 147).

A Comissão foi criada em 2007 pela ABNT logo depois que a mesma participou de uma reunião plenária pelo Comitê Técnico ISO/TC 229 – Nanotecnologias. A segunda iniciação tratada é a formação da rede Renanosoma – Rede de Pesquisa em Nanotecnologia, a qual foi criada em 2004 pela realização do I Seminário Internacional Nanotecnologia, Sociedade e Meio Ambiente. A grande diferença é que essa rede trabalha no sentido de tornar a nanotecnologia um objeto de reflexão e pesquisa para as ciências humanas no Brasil. O grupo de pesquisa segue o mesmo direcionamento que a rede Renanosoma, em que seu objetivo de pesquisa é analisar o desenvolvimento da N&N (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2010b, p. 149).

Essas iniciativas são consideradas como auto-regulação não jurídica, o que é pouco discutido no Brasil, mas com grande repercussão no cenário internacional.

Engelmann e Berger Filho (2010, p. 73) entendem possível conciliar a auto-regulação privada com a regulação Estatal na gestão do desenvolvimento das nanotecnologias. Para os autores:

[...] diante das dificuldades de regulamentação legal da matéria, dos custos econômicos e dos entraves às pesquisas, provenientes da criação de novas instituições para fiscalização das nanotecnologias, seria melhor deixar de lado as discussões sobre a concepção de novas leis e contar com a cooperação do setor privado numa ação regulatória das organizações (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 73-74).

Outros entendem que a auto-regulação não respeita vários itens dos marcos regulatórios e que, como são medidas de cunho privativo, teriam de ser modificados para o plano público. “[...] No entanto, esta deliberação exigirá um grau de amadurecimento que ainda não se verifica entre as empresas e os demais atores que compõem o cenário internacional, incluindo o próprio Estado” (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 77).

Os autores chamam a atenção para o fato de que as normas terão de ter uma conexão entre elas e ao ser lançado desafios terão de rever uma nova Teoria das Fontes do Direito. Promovendo entre as normas um diálogo e não exista uma hierarquia entre elas, mas sim

um canal de comunicação e compreensão, fazendo com que tenha uma combinação do marco regulatório estatais e marco regulatório não-estatais. “[...] As nanotecnologias provocarão em relação ao Direito uma efetiva “revolução”, a partir do momento em que exigirão uma tomada de posição jurídica e não legalista. Este, talvez, será um dos principais legados que as nanotecnologias deixarão no Direito” (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 79-80).

Independentemente do diálogo entre fontes pro-palado pelos autores, faz-se necessário a regulação por parte do Estado. No caso do Brasil, no âmbito das atribuições do Comitê de Produtividade para a Nanotecnologia, as principais diretrizes, para tanto, advieram do Grupo de Trabalho do Marco Legal.

3.1 Principais propostas do Grupo de Trabalho do Marco Legal do Comitê de Produtividade

O Fórum de Competitividade de Nanotecnologia foi lançado no dia 29 de novembro de 2009 e marcou a entrada da nanotecnologia na agenda do governo.

Segundo Engelmann (2013, p. s/n), na formação do Fórum de Competitividade de Nanotecnologia participaram representantes do setor privado, da academia e do governo. Ele está organizado em 4 Subseções, chamadas de GTs (Grupos de Trabalhos): o GT de Mercado; o GT de Marco Regulatório; o GT de Cooperação Internacional; e o GT de Formação de Recursos Humanos.

Em 2010 foram realizadas várias reuniões pelo

Fórum de Competitividade de Nanotecnologia com discussões voltadas para o GT de Marco Regulatório. Nas reuniões foram debatidos alguns temas, como definições e questionamentos relativos à nanotecnologia (POHLMANN; GUTERRES, 2013, p. s/n). O grupo adotou o conceito de nanotecnologia da ISO TC 229, que inclui uma das seguintes opções: i) Compreensão e controle da matéria e dos processos na nanoescala, tipicamente, mas não exclusivamente, abaixo de 10 nanômetros em uma ou mais dimensões, em que o surgimento de um fenômeno dependente do tamanho geralmente permite novas aplicações; ii) utilização das propriedades dos materiais na escala nanométrica, que diferem das propriedades de átomos, moléculas e matéria coesa, para criar sistemas, dispositivos e materiais melhorados, que explorem estas novas propriedades.

Já em 2011, na reunião realizada pelo Fórum, a ABDI (Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial) propôs para a mesma a elaboração de um Termo de Referência buscando a elaboração de estudos sobre o marco legal e normas técnicas com impacto no desenvolvimento de inovações de base nanotecnológica pela indústria brasileira.

No ano de 2011, a ABDI optou por não fazer o estudo, mesmo após vários reajustes de investimentos e identificação de quais países seriam investigados (ENGELMANN, 2013, p. s/n).

Engelmann (2013, p. s/n) aponta que o Fórum de Competitividade em Nanotecnologia, realizado em 2011, foi esquecido e, ao mesmo tempo, foi formado o Núcleo Empresarial direcionado para objetivos total-

mente contrários ao GT do Marco Regulatório. Esse novo Núcleo passou a ter grandes influências e a participar “[...] principalmente com trocas de experiência e uma plataforma de negócios”.

Em 2012 foi feito um diagnóstico acerca dos avanços de cada GT.

Os resultados não foram os esperados, devido a alguns descaminhos no desenvolver do projeto. Foram encontradas principalmente falhas no objetivo de melhorar o Marco Regulatório, tornando inadequado ao desenvolvimento da pesquisa e do mercado; grandes ameaças com a regulação nacional e internacional, devido às barreiras técnicas (ENGELMANN, 2013, p. s/n).

Tal diagnóstico leva Engelmann (2013, p. s/n) a revelar que grandes dificuldades surgem no percurso de uma regulamentação, como a falta de pesquisas científicas, para saber os efeitos positivos e negativos das nanotecnologias; o descontrole da produção de nanopartículas criadas pela ação humana; a falta de discussões públicas e o acesso à informação da Revolução Nanotecnológica; a necessidade de se revisar as bases tradicionais dos marcos normativos, pois o direito sempre espera que o fato ocorra e depois cria a regulamentação.

A ausência de discussões públicas é uma das grandes dificuldades para Marco Regulatório, pois é aí que entram os debates de uma futura regulamentação para a prevenção do possível tema.

Outro fato que pode contribuir para prevenção dos possíveis riscos é uma sociedade bem informada. Existe o princípio da informação que trata do direito da

pessoa ou sociedade estar bem informada para poder participar direta ou indiretamente de decisões.

No entendimento de Engelmann e Berger Filho (2010, p. 86), quando uma sociedade na sua maioria desconhece “[...] os riscos dos produtos que consome e das atividades econômicas que os circundam, [é resultado] da falta de interesse político e das indústrias de informar de forma clara e precisa sobre o risco potencial destes

Devido às grandes mudanças que essa nova tecnologia está proporcionando, é muito importante a participação pública no decorrer do seu desenvolvimento. Apesar de ser uma tecnologia que interessa principalmente à ciência e ao mercado, esta deve ter contato com a opinião da sociedade.

Neste contexto, faz-se necessário um comprometimento “[...] com as políticas públicas, o desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da educação, com os meios de comunicação, com o sistema jurídico e as diversas formas de promoção da cidadania e controle da vida em sociedade” (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 86).

O Brasil poderá correr sérios riscos se não regulamentar a nanotecnologia, pois outros países estão formulando normas e chegará um determinado momento que teremos de acatar a proposta estrangeira de regulação, a qual talvez não atenda aos objetivos brasileiros (ENGELMANN, 2013, p. s/n).

Além disso, não parece nada sensato, sob qualquer perspectiva, que um setor detentor de tamanho potencial econômico e de riscos fique à sorte dos desígnios e dos desejos do mercado.

A ausência de conhecimento sobre os riscos da nanotecnologia deve levar a um marco regulatório pautado na precaução e comprometido com a sanidade do meio ambiente e a qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Considerações finais

Apesar de não gozar da mesma pujança tecnocientífica que os países considerados chaves para a pesquisa e a transferência tecnológica nos setores da nanotecnologia, o Brasil, há quase quinze anos vem buscando firmar-se nesta área.

Como acontece em outros países, não há no Brasil maiores preocupações acerca dos riscos decorrentes da inserção de nanoestruturas em materiais e produtos, muitos dos quais já se encontram, inclusive sendo comercializados.

Este cenário revela duas questões centrais ligadas à pesquisa e à utilização da nanotecnologia.

A primeira é que esta é mais uma das muitas respostas tecnológicas de sociedades que são, até as entranhas, tecnológicas. Assim, a nanotecnologia é apenas mais uma etapa de uma incessante saga de uma civilização tecnológica, na qual os constantes aperfeiçoamentos das técnicas pela ciência – este é o significado de tecnologia, o estudo da técnica pela ciência (experimental, é claro) – ultrapassaram as barreiras do aprimoramento das deficiências do ser humano e se tornaram fins em si mesmos.

Em outros termos, a tecnologia não somente se auto-referencia, ela acaba justificando o modo de ser de praticamente todas as sociedades atuais.

Em outro sentido, a nanotecnologia desafia os teóricos dos direitos humanos a oferecerem respostas que possibilitem a defesa de direitos difusos frente aos riscos da tecnologia.

Todo avanço tecnológico é um passo em direção ao incerto. As novas possibilidades fazem-se acompanhar de inovações nem sempre testadas o suficiente a ponto que se possa garantir que sua utilização não venha, no futuro, causar danos a direitos de diversas ordens.

Assim, a construção de garantias contra riscos das novas tecnologias representa um campo de pesquisa a ser desbravado pelos teóricos dos direitos humanos e uma nova dimensão dos direitos humanos.

Tal dimensão só poderá ser adequadamente assegurada se tratada a partir da difusidade dos direitos em questão. Esta condicionante é justificada principalmente pelas dinâmicas que regem os processos de inovação e transferência tecnológicas na atualidade: globalizantes, altamente competitivas, homogenizantes, dependentes de consumo em larga escala e da transformação da sociedade em um grande laboratório.

Tais fatores impedem que se pense a garantia contra os riscos das novas tecnologias a partir do ser humano individualizado.

No caso específico da nanotecnologia, percebe-se uma história de avanços e retrocessos em matéria de fixação de parâmetros de segurança ambiental nestes

dez anos de tentativas de estabelecimento de um marco regulatório específico pelo Estado brasileiro.

A centralização dos esforços do Fórum de Competitividade no Ministério da Ciência e Tecnologia já dá mostras de que preocupações com questões relacionadas aos riscos da nanotecnologia ao meio ambiente, ao mundo do trabalho, aos consumidores são tratadas, pelo governo brasileiro, em segundo plano.

Tal fator, aliado ao esvaziamento do GT da Regulação em proveito do Núcleo Empresarial formado em 2011, oferece indicativos sobre o que o Executivo pretende em matéria de regulação da nanotecnologia.

Resta saber se, via Poder Legislativo, o Brasil adotará um marco regulatório pautado na defesa do meio ambiente e da sadia qualidade de vida. Dos três projetos de lei apresentados nas casas do Legislativo, dois foram arquivados.

Se há um descompasso entre a defesa dos interesses e direitos difusos e o avanço da nanotecnologia no Brasil?

Parece que sim.

A história do que não se concretizou oferece subsídios sólidos para tal afirmação.

Notas

- 1 Traz-se o exemplo do LNLS a título de ilustração. O físico Cylon G. da Silva foi um dos participantes do projeto de implantação do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron (LNLS), que havia sido projetado em na década de 1980, antes de ser conhecida a nova tecnologia chamada hoje mundialmente como

nanotecnologia. Segundo relato do cientista: “Nos documentos iniciais do LNLS nós queríamos construir um laboratório que disponibilizasse instrumentos capazes de estudar matéria no nível atômico. Por isso foi tão fácil desenvolver a nanotecnologia no Brasil. Porque ao longo dos anos o país investiu em laboratórios capazes de fazer nanotecnologia e nanociência, sem usar esse termo. A FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo) investiu pesadamente, o CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) e a Finep (Financiadora de Estudos e Projetos) também. Mas o que chamou a atenção do mundo para a nanotecnologia foi o programa americano.” (CIÊNCIA E TECNOLOGIA, 2013).

Referências

- AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. **Cartilha de Panorama de Nanotecnologia**. Brasília: ABDI, 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 57-130.
- CIÊNCIA E TECNOLOGIA. **Laboratório Nacional de Luz Síncrotron** (LNLS). Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/ciencia-e-tecnologia/unidades-de-pesquisa/laboratorio-nacional-de-luz-sincrotron-lnls>>. Acesso em: 03 abr 2013.
- ENGELMANN, Wilson. BERGER FILHO, Airton Guilherme. **As nanotecnologias e o direito ambiental: a mediação entre custos e benefícios na construção de marcos regulatórios**. Revista de direito ambiental, São Paulo : R. dos Tribunais, v. 15, n. 59, jul. /set. 2010.
- ENGELMANN, Wilson. **Atual situação da nanotecnologia no Brasil**. Comissão de meio ambiente e desenvolvimento sustentável. 54^a Legislatura - 2^a Sessão Legislativa Ordinária. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cmads/audiencias-pu>>

- blicas/audiencias-publicas/13-12-12-debate-sobre-a-atual-situacao-da-nanotecnologia-no-brasil>. Acesso em: 20 abr 2013.
- FERNANDES, Maria Fernanda Marques; FILGUEIRAS, Carlos A. L. **Um panorama da nanotecnologia no Brasil (e seus macro-desafios)**. Quím. Nova (online). 2008, vol.31, n.8, pp. 2205-2213.
- HAURIOU, Maurice. **La teoria de la institucion y de la fundacion**: ensaio de vitalismo social. Tradução Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires, 1968.
- IHU. **Nanotecnologias, o cuidado com o ser humano e o meio ambiente**. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4058&secao=372>. Acesso em: 16 abr 2013.
- INVERNIZZI, Noela. **Visões do futuro**: nanociência e nanotecnologia no Jornal da Ciência. Disponível em: <www.necso.ufrrj.br/esocite2008/trabalhos/35807.doc>. Acesso em: 15 abr 2013.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OLIVEIRA, Saulo Campos. FARIA, Leandro Innocentini Lopes de. **Indicadores rede de colaboração científica: um olhar sob o programa brasileiro de nanotecnologia**. XII Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação. Brasília-DF, 2011. Disponível em: <[enancibXII/paper/view/891](http://enancib.ibict.br/index.php/xii/enancibXII/paper/view/891)>. Acesso em: 16 abr 2013.
- PARCERIAS ESTRATÉGICAS. **A iniciativa brasileira em nanociência e nanotecnologia**. 2004. Disponível em: <seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/132/126>. Acesso em: 15 abr 2013.
- PASCHOALINO, Matheus P; MARCONE, Glauciene P. S; JARDIM, Wilson F. **Os nanomaterias e questão ambiental**. Quím. Nova, Vol. 33, N. 2, 2010.
- POHLMANN, Adriana Raffin. GUTERRES, Silvia Stanisçuaski. **Forum de Competitividade Em Nanotecnologia Contribuições GT Marco Regulatório**. Relatório GT Marco Regulatório. Fórum de Competitividade em Nanotecnologia. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1283535420.pdf>. Acesso em: 20 abr 2013.

- REDIGUIERI, Carolina Fracalossi. **Study on the development of nanotechnology in advanced countries and in Brazil.** Braz. J. Pharm. Sci. (online). 2009, vol.45, n.2, pp. 189-200.
- REZENDE, Sergio Machado. **Produção científica e tecnológica no Brasil:** conquistas recentes e desafios para a próxima década. São Paulo: RAE, v. 51, n. 2, 2011.
- ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. **Policontextualidade e direito ambiental reflexivo.** In: Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos - n. 53. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 9-28.
- ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico.** Trad.: Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- SANT'ANNA, Leonardo da Silva; ALENCAR, Maria Simone de Menezes; FERREIRA, Aldo Pacheco. **Patenteamento em nanotecnologia no Brasil:** desenvolvimento, potencialidades e reflexões para o meio ambiente e a saúde humana. Quím. Nova (online). 2013, vol.36, n.2, pp. 348-353.
- TOMA, Henrique E. **Interfaces e organização da pesquisa no Brasil:** da química à nanotecnologia. Quím. Nova (online). 2005, vol.28, suppl., pp. S48-S51.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS. **Brasil sobe duas posições em ranking de produção científica e chega a 13º do mundo.** Disponível em: <<http://www.fef.ufg.br/pages/7527>>. Acesso em: 04 abr 2013.



Uma análise do orçamento do Maranhão e possibilidade de controle social a partir da perspectiva de desenvolvimento em Amartya Sen.

An analysis of Maranhão budget and the possibility of social control from Amartya Sen's development perspective

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2015

Igor Martins Coelho Almeida

Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

Mônica Teresa Costa Sousa

Doutora em Direito (UFSC). Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFMA. Avaliadora do INEP/MEC.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Uma análise do orçamento do Maranhão e possibilidade de controle social a partir da perspectiva de desenvolvimento em Amartya Sen. - pp. 323-352

ALMEIDA I. M. C. / SOUSA M. T. C.

Resumo

Este trabalho tem por objetivo um estudo do orçamento do Estado do Maranhão nos últimos quatro anos a partir de uma perspectiva de desenvolvimento trazida principalmente por Amartya Sen. Também faremos a análise da possibilidade de controle social do orçamento público. Ao final, verificaremos se o orçamento público cumpre sua finalidade essencial, que é o atendimento ao interesse público.

Palavras-chave

Controle Social. Orçamento Público. Desenvolvimento.

Abstract

This work aims to analyze state of Maranhao budget in the last four years, from a development perspective brought primarily by Amartya Sen. It will also examine the possibility of public budget social control. Finally, it will be checked whether public budget fulfills its essential purpose, which is serving the public interest.

Keywords

Social Control. Public Budget. Development.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Uma análise do orçamento do Maranhão e possibilidade de controle social a partir da perspectiva de desenvolvimento em Amartya Sen. - pp. 323-352

ALMEIDA I. M. C. / SOUSA M. T. C.

Sumário

Introdução. 1. Da participação popular e controle social. 2. O orçamento público e a possibilidade de controle social. 3. O desenvolvimento e o combate à pobreza. 4. Um modelo de desenvolvimento adequado à realidade maranhense. 5. Recursos para execução de políticas ou recursos para fazer política? Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo tem por objeto a possibilidade de controle social e participação popular no que tange à escolha de políticas públicas fundamentais para o desenvolvimento de uma região, no caso específico, o Estado do Maranhão.

Em primeiro lugar serão traçadas linhas gerais sobre o controle social da Administração Pública e participação popular e como tais mecanismos incidem na esfera pública e nos orçamentos. Posteriormente, a intenção é apresentar um novo modelo de desenvolvimento, pautado no compromisso de implementação da justiça social e da efetivação de políticas públicas fundamentais para que qualquer pessoa possa gozar da liberdade, no sentido mais amplo. Nesse tópico, apresentaremos alguns indicadores de desenvolvimento de organismos e agências nacionais e internacionais para o Estado do Maranhão que pontuem a necessidade de políticas públicas adequadas à realidade local.

Por fim, trazemos dados sobre a realidade social do Estado do Maranhão, através de informes estatísticos que demonstram a ineficiência do Poder Executivo em gerenciar e executar políticas públicas fundamentais para o desenvolvimento da região. Essa análise passará também por um breve estudo do orçamento estadual ao longo dos últimos 4 anos, tentando compreender de que forma o Estado distribui os recursos necessários para diversas áreas, e se, dentro do poder discricionário da Administração Pública, essa divisão atende às necessidades da população.

1. Da participação popular e controle social

Desde o fim da década de 1980, com o processo de redemocratização nos países da América do Sul, tem ganhado destaque o papel dos cidadãos na possibilidade de formulação, monitoramento e controle de políticas públicas. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, isso não foi diferente. Dispondo de diversos canais institucionais de participação popular¹, a atual Constituição conferiu ao povo a titularidade do poder, podendo exercê-lo de forma direta ou indireta, através de representantes.² Em que pese a inclusão desses canais de poder exercidos diretamente pelo povo - democracia direta - nos regramentos jurídico-normativos, a discussão continua ainda presente na agenda pública e institucional das modernas democracias ocidentais.

O fortalecimento do debate sobre as novas for-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Uma análise do orçamento do Maranhão e possibilidade de controle social a partir da perspectiva de desenvolvimento em Amartya Sen. - pp. 323-352

ALMEIDA I. M. C. / SOUSA M. T. C.

mas de gestão pública através dos canais de democracia participativa tem ganhado corpo por conta da admissão de que existe uma crise no modelo de democracia representativa. Para Grau (1998, p. 87-88), é exatamente essa crise que propicia o surgimento de um movimento de reforma tendente à democratização dos pilares fundamentais da democracia representativa: os parlamentos e os partidos políticos. No cenário brasileiro, existem iniciativas de projetos de lei de reforma do sistema política, no sentido de fortalecer o sistema representativo de democracia.³

Assim, essa crise justifica a necessidade da adoção de medidas de criação e fortalecimento de mecanismos de democracia participativa, garantindo-se pluralidade no processo de discussão e de propostas apresentadas ao Estado. A promoção de um pluralismo nesse processo político, em favor de interesses usualmente destituídos, reivindicam os valores da igualdade política e da deliberação para a formação da vontade política (GRAU, 1998, p.88).

Há se de ressaltar que, com cidades populosas e que apresentam questões bastante complexas e o receio permanente de que haja uma *tiranía da maioria*, os instrumentos de democracia direta devem ser conjugados com os de democracia representativa. Mesmo com pouca experiência na abertura desses canais de diálogo com a sociedade, o Estado tem o dever de abri-los, tendo em vista que a expressão direta dos cidadãos amplia o espectro de oportunidades da administração pública (GRAU, 1998 p.88).

Em junho de 2013, os gestores públicos foram surpreendidos com as manifestações populares que tomaram conta das ruas e avenidas das capitais e principais cidades brasileiras. Apesar de uma origem específica⁴, as manifestações foram pautadas pela diversidade das reivindicações. Contudo, uma esteve presente na grande maioria delas: a abertura de mais espaços de participação popular no âmbito decisório da administração pública.⁵ Se essa foi uma demanda, certamente é porque tais espaços não são garantidos.

Ely (2010, p. 137) aponta que esse mau funcionamento ocorre quando o *processo* não merece a confiança da população, ou seja:

[...] quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem o direito a voz e voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer a comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

Sen (2011, p. 360) menciona que é extremamente necessário pensarmos a democracia do século XXI com a mudança do *modus operandi* comum no Brasil até hoje: um Legislativo desacreditado, fraco e submis-

so aos desejos do Executivo. O economista indiano nos apresenta essa nova compreensão da democracia, galgada principalmente na participação política, no diálogo e na interação pública, como se vê:

O mais importante é observar que a totalidade dessas novas contribuições ajudou a trazer o reconhecimento geral de que os pontos centrais de uma compreensão mais ampla da democracia são a participação política, o diálogo e a interação pública. (...)

No entanto, a ideia de considerar a democracia “governo por meio do debate”, tão amplamente aceita na filosofia política atual (embora nem sempre pelos institucionalistas políticos), por vezes colide com as discussões contemporâneas sobre a democracia e seu papel em termos mais antigos e mais rigidamente organizacionais. (SEN, 2011, p. 360).

Portanto, é preciso fortalecer a democracia e mesmo criar novas condições institucionais para que esta possa se perpetuar. Mas para que o processo de construção de mecanismos eficazes de democracia participativa tenha êxito é fundamental que a sociedade civil e a esfera pública estejam fortalecidas.

Sobre a sociedade civil, Junger Habermas adverte que a mesma não deve ser confundida com a “sociedade burguesa”, e que aquela é formada por “associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação

da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida” (2011, p. 100). Para o autor, essas entidades “captam os ecos dos problemas sociais”, institucionalizando os discursos e os levando para a esfera pública. Ressalta-se que, com tais características, o seu caráter de influência no sistema político. Por fim, Habermas (2011, p. 107) destaca:

[...] a sociedade civil, apesar de sua posição assimétrica em relação às possibilidades de intervenção e apesar das limitadas capacidades de elaboração, tem a chance de mobilizar um saber alternativo e de preparar traduções *próprias*, apoiando-se em *avaliações técnicas especializadas*.

A esfera pública consiste no espaço de discussão e de entendimento que reúne diversos atores. Constitui-se em uma estrutura comunicativa, pautado pelo entendimento, relacionado com o espaço social gerado por esse agir comunicativo (HABERMAS, 2011, p. 93). Os problemas que são levados para a esfera pública emergem, inicialmente, nos debates promovidos e na pressão social exercida pela sociedade civil. Bento (2003, p. 171) reconhece a emergência da esfera pública e disserta sobre sua nova compreensão:

A esfera pública, enquanto se compunha apenas de indivíduos proprietários, reivindicava apenas a abstenção do Estado, instrumentalizando a política em função da preservação da

liberdade privada. Porém, na medida em que se ampliou para compreender todas as camadas da população, os conflitos de classe encontraram nela tradução, e, conseqüentemente, políticas estatais. A obrigação que o Estado assume doravante de corrigir as desigualdades de fato, distribuir renda, socializar o risco e, posteriormente, assegurar direitos fundamentais, representa a tradução e a resposta institucional ao conflito de interesses da sociedade civil que, graças à universalização do sufrágio e à massificação da política, emerge à esfera pública.

Por conta do processo de massificação da política e universalização do sufrágio apontados pelo autor, a esfera pública torna-se um espaço plural e diversificado, traçando delineamentos e estratégias para além de instâncias oficiais de representação de interesses da sociedade, como os partidos políticos, que perderam a capacidade de identificar-se com setores da sociedade (BENTO, 2003, p. 173).

Nessa esteira, a partir do que foi levantado, faz-se imprescindível a construção de novos (e/ou fortalecimento dos já existentes) instrumentos de participação popular e controle social para proposição e monitoramento de políticas públicas que garantam a efetividade dos direitos fundamentais. A construção desses mecanismos deve ser ampliada, rompendo inclusive limites com os espaços e esferas de controle social institucionais, com o objetivo de se evitar o processo de cooptação de lideranças e a burocratização da discus-

são. A Constituição Federal de 1988 introduziu alguns desses espaços institucionais⁶. Todavia, hoje muitos deles estão eivados dos vícios comuns à Administração Pública⁷.

Um dos empecilhos e uma das principais fontes de resistência ao processo de participação popular e controle social no âmbito da Administração Pública consiste no déficit informacional por grande parte dos cidadãos. Essa assimetria pode ocorrer por dois motivos: i) pela ausência de informações ou ii) pela existência de informações, mas que não estão disponíveis em linguagem acessível para a maioria da população (GRAU, 1998, p. 105).

Esta última situação é bastante comum em audiências públicas inseridas em processos de licenciamento ambiental de grandes empreendimentos, onde a informação está disponível para a sociedade (através de ferramentas como a *internet*), contudo, de forma tecnicista, utilizando linguagem que apenas estudiosos e profissionais da área conseguem compreender.

Como medida para tentar sanar a primeira distorção (a falta de informações), e assim exercer de forma mais qualificada o controle social da Administração Pública e seus atos, podemos citar a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulamenta o direito de acesso à informação previsto em diversos dispositivos constitucionais. Dentre eles, o artigo 37, §3º, II, da CF/88, que garante o acesso dos usuários a informações relativas aos atos de governo e a registros administrativos.

Há de se destacar que a possibilidade de tornar a Administração Pública mais permeável e democrática

em nada afeta sua eficiência. A ampliação da rede de controle social contribuirá para que não se tenha uma Administração Pública subserviente a interesses particulares ou uma burocracia auto-referente. Quando evada de práticas patrimonialistas e oligárquicas, a Administração Pública não reflete um *locus* de eficiência no âmbito da *res publica* (GRAU, 1998, p. 105-106).

As ideias de Bento (2003, p. 152) caminham nesse sentido, afirmando que urge a “necessidade de tornar os governos e as administrações públicas mais *eficientes*”. Essa eficiência consiste em uma Administração Pública que realize mais com menos recursos, e, ao mesmo tempo, preste serviços de qualidade aos cidadãos, na esteira do princípio da eficiência alocativa. Prossegue o autor observando que o caminho de reconstrução também é exterior à Administração Pública:

Todavia, o plano de reconstrução do Estado vai além de um imperativo de eficiência. Trata-se também de reconstruir a esfera pública, de fortalecer a sociedade civil, sua capacidade de autogestão; ao mesmo tempo, de superar o insulamento burocrático, de combater a falta de responsabilidade política administrativa pela má formulação ou implementação de estratégias, e de prevenir a captura dos governos por interesses corporativos e a privatização do espaço público. (BENTO, 2003, p. 152-153)

O autor acima citado ratifica o posicionamento de Grau (1998), onde *eficiência* e *democracia* devem caminhar juntas, haja vista serem noções que se com-

pletam mutuamente, “no sentido de que um Estado torna-se tão mais eficiente quanto mais democrático for o seu governo e sua administração.” (BENTO, 2003, p. 153).

A atuação da sociedade civil no controle social da Administração Pública deve ir além de pontos e questões específicas, atingindo áreas estruturantes dentro da esfera administrativa. A participação social exercida apenas no âmbito local fragiliza a discussão coletiva de um modelo global de efetivação de direitos. Nesse sentido, o controle social deve pautar a politização de problemas globais (BENTO, 2003, p. 224-225), como a discussão sobre os *orçamentos públicos*, que envolvem programas e ações voltadas, por exemplo, para a realização da reforma agrária, a educação, políticas públicas de trabalho e a geração de renda, a fim de garantir um processo de desenvolvimento inclusivo.

Por fim, apresentam-se propostas de modelos de participação popular que sejam resolutivas, haja vista que “no contexto de uma esfera pública politizada e democrática, é essencial o desenvolvimento de desenhos institucionais discursivos que incluam a deliberação como dimensão necessária da participação”. São apresentados os seguintes modelos: *i*) pesquisa de opinião deliberativa; *ii*) os júris políticos; *iii*) as conferências de consenso; e *iv*) o modelo dos três passos (BENTO, 2003, p. 229-230). Além destes, podemos mencionar ainda a existência dos instrumentos constitucionalmente garantidos (mandado de segurança, *habeas data*, ação popular) e os instrumentos de um controle sócio-político, como denúncias a órgãos oficiais de controle e a organizações sociais e mobilizações sociais.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 e demais instrumentos legislativos são os principais instrumentos garantidores do controle social da Administração e seus atos, inclusive dos chamados *discricionários*. Caso entenda que eles não cumprem sua finalidade primordial (o atendimento ao interesse público e ao bem comum), a sociedade, através dos instrumentos legais disponíveis (espaços de participação popular em instâncias governamentais e ações judiciais, por exemplo), tem legitimidade para questioná-los.

2. O orçamento público e a possibilidade de controle social

As determinações legais orçamentárias são, no Brasil, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Para efeito deste trabalho, detalharemos apenas essa última.

A Lei Orçamentária Anual dispõe sobre a estimativa de receitas e despesas de cada órgão da administração pública direta e indireta, dos três poderes, além de outros órgãos públicos, como o Tribunal de Contas, Defensoria Pública e o Ministério Público. No âmbito do Poder Executivo, a LOA detalha a previsão de receitas e despesas por programas, ações e atividades para execução de políticas públicas.

A elaboração do orçamento público é de competência do Poder Executivo. Enquanto atribuição deste trata-se de ato administrativo. Após a conclusão de sua

elaboração, é encaminhado ao Poder Legislativo para que possa ser discutido, criticado, emendado e finalmente aprovado, passando assim a ser lei que disporá sobre as diretrizes de receitas e despesas do município, Estado federado ou União. Assim, o orçamento público passa por dois processos de controle institucionais: no âmbito do Executivo, ainda em fase de elaboração, e no âmbito legislativo, quando poderá ser discutido de forma mais abrangente.

Como forma de propiciar que diversos setores e atores sociais sejam contemplados de modo satisfatório, os mesmos devem ser ouvidos pelo Executivo, com o objetivo de produzir uma proposta de orçamento que reflita os interesses e demandas de uma sociedade tão diversa e plural. Se isso não é propiciado pela Administração Pública, a sociedade pode e deve exercer, por outros canais, o controle social sobre o orçamento.

Mais do que um instrumento legal e burocrático de como a Administração Pública deverá ser regida no âmbito fiscal, o orçamento público é uma peça de manifestação política e de articulação pela governabilidade.

Ao mostrar onde e como o poder público pretende aplicar o dinheiro público, o orçamento espelha suas reais prioridades políticas. Uma análise do projeto orçamentário de qualquer dos níveis de governo indica quais são os projetos e planos de desenvolvimento em andamento e os setores ou grupos sociais que serão beneficiados. Como peça política que é, a proposta orçamen-

tária e seu processo de aprovação refletem tanto os compromissos de quem está no poder quanto a relação de forças na sociedade civil, o poder de mobilização de seus setores organizados e a quem os parlamentares eleitos estão realmente representando (BALCÃO, TEIXEIRA, 2003, p. 11).

O controle social do orçamento, historicamente, tem sido caracterizado como instrumento inibidor de desvios e abusos no trato da coisa pública. Contudo, o controle também deve ter um sentido positivo, que é o de orientar as políticas. Deve incluir programas e ações voltados a atingir os princípios da Administração Pública e, principalmente, a adequação ao atendimento das necessidades da sociedade, a partir do ótimo emprego dos recursos públicos.

Portanto, a elaboração, consolidação e aprovação do orçamento público devem estar sujeitos a um efetivo e contínuo processo de controle social, tendo em vista que os programas e ações previstos para serem efetivados pelo Executivo devem ter como fim primordial o interesse público e a sociedade em geral.

3. O desenvolvimento e o combate à pobreza

A partir de então, traçam-se algumas linhas sobre o processo de combate à pobreza e à miséria, tendo como matriz orientadora as noções de Amartya Sen (2010) sobre o *desenvolvimento*. Para efeitos de medi-

ção de qualidade de vida e de avanços sociais, índices como o Produto Interno Bruto (PIB) e a renda *per capita*, perfazem uma análise ultrapassada, sendo eficazes apenas para verificar o nível de avanço econômico e industrial. A Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)⁸ para aferir o desenvolvimento. Lembra o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2014) que, apesar de ampliar a concepção sobre desenvolvimento humano,

O IDH não abrange todos os aspectos de desenvolvimento e não é uma representação da “felicidade” das pessoas, nem indica “o melhor lugar no mundo para se viver. Democracia, participação, equidade, sustentabilidade são outros dos muitos aspectos do desenvolvimento humano que não são contemplados no IDH.

São componentes do IDH os seguintes indicadores: i) renda; ii) escolaridade e iii) longevidade. Sen (2010) acresce que além destes, fatores como participação popular, democracia e respeito ao meio ambiente, dentre outros, são fundamentais para formar uma concepção alargada de desenvolvimento. Em *Desenvolvimento como liberdade*, o autor afirma expressamente que “a participação e a dissensão política são partes constitutivas do próprio desenvolvimento” (SEN, 2010a, p. 56).

Destaca o autor que tudo isso está refletido no grau de liberdade do ser humano. Quanto maior for

esse grau, ou quanto mais *livre* for o indivíduo, maior será a possibilidade de poder participar da vida política de sua localidade; de ter acesso à saúde e educação de qualidades, condições para o exercício da liberdade; de conseguir uma renda maior. Assim, maior então será o nível de desenvolvimento alcançado não apenas pelo indivíduo, mas também pela sociedade.

Ainda de acordo com Sen (2010a, p. 55), o desenvolvimento deve ser encarado como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”. Essa expansão deve ser o *fim* e o *meio* do processo de desenvolvimento, e que esse processo tem por objetivo a eliminação de qualquer caráter de privação das pessoas. São essas privações (muitas delas ocasionadas pela falta de renda, de acesso à saúde, educação, participação política) que emperram o processo de desenvolvimento de uma região.

Um ponto fundamental na compreensão do raciocínio de Sen (2010a, p. 58) é a noção das *liberdades instrumentais*. Para ele, são essas liberdades que contribuem para a “liberdade global que as pessoas têm para viver como desejariam”. Cinco seriam as liberdades instrumentais: i) liberdades políticas; ii) facilidades econômicas; iii) oportunidades sociais; iv) garantias de transparência e; v) segurança protetora. Aqui vamos nos deter apenas nas *oportunidades sociais*.

As *oportunidades sociais* são as “disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde, etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de um indivíduo viver melhor.” (SEN, 2010a, p. 59). Para o autor, tal liberdade instrumental não é importante

apenas para a condução da vida privada, mas também da vida econômica e política do indivíduo.

Portanto, a partir desta análise, podemos compreender que o acesso universal, irrestrito e digno às políticas que promovam o bem estar social geral da população, como educação, saúde, saneamento básico e geração de emprego e renda, são cruciais para que o indivíduo possa se libertar das restrições e privações que colocam obstáculos ao desenvolvimento pessoal e coletivo.

Sousa (2011, p. 44), revisitando as lições de Adam Smith, afirma que mesmo o inglês, considerado o “pai” do Liberalismo Econômico, na construção de sua teoria, não compreendia o desenvolvimento como simples crescimento econômico. Segundo a autora, Smith também considerava que a existência de outros fatores, como ética, segurança jurídica, bom governo e participação da sociedade civil organizada também eram fundamentais para o desenvolvimento de uma nação. Assim, os ganhos e rendas gerados a partir da divisão do trabalho, por si só, não eram capazes de promover o bem estar e o desenvolvimento. Os ganhos e rendas deveriam advir de relações éticas e a partir de condições igualitárias estabelecidas entre os grupos sociais. Prossegue Sousa (2011, p. 85):

[...] para Adam Smith, seriam as condições mínimas para o desenvolvimento, quais sejam, a organização da sociedade civil, instituições públicas sólidas e confiáveis, um Estado forte, mas não autoritário e centralizador, garantidor

de direitos individuais e de participação social, um eficiente e independente sistema judiciário e uma forte base ética comportamental.

Desta forma, é possível e essencial compreender a necessidade de harmonia entre Estado e sociedade civil para que se encontrem as condições necessárias para o desenvolvimento.

4. Um modelo de desenvolvimento adequado à realidade maranhense

Analisando as causas das fomes coletivas, Sen (2010b, p. 213) destaca que uma das formas de combatê-las e superá-las é através do *intitlamento*.⁹ Conforme seus ensinamentos, uma das influências do intitlamento é a possibilidade de produção e de uso. Aqui, “as possibilidades de produção são determinadas pela tecnologia disponível e são influenciadas pelo conhecimento disponível e pelo potencial das pessoas para organizar seus conhecimentos e dar-lhes um uso efetivo.”

No que tange às possibilidades de produção no combate à pobreza e à fome, faz-se necessário estarmos atentos aos incentivos geradores do crescimento da produção e das rendas dos indivíduos. Isso requer medidas que encorajem e aumentem a mudança técnica, a especialização de mão de obra e a produtividade (SEN, 2010b, p. 229-230). Assim, na promoção do desenvolvimento, o Estado deve ser capaz de fomentar a promo-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Uma análise do orçamento do Maranhão e possibilidade de controle social a partir da perspectiva de desenvolvimento em Amartya Sen. - pp. 323-352

ALMEIDA I. M. C. / SOUSA M. T. C.

ção de políticas de emprego e renda (as *oportunidades sociais*) que propiciem o rompimento das restrições e privações sofridas pelos indivíduos, culminando, então, na aceleração do processo de desenvolvimento.

Sen (2010b, p. 35) também traz à mesa de debates uma reflexão sobre a *inclusão injusta*. Para ele, grande parte das restrições e privações de liberdade sofridas pelos indivíduos é fruto de termos desfavoráveis de inclusão e condições adversas de participação. Cita a ocorrência do trabalho infantil e do trabalho em condições análogas à escravidão, como formas da inclusão do indivíduo nos meios de produção capitalistas, mas de forma injusta. No Maranhão, essa *inclusão injusta* tem tido repercussão nos baixos índices sociais da população e no aumento dos conflitos agrários.

Segundo a Comissão Pastoral da Terra (CPT), o Maranhão vem se mantendo na liderança no ranking de conflitos agrários. A entidade divulga todos os anos um caderno com a relação de todos os conflitos por terra identificados no país. De acordo com os dados disponíveis¹⁰, o Estado apresentou 223 conflitos em 2011 e 157 em 2012.

Para a CPT, os graves conflitos envolvendo comunidades tradicionais e empresas e/ou latifundiários são resultados do atual modelo neocolonialista explorador instaurado no campo brasileiro. Tal prática (neocolonialista), “reproduz o modelo colonial de ocupação, (...), espoliador das terras, culturas, (...), concentrador da terra e dos bens e riquezas que ela produz”, afirma a entidade (CPT, 2012).

Nesse cenário, é imprescindível que a adoção de

políticas estruturantes por parte do Estado para acabar com as restrições e privações impostas ao homem do campo por conta dos conflitos agrários, fator impeditivo para a promoção do desenvolvimento.

5. Recursos para execução de políticas ou recursos para fazer política?

Os números do orçamento do Estado do Maranhão nos últimos quatro anos¹¹ demonstram como o Executivo tem negligenciado a promoção de políticas fundamentais para o rompimento das privações e restrições sofridas pela população. Conseqüentemente, o Estado tem sofrido com anos de baixos índices de desenvolvimento humano.¹²

Foram analisados os orçamentos estaduais dos anos de 2010 a 2013, conforme as respectivas Leis Orçamentárias Anuais (LOA's), disponíveis no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Planejamento e Orçamento – SEPLAN¹³. Mesmo com a disponibilidade dos dados na *internet*, a análise e comparação dos mesmos mereceu atenção, tendo em vista as mudanças administrativas realizadas pelo Executivo nos últimos anos, o que levou Secretarias Estaduais a serem extintas e programas/ações criados ou fundidos. Para efeitos comparativos, analisaremos o percentual de crescimento das receitas totais previstas pelo Estado, bem como a previsão orçamentária para a Secretaria Estado de Comunicação (SECOM), a Secretaria de Estado de Trabalho e Economia Solidária (SETRES) e o Instituto

de Colonização de Terras do Maranhão (ITERMA), bem como programas/ações referentes a essas pastas.

Segundo a previsão orçamentária constante nas LOA's de 2010 a 2013, a previsão de crescimento na renda do Estado do Maranhão foi de 55%.¹⁴ Tal percentual demonstra o forte crescimento econômico do Estado nos últimos quatro anos, fruto de política estatal de incentivo ao ingresso de grandes empresas e capitais.

No que tange à previsão orçamentária destinada para os órgãos escolhidos, percebemos uma grande disparidade. A SECOM teve um crescimento de receita da ordem de 64,75% (em 2010, R\$ 35.447.356,00. Em 2013, R\$ 58.400.000,00). No mesmo período, para o ITERMA o crescimento foi de 39,8%. O que mais impressiona é o fato de que, nos últimos quatro anos, a SETRES teve **uma redução orçamentária** de 44,9%.

Em números absolutos, conseguimos perceber a distinção na escolha do Executivo estadual em privilegiar a política de comunicação oficial em detrimento de outras fundamentais para o desenvolvimento de um Estado que apresenta os piores índices de desenvolvimento humano do país. No orçamento de 2013, destinou-se à SECOM mais de 58,4 milhões de reais para realizar divulgação de ações governamentais e realização e promoção de eventos. Para a SETRES foi previsto apenas 4,9 milhões de reais. O ITERMA, responsável pela regularização fundiária e assentamento de trabalhadores rurais, apenas 8,4 milhões de reais.

A diferença é ainda mais acentuada quando comparados os orçamentos destinados especificamente para programas e ações governamentais. Em 2013,

para a ação *Divulgação das Ações Governamentais*¹⁵ foram previstos 38,2 milhões de reais. No âmbito da SETRES, o programa de *Qualificação e Promoção do Trabalho*¹⁶ tinha previsto apenas 1,58 milhão de reais. Já o programa *Desenvolvimento da Economia Solidária*¹⁷ teve previsto apenas 500 mil reais. Na questão agrária, as ações de *Regularização Fundiária*¹⁸ e *Assentamento de Trabalhadores Rurais*¹⁹ totalizavam cerca de 1,815 milhão de reais. A partir destes dados, é facilmente compreendida a escolha feita pelo Executivo maranhense e certamente esta não foi a melhor possibilidade do ponto de vista social.

Conclusão

No primeiro momento, trouxemos para a possibilidade de participação popular e controle social na administração pública, em especial sobre o orçamento público. Nesse sentido, ratificamos o entendimento de que o orçamento não é apenas uma peça administrativa-financeira, mas também um ato político - onde a administração irá dizer em quais políticas pretende alocar mais ou menos recursos.

Não nos parece que o interesse público esteja sendo atendido quando o Poder Executivo, responsável pela implementação de políticas fundamentais para o desenvolvimento, priorize ações de divulgação dos atos institucionais de um governo. É importante destacar que a informação é um direito fundamental e todo cidadão deve ter conhecimento dos atos dos gestores

públicos. Contudo, não nos parece proporcional e nem mesmo legal que a Administração Pública estadual reserve vultuosos recursos em detrimento de programas e ações tão mais importantes em um Estado caracterizado pelos baixíssimos índices sociais e de desenvolvimento humano.

Por isso, mesmo sendo considerado um ato discricionário, não é possível enxergar o ato de elaboração do orçamento nos moldes como o do Maranhão como aquele que atenda ao interesse público, tendo em vista o nítido caráter de desvalorizar políticas que priorizem o exercício de liberdades e o desenvolvimento humano. Nesse sentido, é mais do que salutar a possibilidade de controle (por qualquer uma das esferas ou instâncias aqui apresentadas), mesmo em situações que os atos administrativos, a princípio, fossem de liberalidade do executivo. As diferentes formas de controle desses atos visam exatamente não apenas que os mesmos cumpram a sua finalidade (atendimento ao interesse público), mas também, de acordo com a perspectiva aqui trabalhada, de promoção do desenvolvimento.

As políticas de geração de emprego, trabalho e renda e a agrária e de regularização fundiária tem por objetivo a promoção da liberdade dos indivíduos, através das oportunidades sociais, como apontado por Sen (2010). A partir da execução de tais políticas, são fornecidos elementos fundamentais para o empoderamento da coletividade, necessários para a tomada de consciência de sua condição de agente da transformação social. Além disso, são exemplos cristalinos do *intitulado* apontado pelo economista indiano.

Os números do orçamento aqui apresentados falam por si. O forte crescimento econômico vivenciado pelo Maranhão nos últimos quatro anos não se refletiu em ações do Executivo para a erradicação da pobreza e da miséria no Estado. Pelo contrário. A redução orçamentária de 44% (quarenta e quatro por cento) no órgão estadual responsável pela implementação da política de geração de emprego e renda e o baixo crescimento no órgão responsável pela política de regularização fundiária e fortalecimento dos assentamentos rurais demonstram o completo desinteresse em garantir que a população maranhense tenha suas liberdades asseguradas.

Por outro lado, o crescimento do orçamento destinado a ações de propaganda institucional teve um percentual de crescimento altíssimo, se comparada com outras políticas. Ademais, para além do percentual de crescimento, o valor absoluto do que é destinado a ações de marketing e propaganda chega a ser 25 vezes maior do que é destinado para a qualificação e promoção de geração de emprego e renda. Trata-se de um verdadeiro “governo de propaganda”.

Sendo assim, é possível afirmar que o Executivo, por meio da construção de suas propostas orçamentárias (quase sempre aprovadas sem muitas alterações pelo Poder Legislativo local), não promove de maneira eficaz e incisiva o desenvolvimento humano, na medida em que prioriza ações de promoção institucional em detrimento de políticas verdadeiramente libertadoras. Portanto, encarar a possibilidade de controle de atos discricionários, em situações como essas, mais do que legítimo, é imprescindível para o desenvolvimento.

Notas

- 1 Podemos citar a iniciativa popular de lei, os plebiscitos, referendos, os conselhos gestores de políticas públicas, dentre outros.
- 2 Artigo 1º, Parágrafo Único, CF 88
- 3 Na Câmara dos Deputados tramita do Projeto de Lei n. 1.205/2007, de autoria do então deputado Flávio Dino (MA) e o Projeto de Lei de Iniciativa Popular da Campanha “Eleições Limpas”, realizada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral. A íntegra dessa proposta está disponível www.eleicoeslimpas.org.br
- 4 As manifestações de rua em junho/2013 começaram com grupos organizados que lutaram contra o aumento da tarifa do transporte coletivo e pelo direito ao passe livre nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro. Após forte repressão policial, as manifestações foram ganhando milhares de adeptos, que introduziram pautas plurais, como o dinheiro público investido em grandes eventos, a reforma política, o combate à homofobia, a derrubada da Proposta de Emenda Constitucional que outorgava às forças policiais a exclusividade nas investigações (PEC 37), dentre outras.
- 5 Para compreender as manifestações que tomaram conta do Brasil em junho/2013, recomenda-se a leitura do livro *Cidades Rebeldes – Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*, das editoras Boitempo e Carta Maior.
- 6 Podemos citar como exemplos as audiências públicas em licenciamentos ambientais, a criação de conselhos gestores de políticas públicas e conselhos de direitos.
- 7 Bento (2003, p. 232) adverte que embora represente um avanço, ela [a política de paridade entre sociedade civil e gestores públicos] não foi suficiente para que se eliminassem as práticas clientelistas e corporativas no interior dos conselhos, tanto do lado do governo, quanto do da sociedade civil. Além disso, a falta de experiência dos representantes da sociedade civil com relação a aspectos técnicos, administrativos e burocráticos na formulação de políticas faz com que essa paridade não consiga garantir o equilíbrio de forças no processo de decisão.”

- 8 Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2014), “o objetivo da criação do Índice de Desenvolvimento Humano foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. (...) Atualmente, os três pilares que constituem o IDH (saúde, educação e renda) são mensurados da seguinte forma: 1 – uma vida longa e saudável (saúde) é medida pela expectativa de vida; 2 – o acesso ao conhecimento (educação) é medido por: a) média de anos de educação de adultos, que é o número médio de anos de educação recebidos durante a vida por pessoas a partir de 25 anos; e b) a expectativa de anos de escolaridade para crianças na idade de iniciar a vida escolar, que é o número total de anos de escolaridade que uma criança na idade de iniciar a vida escolar pode esperar receber se os padrões prevaletentes de taxas de matrículas específicas por idade permanecerem os mesmos durante a vida da criança; e 3 – o padrão de vida (renda) é medido pela Renda Nacional Bruta (RNB) per capita expressa em poder de paridade de compra (PPP) constante, em dólar, tendo 2005 como ano de referência.”
- 9 Para Amartya Sen, o conceito de intitlamento envolve um conjunto de bens que podem ser adquiridos mediante o uso de canais de aquisição desses bens. Assim, o intitlamento é marcado pelo pacote de bens que a pessoa já possui (*a dotação*) e o que ela pode adquirir ao longo da vida (*intitlamento de troca*).
- 10 Até a elaboração deste artigo, o Relatório de Conflitos no Campo de 2013 ainda não havia sido lançado.
- 11 Disponíveis no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Planejamento e Orçamento: <http://www.seplan.ma.gov.br/index.php/loa>
- 12 Segundo o PNUD, o Maranhão ocupa a penúltima posição no ranking dos Estados brasileiros referente ao Índice de Desenvolvimento Humano. No ranking de 2010, o Estado tinha um IDHM de 0,639. Em 2000, esse índice era de 0,476, e em 1991, o

IDHM do Maranhão era de 0,357. O crescimento do IDHM nesses 19 anos não foi capaz de acompanhar a elevação da qualidade de vida se comparado a outros Estados. Situação pior do que a do Maranhão, só a enfrentada por Alagoas, que em 1991 ocupava a 24ª posição no ranking. Em 2010, era o 27º, sendo o Estado da Federação com o pior Índice de Desenvolvimento Humano.

- 13 Informações disponíveis no site <http://www.seplan.ma.gov.br/index.php/loa>. Acesso em 24 de janeiro de 2014.
- 14 Em 2010, o orçamento total previsto foi de R\$8.449.347.096,00 (oito bilhões, quatrocentos e quarenta e nove milhões, trezentos e quarenta e sete mil e noventa e seis reais). Em 2013, (Lei nº 9.756, de 15 de janeiro de 2013) o a receita total prevista foi de R\$ 13.079.221.314,00 (treze bilhões, setenta e nove milhões, duzentos e vinte e um mil, trezentos e quatorze reais).
- 15 Divulgar o Estado do Maranhão dentro de suas atribuições.
- 16 O referido programa governamental engloba as seguintes ações: *Intermediação de Mão de Obra; Seguro Desemprego; Qualificação Profissional; Microcrédito Produtivo Orientado.*
- 17 Programa para fomentar e desenvolver os empreendimentos econômicos solidários com vistas e diminuir a informalidade e aumentar a geração de trabalho e renda.
- 18 Visa promover a regularização fundiária proporcionando às famílias de trabalhadores(as) rurais acesso à terra, contribuindo para a elevação do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH.
- 19 Ação cujo objetivo é criar, implantar e consolidar projetos de assentamentos para beneficiar famílias de trabalhadores rurais em diversas regiões do Estado.

Referências

- BALCÃO, Nilde; TEIXEIRA, Ana Claudia (Org.). **Controle Social do Orçamento Público**. São Paulo: Instituto Pólis, 2003.
- BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na Reforma do Estado** - entre eficiência e democratização. Baurerri, SP: Manole, 2003.

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2014.
- _____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em 10 de janeiro de 2014.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Conflitos no Campo** - Brasil 2012. [Coordenação: Antonio Canuto, Cássia Regina da Silva Luz, Flávio Lazzarini[Goiânia]: CPT Nacional - Brasil, 2013. 188 páginas: fotos, tabelas.
- _____. **Conflitos no Campo** Brasil 2011. Coordenação: Antonio Canuto, Cássia Regina da Silva Luz, Isolete Wichinieski - Goiânia: CPT Nacional Brasil, 2012. 182 p.: fotos, tabelas.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social**. Trad. Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan; Brasília-DF: ENAP, 1998.
- MARANHÃO. **Lei nº 9.331/2011, de 12 de janeiro de 2011**. Estima a receita e fixa a despesa do Estado do Maranhão para o exercício financeiro de 2011. Disponível em <http://www.seplan.ma.gov.br/index.php/loa> Acesso em 06 de janeiro de 2014.
- _____. **Lei nº 9.554/2012, de 16 de janeiro de 2012**. Estima a receita e fixa a despesa do Estado do Maranhão para o exercício financeiro de 2012. Disponível em <http://www.seplan.ma.gov.br/index.php/loa> Acesso em 06 de janeiro de 2014.

- _____. **Lei nº 9.756/2013, de 15 de janeiro de 2013.** Estima a receita e fixa a despesa do Estado do Maranhão para o exercício financeiro de 2013. Disponível em <http://www.seplan.ma.gov.br/index.php/loa> Acesso em 06 de janeiro de 2014.
- MARICATO, Ermínia. **Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil.** / Ermínia Maricato ... [et al.]. 1 ed. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discrecionarietà e Controle Jurisdicional.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. PNUD. **Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil.** Disponível em http://www.pnud.org.br/IDH/Atlas2013.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Atlas2013 Acesso em 31 de janeiro de 2014.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- _____. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução: Laura Teixeira Mota; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras 2010.
- _____; KLIKŠBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado.** Tradução: Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito e Desenvolvimento – uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação.** Curitiba: Juruá, 2011.

Uma Alternativa de Acesso à Terra: Arrendamento rural pelos olhos do Poder Judiciário

*An alternative
to Accessing land:
rural Leasing through
Judiciary's perspective*

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2015

Luciana Costa Poli

Pós-Doutoranda pela UNESP (Bolsista da CAPES/PNPD). Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC/MG. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Uma Alternativa de Acesso à Terra: arrendamento rural pelos olhos do Poder Judiciário - pp. 353-378
POLI L. C.

Resumo

O trabalho traça o perfil do contrato de arrendamento rural, a partir da análise do Estatuto da Terra e da legislação correlata, bem como de algumas decisões selecionadas sobre o tema lavradas pelo Superior Tribunal de Justiça. O estudo apresenta uma visão contemporânea do arrendamento rural, explicando sua inserção no Estatuto da Terra, como instrumento de fomento à ocupação do solo, a possibilitar seu uso por não proprietários, evitando a ociosidade da terra. Será demonstrada, a clara e importante interferência do Estado nos negócios agrários, justificada à época da promulgação do Estatuto da Terra pela suposta fragilidade do trabalhador rural. Serão abordados temas controversos como direito de preferência, prazo contratual, forma da contraprestação, a indicar a ausência de alinhamento na interpretação dos contratos agrários.

Palavras-chave

Estatuto da Terra; Arrendamento Rural; Contratos agrários; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract

The present work describes rural leasing contract profile, based on the analysis of Land Law and the related legislation, as well as some decisions about the subject drawn up by the High Court of Justice that were

selected. The study presents a contemporaneous view of rural leasing, explaining its insertion in Land Law as a soil occupation promotion tool able to enable its use by non owners, avoiding, this way, land idleness. The work will also demonstrate State clear and important intervention in agricultural businesses, justified at Land Law proclamation time by the seeming fragility of the rural worker. Some controversial topics will be discussed, such as right to preference, contractual term, form of the consideration, so as to indicate the lack of congruence in the interpretation of agricultural contracts.

Keywords

Land Law; Rural Leasing; Agricultural Contracts; High Court of Justice.

Sumário

Introdução. 1 O microsistema do direito agrário. 2 Arrendamento rural: conceituação legal. 3 Direito de preferência. 4. preço do arrendamento em produto: nulidade? 5 Prazo mínimo. 6 Arrendamento *versus* locação de pastagem. Conclusão

Introdução

O presente estudo se preocupa em analisar o contrato de arrendamento rural à luz do entendimen-

to do STJ – Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa se justifica pela importância do contrato de arrendamento rural como instrumento viabilizador das atividades agropecuárias em todo o território nacional. A análise de alguns julgados do STJ mostra-se útil para demonstrar as controvérsias na interpretação da disciplina legal do instituto, que acabam por gerar certa insegurança e instabilidade nas relações agrárias.

O arrendamento rural, ao lado da parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, é um contrato típico previsto no Estatuto da Terra – Lei n. 4.504, de 1964¹ e no Decreto que o regulamenta – Decreto n. 59.566 de 1966.

De certa maneira, o arrendamento rural constituiu-se em instrumento pioneiro na promoção da função social da propriedade, erigida a princípio constitucional pela CR/88 – Constituição da República de 1988, já que a lei agrária pretendeu propulsionar e otimizar a utilização da terra, bem como minimizar a desigualdade nas relações do campo. A disciplina legal dos contratos agrários se destina especialmente a tentar proteger aqueles que efetivamente exercem a atividade agrária.

1. O microsistema do direito agrário

O Direito Agrário pode ser concebido como a reunião sistemática de normas jurídicas que pretendem disciplinar as relações do homem com a terra, a refletir as políticas públicas de implementação do progresso

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015
Uma Alternativa de Acesso à Terra: arrendamento rural pelos olhos do Poder Judiciário - pp. 353-378
POLI L. C.

social e econômico do rurícola e o enriquecimento da comunidade (BORGES, 1996, p. 17). De forma simplificada, é o conjunto de normas, de direito público e de direito privado, a disciplinar as relações emergentes da atividade rural.

Coelho (2002, p. 27) classifica-o como de natureza dúplice, por mesclar elementos do direito público e privado, o que lhe confere uma dicotomia interna conciliável: “Criou-se uma classificação intermediária, classificando o direito agrário como direito social, ou como somatório dos princípios das normas de direito público e privado, com entrosamento perfeito entre os dois”.

Inserido no Estatuto da Terra, instrumento de maior relevo no Direito Agrário pátrio, o contrato de arrendamento rural reúne elementos de caráter público e social e, portanto, cogentes, com direitos e vantagens irrenunciáveis (artigo 2º, *caput* e parágrafo único, do Decreto n. 59.566/66), tendo como finalidade precípua a proteção daqueles que, pelo seu trabalho, tornam a terra produtiva e dela extraem riquezas, dando efetividade à função social da terra, e elementos de caráter dispositivo, permitindo o exercício da autonomia privada dos interessados, ainda que mitigada, já que forte o dirigismo contratual perpetuado pelo texto legal.

Assim, como instrumento típico de Direito Agrário, a disciplina do contrato de arrendamento rural é permeada por normas de apelo social, a regulamentar o exercício da atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, com vistas a observância da função social da propriedade, do pro-

gresso social e econômico das pessoas que nela trabalham e a tornam produtiva (COELHO, 2006, p. 175).

A observância compulsória de determinadas cláusulas, tanto no Estatuto da Terra como no Decreto que o regulamenta, é considerada princípio fundamental do Direito Agrário, denominado princípio da irrenunciabilidade de cláusulas obrigatórias nos contratos agrários.

Embora o contrato de arrendamento rural possua natureza essencialmente privada, existe uma clara preocupação do legislador em fixar um dever de observância mínima das partes ao firmarem esse tipo negocial, restando-se incontroversa a intervenção do Estado (dirigismo contratual), com o escopo de proteger e garantir segurança às relações agraristas. (OLIVEIRA, 2012, p. 198).

A ideia do legislador foi calcada na proteção do indivíduo que dispõe de seu trabalho como fator de contraprestação contratual. Pretendeu o Estatuto da Terra funcionar como instrumento de justiça social, considerando a necessidade à época de implementar mudanças radicais a beneficiar os arrendatários, afastando a possibilidade de inserção de cláusulas contratuais que pudessem ocasionar desequilíbrio acentuado no contrato. Ao inquirir de nulidade as cláusulas que contrariassem seus preceitos, o Estatuto da Terra não preconizou o nulo pelo nulo, mas a possibilidade de prejuízo a quem ele buscou proteger (BARROS, 1998, p. 103-104).

Hironaka (1990, p. 100), lecionando acerca dos contratos agrários sob a égide do Estatuto da Terra, re-

conhece a tentatividade de se buscar uma solução a um dos mais graves problemas da questão agrária: a desigualdade de condições entre o proprietário e o trabalhador rural, traduzida em uma evidente exploração daquele, economicamente mais forte, sobre este, economicamente mais fraco. Assim, a principiologia do microsistema estabelecido no Estatuto da Terra privilegia o caráter social da relação proprietário-terra-trabalhador, no sentido da máxima proteção do arrendatário rural. Nesse sentido as diretrizes da própria norma garantem:

a. maiores garantias de estabilidade na terra em que trabalha, ao arrendatário e ao parceiro-outorgado; b. direito à renovação automática dos contratos; c. direito de preempção na aquisição da gleba rural, em igualdade de condições com terceiros; d. controle, pelo Poder Público, dos preços do arrendamento rural, e da porcentagem da partilha dos frutos, na parceria; e. proibição de prestação de serviços gratuitos e de outras formas de exploração do homem; f. direito à indenização por benfeitoria; g. controle do financiamento feito pelo proprietário ao arrendatário e ao parceiro; h. arrendamento de terras públicas; i. proibição de subarrendamento, salvo expresso consentimento do proprietário; j. facilidades de acesso ao crédito; l. controle dos contratos agrários, pelo Poder Público (HIRONAKA, 1990, p. 100).

Com isso, o Estado passa a dirigir as vontades das partes nos contratos que tivessem por objeto o uso ou posse temporária do imóvel rural, como é o caso do arrendamento rural, considerando que o proprietário rural provavelmente impõe sua vontade ao homem que utiliza suas terras de forma remunerada. E essa imposição coloca o arrendatário em uma posição de fragilidade, já que apenas adere à vontade maior do proprietário (BARROS, 1998, p. 43-44).

A aplicação supletiva do Código Civil, conforme determina o próprio Estatuto da Terra (artigo 92, §9º), garante aos contratantes a aplicação da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus* - artigo 476 do Código Civil), da condição resolutiva tácita (artigo 475 do Código Civil), e diversas outros institutos da teoria geral dos contratos, considerando a comutatividade e onerosidade ínsita a esse contrato.

Quanto à rescisão unilateral (artigo 473 do Código Civil), há posicionamento do STJ indaimitindo-a². Em suas razões, o relator ministro Luis Felipe Salomão sustentou que tanto o Estatuto da Terra como a Lei n. 4.947/66 não possuem disposição a autorizar a rescisão unilateral³. Na sua opinião, o arcabouço normativo aplicável ao arrendamento rural permite a rescisão unilateral do contrato apenas se celebrado com prazo determinado.

Ressaltou o relator que a rescisão unilateral do contrato deve ser exceção, somente permitida quando a lei assim autorizar e, no mais das vezes, decorre da própria natureza do contrato. Vale dizer, é medida excepcional por contrariar o imperativo de que os contratos devem ser cumpridos.

2. Arrendamento rural: conceituação legal

O arrendamento rural é conceituado a partir da definição de contrato agrário do artigo 92 do Estatuto da Terra e do artigo 13 da Lei n. 4.947/66, bem como do artigo 1º do Decreto n. 59.566/66. Nos termos do artigo 3º do Decreto n. 59.566/66:

O arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei.

Da definição legal infere-se que a principal obrigação assumida pelo arrendador é a de ceder o uso e gozo de imóvel, enquanto que ao arrendatário cabe, primordialmente, o pagamento de certa retribuição ou aluguel. Vale dizer: a posse direta do imóvel é necessariamente transferida ao arrendatário, que assume os riscos de exploração e usufrui de todos os proveitos. Em contrapartida, o arrendador recebe remuneração certa consubstanciada no aluguel estabelecido em um valor pecuniário.

Sintetizando, o arrendamento rural pode ser compreendido como uma locação rural pelo qual uma das partes se obriga a ceder a outra, por prazo e fins de-

terminados, mediante o recebimento de uma contraprestação, o uso e o gozo do imóvel rural, ou de parte dele, ou de bens que o integrem. Ou ainda, o contrato pelo qual uma pessoa, proprietária ou não, cede temporariamente o uso e o gozo de um prédio rústico a outra, para exploração agrícola ou pecuária, mediante pagamento anual de uma renda (VENOSA, 2001, p. 298).

O arrendamento rural é um contrato agrário que a lei reconhece para o fim de posse ou uso temporário da terra, entre o proprietário, que detenha a posse ou que tenha a livre administração de um imóvel rural, e aquele que nela exerça qualquer atividade agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista. Regulará a posse ou uso temporário da terra. É cessão temporária do uso e do gozo do prédio rústico, sem a característica da perpetuidade da propriedade, sem a transferência da propriedade ao arrendatário, pelo consenso entre as partes (RAMOS, 2012, p. 50-51).

A disciplina do arrendamento rural no Estatuto da Terra parece refletir a ideologia que permeia o Direito Agrário na sua concepção clássica: evitar a ociosidade da terra, incrementar a produtividade, permitir que não proprietários se utilizem de terras potencialmente cultiváveis, para que a função social seja atingida. Nesse sentido, o artigo 2º, §1º, do Estatuto da Terra assegura a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, desde que observada a função social, que restará satisfeita, quando, simultaneamente:

a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de

suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem⁴.

A ideia de função social da propriedade revolucionou o direito de propriedade no início do século XX, e, conseqüentemente, lançou uma nova perspectiva na noção de contrato agrário, que abandonou o manto da autonomia absoluta para submeter-se ao dirigismo estatal (OPTIZ; OPTIZ, 2010, p. 369).

Os contratos de arrendamento são introduzidos no Estatuto da Terra como ferramentas a garantir um maior uso da terra, já que a terra particular que não estiver gerando riquezas, seja por incapacidade ou negligência do titular, ou por defeito da própria terra, deve sofrer reestruturação lenta ou modificação do ambiente físico para que a função social possa ser atingida (BARROSO; MIRANDA; SOARES, 2005, p. 9).

3. Direito de preferência

Se houver possibilidade de venda da propriedade, o arrendatário tem preferência (artigo 92, *caput* e §§1º, 3º, 4º, 9º do Estatuto da Terra e artigo 45 do Decreto n. 59.566/66), em igualdade de condições com terceiros, para a renovação do contrato. Neste sentido, havendo proposta oferecida por terceiro, o arrendatário deve ser notificado sobre as condições da oferta, no prazo de

seis meses antes do vencimento do contrato (artigo 95, inciso IV, do Estatuto da Terra), tendo, após notificado, trinta dias para requerer a sua preferência. Caso não se manifeste, o silêncio será uma renúncia à preferência.

Assim, nos termos do artigo 92, §4º, do Estatuto da Terra, o arrendatário de imóvel rural não notificado que deseja exercer o direito de preempção submete-se a dois requisitos: o depósito do preço e o prazo de seis meses, a contar do registro da alienação no cartório imobiliário, para ajuizar a ação. A prova do depósito do preço para adjudicação do bem, na petição inicial, é condição de procedibilidade da ação.

Vale dizer: quando o arrendador vende o imóvel sem notificar o arrendatário, surge a pretensão do arrendatário de que seja declarada a invalidade do negócio entre arrendador e o terceiro, adjudicando o imóvel ao preferente, desde que realizada no prazo decadencial de seis meses, e desde que efetuado o depósito do preço do imóvel.

Quando não houver sido devidamente notificado da venda, com violação ao direito de preferência na aquisição do bem, o valor a ser depositado por arrendatário, em ação de adjudicação compulsória de imóvel rural, deve ser o valor consignado na escritura pública de compra e venda registrada em cartório de registro de imóveis⁵. Em seu voto, o ministro Luis Felipe Salomão, relator do recurso analisado, explicou que, apesar da natureza privada, o contrato de arrendamento:

Sofre repercussões de direito público em razão de sua importância para o estado, do protecio-

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015
Uma Alternativa de Acesso à Terra: arrendamento rural pelos olhos do Poder Judiciário - pp. 353-378
POLI L. C.

nismo que se quer dar ao homem do campo e da função social da propriedade e do meio ambiente, sendo o direito de preferência um dos instrumentos legais que visam conferir tal perspectiva, mantendo o arrendatário na exploração da terra, garantindo seu uso econômico.

Segundo Salomão, o arrendatário, ao tomar conhecimento da alienação no registro de imóveis, verifica o valor declarado na escritura pública e efetua o depósito. De outro modo, ponderou o ministro, os arrendatários não teriam como saber qual valor deveria ser depositado. O relator afirmou que a escritura pública é revestida de todas as solenidades prescritas em lei, demonstrando de forma pública e solene a substância do ato, cujo conteúdo possui presunção de veracidade, fato que traz maior segurança jurídica e garantia para a regularidade da compra, por expressar a realidade econômica da transação.

Consoante entendimento pacífico do STJ, o direito de preferência tratado no artigo 92, §3º, do Estatuto da Terra beneficia tão somente o arrendatário, não abrangendo outras modalidades de contratos agrários.

Segundo o STJ⁶, como a preferência outorgada pelo Estatuto da Terra ao arrendatário é uma garantia do uso econômico da terra explorada, tem natureza de direito real. Assim, cabe ao arrendatário haver a coisa vendida (imóvel) se a devida notificação não foi feita, do poder de quem a detenha ou adquiriu, independentemente do contrato de arrendamento não ter sido registrado.

Com efeito, o artigo 92, *caput*, do Estatuto da Terra, é claro em prever a possibilidade de contrato tácito, além da forma escrita, e seu parágrafo terceiro, ao fixar preferência ao arrendatário, mediante notificação, absolutamente não distingue entre a forma escrita e verbal, nem traz qualquer exigência quanto à necessidade de registro do contrato no cartório imobiliário⁷.

Diante da especialidade das normas em comento, não há como se constituir exegese sobre o direito de preferência a partir do Código Civil – de caráter geral –, pois a regência, no caso, se dá pelo Estatuto da Terra, que instituiu em prol do arrendatário direito real aderente ao imóvel.

Isto porque, além da forma escrita, a própria lei agrária admite a contratação do arrendamento sob a forma verbal (artigo 12 do Decreto n. 59.566/66) e tácita (artigo 92 do Estatuto da Terra), não sendo razoável exigir-se do arrendatário, para fazer jus ao seu direito de preferência, formalidade não prevista em lei específica, obrigando-o a efetuar registro na matrícula do imóvel arrendado onde a lei não exige. A interpretação de seus enunciados normativos, seja gramatical, seja sistemático-teleológica, direcionada à máxima proteção e preservação do trabalhador do campo, não se podendo, por uma interpretação extensiva, restringir a eficácia do direito de preferência do arrendatário rural. Sem ter o legislador restringido as formas de alienação das quais exsurgiria o direito de preferência, inviável excluir do seu alcance a alienação coativa ou judicial.

4. Preço do arrendamento em produto: nulidade?

De acordo com o artigo 18, parágrafo único, do Decreto n. 59.566/66 o preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro, mas o seu pagamento poderia ser ajustado na quantidade de frutos equivalente ao do aluguel.

Considerando a redação legal, poder-se-ia questionar se a cláusula que prevê a contraprestação do contrato de arrendamento em produto seria nula. No Recurso Especial n. 1062314⁸, que versa sobre contrato de arrendamento cujo preço foi fixado pelo “quilo da vaca viva”, assinalou o relator que tal fixação não é nula porque reflete prática reiterada: “ênfatiso que a moeda do pecuarista é o boi, de sorte que não se há que fechar os olhos à realidade e à segurança dos costumes instituídos na região.” Segundo o ministro relator a prática e o costume superam a proteção legal – artigo 18 do Decreto n. 59.566/66. A estipulação do preço em produto, no mais das vezes, vem instituída em favor do próprio arrendatário, que é quem cria e tem uma estimativa do que poderá lucrar com a criação, de modo que a declaração de nulidade da cláusula seria chance-lar o oportunismo.

Nesse raciocínio seria perfeitamente possível a fixação do preço em produto, em contrato de arrendamento rural, restando respeitados os costumes do interior e, ainda, para evitar o enriquecimento ilícito/injustificado da parte que assina o contrato e apenas depois, quando do pagamento, e após ter explorado o objeto do contrato, alega a nulidade de cláusula, com o fito

de furtar-se às obrigações contratualmente assumidas. Tais questões seriam suficiente relevantes e aptas a superar a proibição veiculada pelo Decreto n. 59.566/66.

Barros (1998, p. 11) sustenta que a imperatividade da legislação agrária foi prevista com intuito de proteger o economicamente mais frágil. A propósito, em regra, é presumida a hipossuficiência do arrendatário em relação ao senhorio. Ocorre que tal premissa, nos tempos atuais, nem sempre é verdadeira, sendo a atividade, muitas vezes, desempenhada por empresas e condomínios rurais. Assim, se o arrendatário não é economicamente mais frágil e anuiu com a fixação do preço em produto, invocar a proteção legal seria desvirtuar a *mens legis*.

Em sentido oposto, no que concerne à nulidade decorrente da fixação do preço do contrato em sacas do produto cultivado, a jurisprudência é também vasta⁹. Assim, percebe-se que não há uma posição uníssona do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

5. Prazo mínimo

Nos termos do artigo 95, inciso XI, alínea “b”, do Estatuto da Terra, c/c artigo 13, inciso II, alínea “a” do Decreto n. 59.566/66, o contrato de arrendamento que envolva pecuária de animais de grande porte não pode ser realizado por prazo inferior a cinco anos.

O prazo mínimo do contrato poderia ser compreendido como norma de caráter cogente e, como tal, não poderia ser afastado por vontade das partes. Para Borges (1983, p. 127):

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015
Uma Alternativa de Acesso à Terra: arrendamento rural pelos olhos do Poder Judiciário - pp. 353-378
POLI L. C.

O prazo mínimo é estabelecido principalmente para evitar o mau uso da terra. Quem toma a terra, em arrendamento ou parceria, por um ano só, quererá tirar todo proveito imediato. e muitos não se importarão de fazer uso predatório, porque a terra arruinada, amanhã, não estará mais em suas mãos. se o usuário da terra, porém, a tem por tempo mais alongado, com possibilidade legal de renovar o contrato, é evidente que pensará no proveito imediato e no proveito mediato, e, assim, despovoará a terra de pragas, hoje, para tê-la despovoada da mesma praga no futuro, em seu benefício. Conservará sua fertilidade hoje, para tê-la fértil amanhã.

Algumas decisões do STJ¹⁰ apontam que nos contratos agrícolas o prazo legal mínimo pode ser afastado pela convenção das partes, já que o Decreto n. 59.566/66 não poderia limitar onde o Estatuto da Terra não o fez. A controvérsia é acirrada pelo próprio STJ. Enquanto a Terceira Turma mantém o posicionamento de que nos contratos agrários o prazo legal de três anos pode ser afastado por convenção das partes – de maneira que a regra inserida nos artigos 95, inciso II e 96, inciso I, do Estatuto da Terra, teria aplicação apenas nos casos de contratos por prazo indeterminado –, a Quarta Turma concluiu que o prazo mínimo, contido no artigo 13, inciso II, alínea “a”, do Decreto n. 59.566/66 deve ser observado¹¹.

5. Arrendamento *versus* locação de pastagem

A diferença entre o arrendamento e a locação de pastagem é sutil, mas tem efeitos práticos, já que, como dito alhures, o direito de preferência de que trata o parágrafo 3º do artigo 92 do Estatuto da Terra é conferido tão somente na primeira modalidade contratual.

Na vigência do contrato de arrendamento, o arrendatário usufrui plenamente da área arrendada com exclusividade, sendo diretamente responsável, exemplificadamente, pelo cuidado com o gado. Assim, sendo o contrato escrito e o arrendamento é de parcela de um imóvel rural, a área a ser arrendada deve ser discriminada, de modo a permitir sua exata localização e, por conseguinte, garantir a observância de regras obrigatórias constantes do Estatuto da Terra como, por exemplo, a vedação ao subarrendamento não autorizado pelo proprietário e o direito à indenização pelas benfeitorias feitas a cargo do arrendatário.

É o que se extrai do disposto no artigo 95, incisos VI, VII, VIII do Estatuto da Terra (conforme redação vigente na data do contrato havido entre as partes) e no artigo 12, incisos V, VI, VII e VIII do Decreto n. 59.566/66.

Caso no contrato não tenha havido cumprimento do disposto no inciso VII do artigo 12 do Decreto supracitado, como por exemplo se não houver informação sobre a sua localização precisa dentro do imóvel, ou se o contrato for firmado pelo prazo inferior ao prazo legal, pode indicar tratar-se de um contrato de locação de pastagem, e não de arrendamento.

No contrato de locação de pastagem, o locatário coloca suas reses nas pastagens do proprietário da terra e paga-lhe, a título de aluguel, um valor por cabeça de animal no pasto. A responsabilidade e o cuidado dos animais ficam a encargo do locatário, que mantém o uso e gozo do seu gado. Quanto à posse da terra, verifica-se frequentemente a composesse, já que, com frequência, outros locatários e até mesmo o proprietário ocupam a mesma área simultaneamente, o que possibilita a pastagem conjunta dos animais.

Aliás, embora comumente chamada de arrendamento, a locação de pastagem é muito comum, principalmente nos Estados que mantêm pecuária de gado de corte. É um contrato híbrido ou misto com características do contrato de pastoreio e de arrendamento.

Assim, no acórdão analisado¹², o contrato celebrado entre as partes preenchia todos os requisitos que o caracterizam como locação de pastagem, já que as partes se preocuparam tão somente em determinar a quantidade de cabeças de gado em determinada área, o preço por cabeça, em um breve período para ocupação do pasto (um ano), pouco se importando em descrever a localização exata da área arrendada e as benfeitorias lá constantes. Assim, no caso em tela, entendeu-se que a intenção dos locatários era tão somente deixar seu gado pastando no local por um breve período.

Destaque-se que se não houve a transmissão da posse a permitir que o arrendatário explorasse a terra, pessoal e diretamente, não se configuram as obrigações previstas nos artigos 40 e 41 do Decreto n. 59.566/66. Da leitura do texto legal infere-se que o contrato de ar-

rendamento possui como elemento integrante a posse. A marca característica do arrendamento rural é exatamente a transmissão da posse direta e temporária, permitindo ao arrendatário o uso e o gozo da propriedade, devendo restituí-la ao proprietário na data do encerramento do contrato.

Caraterizado o contrato de locação não há direito de preferência, pois não houve o exercício da posse direta pelo tomador da pastagem, descaracterizando-se o arrendamento rural. A decisão analisada fundamentou-se, em suma, nos seguintes elementos: i) não havia exploração da área pelo arrendatário (existiam animais de vários proprietários diferentes numa mesma área); ii) não havia delimitação expressa da área a ser utilizada; iii) a vigência do contrato foi estipulada em um ano, sendo que o contrato de arrendamento exige, nos termos do Decreto n. 59.566/66, um prazo mínimo de três anos; iv) o contrato não foi registrado a fim de prevenir obrigações e preservar direitos.

Há que se levar em conta que o artigo 112 do Código Civil assevera que nos negócios jurídicos deve considerar a intenção neles substanciada e não apenas o sentido literal das palavras. Assim, por vezes, a mera menção do nome inserto no contrato “arrendamento de pastagem” é insuficiente para concluir-se que se trata de fato de arrendamento e não de locação de pastagem.

A exploração pecuária é elemento essencial do arrendamento e se encontra descrita no artigo 3º, *caput* do Decreto n. 59.566/66. O arrendamento confere, *reprise-se*, o uso pleno e incondicionado do imóvel rural para ser utilizado e explorado em sua totalidade, o que

não ocorre no caso da locação. No acórdão analisado, por exemplo, houve locação de apenas parte do imóvel. A área era utilizada por semoventes de proprietários diferentes.

Outro fator que merece ser analisado é o prazo contratual. O artigo 13 do Decreto n. 59.566/66 exige prazo mínimo de três anos para o contrato de arrendamento. Já a locação pode ser celebrada por prazo inferior. Na decisão analisada, o contrato foi realizado pelo prazo de um ano, elemento que também indicou não tratar-se *in casu* de arrendamento rural.

O direito de preempção é restrito à hipótese de arrendamento rural, sendo dirigida exclusivamente ao arrendatário. Não abrange os imóveis dados em parceria rural nem os dados em subarrendamento, mesmo que preceda o consentimento para subarrendar, por parte do proprietário, visto que está na lei que o arrendatário terá preferência para adquirir o imóvel em igualdade de condições. Caso a lei quisesse contemplar com o mesmo direito o subarrendatário, teria feito expressa menção, como ocorre com o artigo 30 da Lei n. 8.245/91. Não o tendo feito, o direito de preferência não se estende senão à situação indicada na lei (OPTIZ; OPTIZ, 2012, p. 466-469).

Assim, o entendimento pacífico do STJ¹³ direciona-se no sentido de que o direito de preferência previsto no Estatuto da Terra beneficia tão somente o arrendatário, não abrangendo outras modalidades de contratos agrários, por se tratar de norma restritiva que limita o direito de propriedade.

No contrato de invernagem ou de pastagem o

proprietário ou arrendatário recebe gado para pastar, mediante o pagamento por cabeça introduzida no campo, sob a responsabilidade e cuidados do dono do campo ou arrendatário deste. Não há posse do imóvel, como se vê, por parte do tomador de pastagem. Embora seja um contrato agrário, não é de arrendamento, mas pode ser de parceria. É um contrato agrário em que um sujeito convencionou com outro o direito de fazer pastar seu gado ou animais num imóvel ou fundo rural de outrem por um prazo de dias, meses ou anos mediante o pagamento de um preço estipulado por animal. Neste contrato não se cede a posse do imóvel; o fim principal é fazer pastar os animais, onerosamente. O fato de alguns empregados do dono dos animais penetrarem no campo, para vistoriá-los, não descaracteriza o contrato.

O arrendamento de pastagem ou invernagem não tem o amparo do Estatuto da Terra, porque não há o uso e posse da terra por parte do tomador de pastagem. Regulam-se pelas regras da locação comum do Direito Civil. Não há limite de prazo, nem fixação de lapso temporal para a locação. Não gera, como ocorre no pastoreio, o direito à renovação ou preferência, porque continua destinado a solver situações transitórias (OPTIZ; OPTIZ, 2012, p. 466-469).

Nesse tipo de contrato não haverá a cessão da posse da terra, pois se busca somente a utilização da terra para os animais usarem o pasto por certo período, para alimentação, mediante remuneração. Esta avença é por um curto prazo, pois normalmente os animais estão em trânsito e precisam de alimento, até chegarem ao seu fim. Coelho (2006, p. 92) afirma que nestes

contratos utilizados na Região Sul a posse do imóvel rural continuará com o cedente, pois os animais são entregues ao proprietário do imóvel, com o objetivo de exploração pecuária, para fins de engorda, recria, mediante pagamento em dinheiro e apresentam prazo que varia de um período de três meses a um ano.

Conclusão

Os contratos agrários constituem relações jurídicas de natureza privada nas quais, porém, verifica-se uma forte gama de interesses públicos o que os colocam em íntima relação com as políticas governamentais.

O Estatuto da Terra procurou aperfeiçoar e incrementar a produção agro-pecuária e estabelecer um regime mais equânime socialmente. Com efeito, o Estatuto da Terra surge com o intuito de acalmar os anseios dos trabalhadores rurais e de outros seguimentos da sociedade civil que lutavam pelos interesses dos menos privilegiados, buscando garantir-lhes a possibilidade de participar do cultivo da terra.

Nesse sentido, fixa diretrizes para regulamentar os contratos agrários como: maiores garantias de estabilidade na terra em que trabalha; renovação automática dos contratos; direito de preempção; controle pelo Poder Público dos preços do arrendamento rural e da porcentagem da partilha dos frutos na parceria; proibição da exploração do homem como a fixação de serviços gratuitos; direito a indenização das benfeitorias;

controle do financiamento; arrendamento de terras públicas; proibição de subarrendamento sem consentimento expresso; facilidades de acesso ao crédito.

Representam os contratos agrários, em especial o arrendamento rural, uma alternativa de acesso a terra para os não proprietários. A regulamentação legal destes contratos destinou-se inicialmente à proteção do agricultor que trabalha diretamente na terra, do próprio imóvel rural e dos recursos naturais renováveis.

Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça não mantém uma interpretação uniforme de diversos dispositivos legais. Por um lado, algumas decisões mostram-se entretamente legalistas e voltadas a garantir o fiel cumprimento do Estatuto da Terra e do Decreto que o regulamenta, por outro, algumas vozes no Poder Judiciário se alçam a tentar imprimir uma roupagem mais atual ao negócios agrários, conferindo-lhes uma interpretação mais consentânea com os princípios constitucionais e com os desafios da sociedade contemporânea, principalmente no que tange à preocupação com as gerações futuras.

Notas

- 1 Lembrando que a Lei n. 11.443, de 2007 deu nova redação aos artigos 95 e 96 do Estatuto da Terra que tratam dos contratos de arrendamento rural e parceria.
- 2 Recurso Especial n. 1.306.668 – MS (2011/0239768-1).
- 3 O Decreto n. 59.566/66, que regulamenta os dois Diplomas mencionados, de fato não prevê a rescisão unilateral como

- causa de extinção do arrendamento, que estão elencadas no artigo 26.
- 4 Em sequência, o artigo 12 do Estatuto da Terra determina que “à propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo”, sendo expresso em advertir, no artigo 13, que “o Poder Público promoverá a gradativa extinção das formas de ocupação e de exploração da terra que contrariem sua função social”.
 - 5 A Quarta Turma do STJ. Recurso Especial n. 1.175.438 - PR (2010/0007502-0).
 - 6 Recurso Especial n. 164.442/MG, relator ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.08.2008, DJE 01.09.2008.
 - 7 Nesse sentido, Recurso Especial n. 1148153/MT, relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20.03.2012, DJE 12.04.2012 e Recurso Especial n. 263.774/MG, relator ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15.08.2006, DJ 05.02.2007, p. 237 e Recurso Especial n. 904.810/PR, relator ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 15.02.2007, DJ 19.03.2007, p. 352.
 - 8 Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1062314/RS - 2008/0120133-6.
 - 9 Recurso Especial n. 231.177/RS, relator ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26.08.2008; Recurso Especial n. 566.520/RS, relator ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 11.05.2004. Recurso Extraordinário n. 107508/MG, relator ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 30.06.1986.
 - 10 Recurso Especial n. 806.094/SP, relator ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 16.11.2006, DJ 18.12.2006, p. 386 e Recurso Especial n. 11101/PR, relator ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 08.06.1992, DJ 29.06.1992, p. 10315.
 - 11 Para o desate da questão aqui colocada, faz-se necessário uma análise minuciosa dos artigos 95, incisos II e XI, e 96, inciso I do Estatuto da Terra e 13, inciso II, alínea “a” do Decreto n. 59.566/66.
 - 12 Recurso Especial n. 1.339.432 - MS (2012/0173718-7).

- 13 Recurso Especial n. 264.805/MG, relator ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 21.03.2002, DJ 17.06.2002, p. 267. Recurso Especial n. 97.405/RS, relator ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 15.10.1996, DJ 18.11.1996, p. 44901. Recurso Especial n. 37867/RS, relator ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 31.05.1994, DJ 05.09.1994, p. 23108.

Referências

- BARROS, Wellington Pacheco. *Contrato de arrendamento rural: doutrina, jurisprudência e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão. *O direito agrário na Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BORGES, Paulo Torminn. *Institutos Básicos do Direito Agrário*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1983.
- BORGES, Paulo Torminn. *Institutos Básicos do Direito Agrário*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos agrários de arrendamento & parceria rural no Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.
- COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos Agrários, uma visão neo-agrarista*. Curitiba: Juruá, 2006.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Contratos agrários. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 100-121, jul./set. 1990.
- OLIVEIRA, Marcelo Borges Proto de. *Direito agrário contemporâneo*. Organizador Sergio Matheus Garcez. Goiânia: Editora Vieira, 2012.
- OPTIZ, Silvia C. B; OPTIZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OPTIZ, Silvia C. B; OPTIZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, Helena Maria Bezerra. *Contrato de arrendamento rural*. Curitiba: Juruá, 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2001, v. III.

Município: as atribuições constitucional e legal frente à realidade na execução da Política Ambiental

*Municipality: the constitutional
and legal duties before
the reality of environmental
Policy Implementation*

Daisy Rafaela da Silva

Doutora em Direito. Professora do Programa de Mestrado em Direito do UNISAL - Lorena-SP. Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos do UNISAL

Paládia Romeiro

Professora do Curso de Direito da FACIC. Mestranda em Direito UNISAL-Lorena-SP.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo expor a estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente instituído pela lei federal nº 6.939/81, com destaque para o órgão local. Objetiva também analisar os fundamentos jurídicos e fáticos que acompanharam a formação deste sistema até sua atual configuração, totalmente compatível com os ditames constitucionais. As competências constitucionais e o federalismo são tratados sob o prisma das atribuições municipais. Através de uma pesquisa documental baseada na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, especialmente a supra citada lei federal nº 6.939/81, os principais conceitos e definições aplicáveis ao tema foram explorados. Todavia, além da fundamentação teórica, a pesquisa também utilizou dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e da Confederação Nacional dos Municípios (CNM) para analisar como a estrutura local do SISNAMA se efetiva oficialmente. As informações disponíveis, apesar de insuficientes, evidenciam que a estrutura municipal para a gestão ambiental ainda não atende à solidez necessária para a implementação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de maneira democrática e participativa. Concluiu-se que a instalação e o funcionamento dos conselhos municipais do meio ambiente, embora não sejam obrigatórios por força de lei a todos os municípios brasileiros, salvo regras especiais, fazem parte de uma estrutura local de gestão ambiental que seria ideal no âmbito de uma administração pública transparente e participativa, condizente com um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave

Federalismo; Política ambiental; Sistema Nacional do Meio Ambiente; Município; Órgão local.

Abstract

The present work aims to present the National Environmental System structure implanted by Federal Law No. 6939/81, focusing the local agency. It also intends to examine the legal and factual fundamentals that accompanied the formation of this system until its current configuration, completely compatible with the constitutional principles. The constitutional competences and federalism are discussed through the prism of municipal duties. Based on a documentary research founded on the Federal Constitution of 1988 and the infra-constitutional legislation, especially the aforementioned Federal Law No. 6939/81, the main concepts and definitions that are applicable to the subject were explored. However, besides the theoretical foundation, the research also used data provided by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE) and the Brazilian National Confederation of Municipalities (NCM) to analyze how SISNAMA local structure officially works. The available information, although insufficient, shows that the municipal environmental management structure does not meet the necessary stability for the implementation of the right to an ecologically balanced environment

in a democratic and participative way yet. It was concluded that the installation and operation of the municipal environmental councils, though not required by law, but special rules, are part of a local environmental management structure that would be ideal in the sphere of a clear and participative public administration, congruous with a Democratic State.

Keywords

Federalism; Environmental politics; National Environmental System; Municipality; Local agency.

Sumário

Introdução. 1. As competências constitucionais em matéria ambiental e o federalismo brasileiro. 2. A estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e os municípios. 3. Os órgãos e entidades locais do SISNAMA. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

Mesmo antes da descentralização de poder promovida pela Constituição Federal de 1988, na área ambiental, já havia previsão para uma atuação sistêmica compartilhada em três níveis: federal, estadual e municipal.

Tal arquitetura foi desenhada pela lei da Política

Nacional do Meio Ambiente, lei n. 6.938/1981, nomeando tal arranjo de Sistema Nacional do Meio Ambiente.

Num novo contexto, os municípios ganharam mais atribuições a autonomia, tendo que estar aptos a atender às demandas sociais em diversas áreas, especialmente aquelas prestacionais, ou seja, que envolvem direitos sociais. Ademais, também coube aos municípios a execução coordenada de uma política ambiental para garantir o também fundamental direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Combinado a este novo cenário, cabe salientar que, a nova república democrática exige a execução de todas estas política públicas de forma participativa, eficiente e transparente. Portanto, a sociedade civil ganhou espaço institucionalizado na gestão pública, por meio de conselhos, comitês, audiências públicas dentre outros instrumentos participativos.

Porém, há outro ingrediente que deve ser observado, que é a real capacidade do ente municipal de cumprir a política ambiental com tamanha complexidade.

A partir destes elementos, o objetivo do trabalho é levantar as atribuições do ente municipal na área ambiental abordando suas competências e atribuições frente à Constituição Federal de 1988 e o Sistema Nacional de Meio Ambiente.

Os problemas de pesquisa levantados são: O federalismo constitucional veio acompanhado de todos os elementos para que o município possa exercer com autonomia suas novas atribuições? E: A estrutural institucional dos municípios é capaz de executar uma política ambiental democrática e eficiente?

Para respondermos a estes problemas, além de uma pesquisa bibliográfica e documental, também nos baseamos em dados primários fornecidos pelas publicações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e da Confederação Nacional dos Municípios (CNM), bem como em pesquisas empíricas publicada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Tal abordagem justifica-se pela urgência da problemática ambiental em âmbito mundial. Não há vastidão nas publicações que envolvem os municípios brasileiros, e quando passamos para a temática ambiental, percebemos que mais pesquisas podem gerar mais visibilidade e busca de soluções.

Após as conclusões, seguem as referências.

I. As competências constitucionais em matéria ambiental e o federalismo brasileiro

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, esta passou a ser o ponto culminante de referência dos direitos e garantias individuais e coletivos, dos direitos sociais e dos direitos difusos. E, não é novidade que o capítulo do Meio Ambiente (capítulo VI, do Título VIII “Da Ordem Social”) que abriga o art. 225 é o sol ao redor do qual orbitam os demais corpos do sistema jurídico ambiental e de outros sistemas, dada a transversalidade da matéria ambiental. Sem embargo, é prudente consignar que, as previsões constitucionais que fundamentam a proteção do meio ambiente e o próprio Direito Ambiental estão localizadas também em outros títulos da carta magna.

Os entes federados, União, estados, Distrito Federal e municípios, passaram a ser sujeitos de um novo arranjo pautado pela descentralização do poder (descentralização administrativa, fiscal e política) que será abordada em seguida. Em suma, o poder centralizado nas mãos do ente federal foi repartido com os demais entes autônomos, formando um federalismo em três níveis.

As competências foram desenhadas pela Constituição Federal de 1988, que reservou enumeradamente os poderes-deveres da União, mas também trouxe atribuições aos demais entes. Estipulou-se competências administrativas e legislativas sobre todos os temas então considerados relevantes pelo constituinte, dentre os quais estão os temas afetos ao meio ambiente. Portanto, temos todas as competências constitucionais reguladas conjuntamente, não somente a ambiental.

Assim, a expressão competência ambiental é tida como o conjunto das atribuições (poder-dever) constitucionalmente conferidas a determinado nível de governo para externalizar (por meio de ações ou normas) suas decisões no cumprimento do dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (FERREIRA, 2012, p. 234).

Tratando das competências constitucionais em matéria ambiental de forma sucinta, todos os entes da federação possuem competências legislativa e administrativa.

Para legislar, a competência ambiental é concorrente entre a União (elaborando as normas gerais) e estados, Distrito Federal e municípios legislando de forma suplementar (artigo 24, VI, VII e VIII c/c artigo 30, II).

Como maior foco de nosso interesse para este trabalho, a competência administrativa (ou material ou executiva), que se traduz num agir, numa execução de tarefa, é dividida. Chamada de competência comum, repartida pela União, estados, Distrito Federal e municípios sem hierarquia, prevista no artigo 23, III, IV, VI, VII e XI.

Por se relacionarem com a proteção do meio ambiente, também podemos citar algumas competências administrativas que são exclusivas da União (artigo 21, IX, XVIII, XIX, XX e XXIII), dos estados (artigo 25, §§ 1º, 2º e 3º) e municípios (artigo 30, VIII e IX).

Porém, é nítida a escolha constitucional de manter como comum as competências de atuar na área ambiental, obrigando igualmente todos os níveis da federação.

Mas, a dificuldade passa a ser a identificação do limite de atuação de cada ente. O critério para a solução de possíveis conflitos de competência é o da predominância do interesse, sendo da União o interesse nacional, o dos estados o interesse regional e do município o interesse local.

Porém, o supra citado critério não foi suficiente. Em razão de conflitos positivos e negativos de competência material ambiental, se fez útil a edição da lei complementar nº. 140/2011¹, normatizando uma vez mais o ideal de garantir o desenvolvimento sustentável, “harmonizando e integrando todas as políticas governamentais” (artigo 6º *caput, in fine*).

Citada norma percorre o caminho já direcionado constitucionalmente de manter o município como ator de ações administrativas que deve executar e fazer

cumprir as políticas nacional e estadual de meio ambiente e demais políticas relacionadas à proteção ambiental; formular, executar e fazer cumprir a política municipal de meio ambiente; promover, no município, a integração de programas e ações de órgãos e entidades da administração pública federal, estadual e municipal, relacionados à proteção e à gestão ambiental (artigo 9º, I, III e VI).

Apenas na ausência de ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no município, o estado deve desempenhar as ações administrativas municipais. E, na ausência de órgãos municipais e estaduais, a União deve suprir tal lacuna (artigo 15, I, II e III).

Nesta federação de três níveis, pautada pela descentralização, podemos dizer que sobre o município recaem atribuições cujos princípios são citados pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA):

Subsidiariedade: tudo o que puder ser realizado pelo nível local, com competência e economia, não deve ser atribuído ao nível estadual e federal. Isso permite encontrar soluções para os problemas o mais próximo possível de onde são gerados.

Autonomia: a liberdade e o discernimento individual ou local são valorizados, garantindo-se, dessa maneira, o mínimo de dependência para a realização de ações de interesse local.

Responsabilidade compartilhada: a missão de zelar pelos bens comuns cabe a todos e a cada um, de acordo com as suas competências e atribuições.

Cooperação ou solidariedade: independentemente da política partidária, a cooperação entre os distintos níveis de governo é estimulada, pois isso otimiza custos e agiliza processos. (2006, p. 38).

O federalismo fiscal contempla a ferramenta de repartição de receitas, de modo que, além dos tributos de sua competência, os municípios também recebem parte das receitas arrecadadas por outros entes.

Embora os municípios e estados-membros sejam receptores de parcelas proporcionais dos produtos da arrecadação tributária da União, de acordo com regras de distribuição fixadas pela Constituição e normas infraconstitucionais, a União concentra uma arrecadação muito superior aos demais entes políticos.

Basta verificarmos os números da carga tributária brasileira compilados pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), vejamos que, dos 1.955.804 milhões de reais arrecadados em tributos no Brasil em 2014, a União concentrou 66,10% deste total.

Tabela 3: Dados da evolução da carga tributária brasileira 2014

Âmbito	Valor (milhões de reais)	Percentual sobre o todo arrecadado
Federal	1.292.686 milhões	66,10%
Estadual	557.720 milhões	28,51%
Municipal	105.398 milhões	5,39%

Fonte: IBPT. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2142/05EvolucaoDaCargaTributariaBrasileira.pdf>>. Acesso em 10. ago. 2015. (IBPT, 2015, p. 3)

Ademais, este mecanismo que mantém a União como centro das receitas tributárias mais expressivas

a serem partilhadas, é criticado por Machado (2010, p. 35), pois mantém os estados e municípios numa posição de dependência do governo federal.

Em uma análise dos gastos públicos, Mendes ressalta que demandas socioeconômicas heterogêneas e desiguais no território são um desafio para a busca da eficiência na ação pública, pois:

a própria CF/1988 sedimenta uma diretriz normativa que procura universalizar e homogeneizar os atributos dos entes federativos e das políticas públicas na provisão dos bens e serviços públicos, independentemente das diferentes escalas ou dos níveis de atuação federativa, bem como da heterogeneidade e desigualdade territorial e social vigentes no país. (2015, p. 7)

O mesmo autor ressalta que federalismo brasileiro é e será ponto de discussão que envolve contradições:

Desde o início do século XIX, no debate político no Brasil entre monarquia constitucional e federalismo, o federalismo brasileiro traz subjacente a escolha de um modelo capaz de um equilíbrio difícil entre centralização (unidade territorial) e descentralização (autonomia provincial) ou de uma compatibilização entre unidade (nacional) e diversidade (regional). (MENDES, 2015, p. 13-14)

Temos que considerar também que, a autonomia municipal aliada às competências municipais con-

templadas pela Constituição, coloca nos braços dos municípios a prestação de serviços a uma população cada vez mais urbana e demandante de investimentos públicos. Neste cenário, os direitos sociais, de caráter prestacional, acabam por ser mais reclamadores de recursos públicos:

Com os recursos federais chegando em menor quantidade e com menos regularidade, os estados e municípios, principalmente esses últimos, foram forçados a desviar recursos para áreas mais sensíveis ao cidadão, como saúde e educação, o que não elimina a necessidade de um processo mais organizado de transferência de responsabilidades aos governos estaduais e locais. (TEIXEIRA, 2005, p. 8)

Não poderíamos abordar tal assunto sem trazer-mos as palavras de Meirelles:

Examinando-se a atividade municipal no seu tríplice aspecto político, financeiro e social, depara-se-nos um vasto campo de ação, onde avultam assuntos de interesse local do Município, a começar pela elaboração de sua Lei Orgânica e escolha de seus governantes (prefeito e vereadores), e a se desenvolver na busca de seus governantes (prefeito e vereadores), na defesa do conforto e da estética da cidade (urbanismo), na educação e recreação dos munícipes (ação social), na defesa da saúde, da moral e do bem-estar público (poder de polícia) e na regula-

mentação estatutária de seus servidores (2008, p. 137-138).

Estas considerações levantam um ponto de aguda problematização, que é a real capacidade dos municípios de carregar o fardo a ele entregue como ente federado. Continuaremos a tocar em tal ponto no decorrer do trabalho, inclusive, explorando os indicadores da estrutura municipal publicado pelo IBGE.

Não se esgotam na Constituição Federal de 1988 as atribuições ambientais municipais. Antes mesmo da promulgação da Carta Magna, de modo pioneiro, a legislação ambiental já dava o contorno de uma política ambiental descentralizada, como será exposto na seção que segue.

2. A estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e os municípios

Evidenciando nossa tendência ao positivismo jurídico, refletida na identificação plena do direito com a lei², a discutida autonomia do Direito Ambiental é defendida a partir de outro marco na legislação ambiental brasileira, qual seja, a lei n. 6.938/1981, denominada Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Cujo advento foi conhecidamente influenciado pela Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Meio Ambiente Humano realizada em Estocolmo, Suécia, no ano de 1972.

Justamente no texto da lei da Política Nacional do Meio Ambiente é que foi formalizado um sistema

de cooperação, descentralização e articulação para gestão ambiental pública no país, denominado Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). Com regras contidas no artigo 6^a, podemos resumir os órgãos e entidades da administração pública e integrantes do SISNAMA no seguinte quadro, que considera também o texto do decreto regulamentador da lei n. 6.938/1981:

Tabela 1 – Integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente

Âmbito	Órgão ou entidade	Atribuição
órgão superior:	Conselho de Governo	com a função de assessorar o Presidente da República
órgão consultivo e deliberativo	Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA)	com a finalidade de assessorar, estudar e propor diretrizes de políticas governamentais e deliberar sobre normas e padrões
órgão central:	Ministério do Meio Ambiente (MMA) (a lei ainda cita a extinta Secretaria do Meio Ambiente da Secretaria da República)	Com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais
órgãos executores:	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio)	executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais
órgãos seccionais:	órgãos ou entidades estaduais (e do Distrito Federal por analogia) ³	responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental
órgãos locais:	órgãos ou entidades municipais	responsáveis pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental

Fonte: baseado no texto da lei n. 6.938/1981.

Interessante percebermos que tal formação não se justifica pela simples repartição de obrigações entre os órgãos citados, muito além disto, a teoria dos sistemas vivos inspirou a arquitetura do SISNAMA:

A idéia que deu origem ao SISNAMA baseia-se em um princípio da Ecologia: a teoria dos sistemas vivos. Segundo essa teoria, sistema é um todo composto de partes que dependem umas das outras e que, atuando juntas, servem para cumprir determinada função. A natureza possui milhares de exemplos de sistemas. Cada indivíduo, animal, planta, microorganismo é um todo integrado, um sistema vivo. Da mesma forma, as sociedades humanas e o meio ambiente construído reproduzem esse modelo: a família, a comunidade, as cidades, a malha viária, as redes de telefonia e de distribuição de alimentos constituem exemplos de sistemas. (MMA, 2006, p. 35).

Ao observarmos o supra citado artigo. 6º da lei n. 6.038/1981 com seus incisos e parágrafos, visualizamos o posicionamento do ente municipal no SISNAMA, bem como a atribuição de uma competência legislativa e, conseqüentemente, administrativa para fiscalizar e fazer cumprir suas normas, para elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, conforme orientações oriundas dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Sobre este ponto, cabe ressaltarmos que foi signi-

ficativa tal menção aos municípios, considerando que, na data da lei (1981) ainda não estávamos sob a égide da atual carta constitucional que busca a igualdade entre os entes da federação, especialmente na área ambiental em que, outrora, as atribuições estavam centralizadas no âmbito federal.

Naquele momento histórico, em que o Brasil recém criara a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA) sob a gestão do primeiro secretário Paulo Nogueira Neto, a proposta de um sistema de gestão ambiental que contemplava os âmbitos federal, estadual e municipal foi inovadora e, ao mesmo tempo, fora da realidade brasileira. Pois, a união concentrava em suas mãos o poder, um retrato disto é que chegou deter 70% da receita pública disponível em 1983 (TEIXEIRA, 2005, p.3-4).

Vejamos informações do próprio Ministério do Meio Ambiente, sucessor da SEMA, a respeito:

Apesar de ter sido concebido como um sistema, o SISNAMA começou a se estruturar ainda durante os governos militares em um ambiente institucional fortemente marcado pela centralização. Havia, naquele momento, grandes dificuldades para se delegar poderes aos estados e municípios. A primeira fase da implementação do sistema (décadas de 1980 e 1990) caracterizou-se pela criação dos órgãos ambientais, principalmente nos âmbitos federal e estadual. Até recentemente, porém, o que se observava na prática era o surgimento de órgãos ambientais

sem vínculos entre si, desarticulados e fortemente marcados pela competição, especialmente no estabelecimento de competências para o licenciamento e a fiscalização. (2006, p. 37).

Porém, o panorama das décadas de 1980 e 1990 sofreu alterações quanto à estrutura dos municípios, em geral, para melhor. Um indicador atual desta melhora é o aumento de 31,7% dos ingressantes como servidores públicos nas administrações direta e indireta no período de 2005-2012. É o que aponta o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ao divulgar o Perfil dos municípios brasileiros:

Nas últimas décadas, o País vem se reformulando democraticamente através de uma série de redistribuições de poderes e redefinições de atribuições entre as diversas instâncias da Federação brasileira, nas quais ficaram evidenciadas a fragmentação territorial pela criação de novos municípios, constituindo-se como novas administrações públicas detentoras de direitos, deveres e autonomia político-administrativa, bem como pelo processo abrangente e progressivo de descentralização efetivado pela transferência de diversas atribuições da União e dos Estados para o conjunto das 5 565 administrações municipais. Cita-se, como exemplo, entre outros programas e ações, o Sistema Único de Saúde - SUS que junto aos diversos Conselhos Municipais vem atuando na área de assistência social, e que

são administrados pelos municípios pelo repasse de recursos oriundos das esferas de governos federal e estadual. (IBGE, 2013, p. 19).

Sustentando o rearranjo das esferas de poder no Brasil, as disposições constitucionais de 1988 sobre meio ambiente vieram somar com a recepcionada lei da Política Nacional do Meio Ambiente, inclusive, quanto às distribuições de competências materiais e legislativas citadas na seção anterior.

Claro está, portanto, que as atribuições municipais no SISNAMA, como um poder-dever de agir, estão colocadas de modo expresse. Não há como ignorar de forma legítima as obrigações colocadas, já que se consolida o princípio da irrenunciabilidade de poderes e competências administrativas.

Diante desta incumbência, ao município cabe executar uma gestão ambiental municipal, a qual o Ministério do Meio Ambiente assim define:

Trata-se de um conjunto de políticas, programas e práticas que levam em conta a saúde e a segurança das pessoas e a proteção do meio ambiente. A gestão é realizada por meio da eliminação ou da minimização de impactos e danos ambientais decorrentes do planejamento, implantação, operação, ampliação, realocação ou desativação de empreendimentos e atividades, incluindo-se todas as fases do ciclo de vida de um produto. (2006, p. 63).

Passaremos, a seguir, a tratar dos órgãos e entidades municipais que executarão tal mister no âmbito do SISNAMA.

3. Os órgãos e entidades locais do SISNAMA

O segmento local no SISNAMA é composto pelos órgãos e entidades de natureza municipal com atuação na gestão do meio ambiente, consubstanciando um próprio sistema municipal de meio ambiente. Basicamente, o modelo federal da “pasta” ambiental é seguido pelos estados e municípios, composto por um órgão ambiental (ministério, secretaria, departamento ou fundação), o conselho de meio ambiente e o fundo de meio ambiente.

Por uma conhecida dificuldade de aparelhamento da administração municipal, este sistema municipal formado por secretaria, conselho e fundo de meio ambiente não é realidade amplamente encontrada em nosso país. Ao contrário, a precariedade é retratada por AMADO:

Os órgãos locais terão natureza municipal, responsáveis pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental, não sendo comum a sua criação na maioria dos municípios brasileiros, mormente os mais pobres e menos populosos, ante a precária estrutura administrativa que assola grande parte dos entes locais neste país. (2014, p. 114).

Ao falarmos em órgãos municipais de meio ambiente (OMMA), utilizamos um nome genérico que pode ser representado por algumas figuras que compõem a administração. No Direito Administrativo entende-se por órgão aquela unidade integrante da administração pública direta, que podem ter o modelo de secretaria, departamento, setor etc., também chamada de administração pública centralizada (MELLO, 2009, p. 139-141 e 150)

Mas também podemos falar das entidades, que são pessoas jurídicas (com personalidade jurídica própria, art. 1º, § 2º, da lei n.º 9.784/1999) criadas por lei para a prestação de serviços públicos por meio de poderes que lhes são outorgados, amplamente conhecidas como administração pública indireta ou descentralizada, que podem ter o formato de autarquia, empresa pública, sociedades de economia mista e fundações públicas (MELLO, 2009, p. 152-153).

A representação local no SISNAMA acontecerá por meio de órgãos ou entidades, a critério da administração. Ao falarmos desta tríade do sistema municipal de meio ambiente: OMMA, conselho e fundo, citamos uma estrutura ideal para atender, simultaneamente, as necessidades atuais de gestão ambiental descentralizada, democratizada, transparente e com recursos próprios para se concretizar.

Defende-se neste trabalho, que os OMMA sejam exclusivos, ou seja, secretarias, departamentos ou autarquias próprios para executar a política municipal ambiental, estruturada com profissionais capacitados, inclusive aptos a realizar o licenciamento ambiental,

e fiscais ambientais. Além de recursos humanos, também há estrutura física de prédio, veículos, equipamentos para complementar o aparato ideal.

Por sua vez, os conselhos gestores, devem ser paritários (entre poder público e sociedade civil), consultivos, deliberativos, normativos, fiscalizadores e renovados periodicamente. Também é salutar que o conselho possua uma secretaria e estrutura física próprias.

Embora pareça óbvio, mas é primordial que os conselhos sejam ativos, com reuniões periódicas e que as ações municipais relevantes (normas, programas, ações, licenças ambientais etc.) sejam previamente deliberadas. Podemos citar as lições do IBGE sobre os conselhos:

Conselhos são instâncias colegiadas, compostas por representantes de organizações públicas civis, de interesse público e privado, que podem exercer diversas funções, tais como: debate de problemas públicos, proposição de soluções, tomada de decisão, assessoria e acompanhamento de processos decisórios e de ações governamentais. Os conselhos municipais de políticas públicas têm sido instituídos ao longo das duas últimas décadas em todo o País, ensejando novas formas de gestão pública em várias áreas como as da saúde, educação, habitação e meio ambiente. Dotados de missão deliberativa ou consultiva, os Conselhos Municipais de Meio Ambiente - CMMAs promovem novas relações entre estado e sociedade para o tratamento das questões

ambientais, ampliando e complementando as alternativas clássicas de participação da sociedade via partidos políticos e representantes eleitos. Desse modo, estabelecem uma instância de articulação e negociação entre interesses diversos de setores organizados e proporcionam oportunidade para a troca de informações, além de favorecerem a coordenação entre diferentes setores da administração, tanto de órgãos locais envolvidos com as questões ambientais quanto entre órgãos de diferentes instâncias de administração. Os Conselhos deliberativos podem ser instrumento de descentralização administrativa. (2005, p. 30)

Completando a tríade, os fundos municipais de meio ambiente devem ser geridos por um colegiado, com a participação do conselho acima citado e que receba recursos capazes de impactar positivamente na gestão ambiental local.

Mas devemos apontar também um pressuposto para o funcionamento de cada engrenagem do sistema, que é a formação de um arcabouço normativo local que se apliquem ao meio ambiente e dê suporte e operacionalidade a cada parte (órgãos, conselho e fundo).

Sintetizando bem a proposta, o Ministério do Meio Ambiente ensina:

É importante promover articulações institucionais com a Lei Orgânica Municipal, a Agenda 21, o Estatuto das Cidades os Comitês de Bacia

Hidrográfica. Para que a gestão ambiental seja efetiva, é preciso que não haja contradições internas entre as diversas normas e princípios que regem as decisões do município.

Aconselha-se que, juntamente com o órgão municipal de meio ambiente, o município crie também o seu Conselho Municipal de Meio Ambiente, como instrumento de controle social, e tenha um fundo de meio ambiente, para captar os recursos destinado à conservação e à preservação ambiental. (2006, p.51)

Não obstante se mostre bastante lógica a existência de um sistema municipal ambiental nos molde supra delineados, esta não é a realidade brasileira. Mesmo com poucas fontes de pesquisa sobre os sistemas municipais, esta lacuna de informações passou a ser suprida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que, desde 2002, se dedica à elaboração de indicadores de desenvolvimento sustentável no país.

Independentemente do formato, os resultados do Suplemento de Meio Ambiente elaborado pelo IBGE com base em coleta de dados de âmbito nacional, contabiliza que os órgãos municipais de meio ambiente (OMMAs) em 2002, apenas 6% dos municípios detinham secretarias encarregadas exclusivamente de meio ambiente, porém subia para 26% os municípios em que o tema ambiental estava a cargo em secretarias conjuntas com outras áreas. Naquele momento a Região Sul era a possuidora do maior percentual de mu-

nicípios com OMMAs (secretaria, departamento, assessoria, setor ou órgão similar) (IBGE, 2005, p. 22).

Diante deste quadro de 2001, a deficiência da administração local de implementar os órgãos e entidades municipais de meio ambiente era constatada ao separarmos os municípios por número de habitantes, daqueles com até 5 mil habitantes (pequenos), 49% não dispunham de qualquer estrutura responsável pelas questões ambientais, dos que possuem algum órgão ou entidade, somente 2% detinham uma secretaria exclusiva de meio ambiente (IBGE, 2005, p. 23).

Por outro lado, dentre os municípios com uma população maior, e que recebem mais recursos pela repartição constitucional, todos aqueles com mais de 500 mil habitantes tem órgão de meio ambiente. Em estruturas variadas, pois, “45% possuem secretarias exclusivas, 24% têm secretaria conjunta e os 31% restantes possuem órgão subordinado a uma secretaria de outro setor” (IBGE, 2005, p. 23).

Felizmente, uma melhora no quadro geral foi detectada pelo novo perfil dos municípios realizado em 2012 pelo IBGE. Na década estudada (2002-2012) houve um aumento generalizado dos OMMAs, de 67,8% para 88,5% dos municípios com algum órgão (2013, p. 169).

A crescente também é vista nos pequenos (até 5 mil habitantes) que somam em 2012 81,8% com alguma estrutura. Por sua vez, a boa estrutura é notada nos 288 municípios com mais de 100 mil habitantes, os quais 100% dispõe OMMAs (2013, p. 169).

Quanto aos conselhos municipais de meio ambiente (CMMA), o IBGE constatou que 63,7% dos muni-

cípios em 2012 dispunham de CMMA, porém, apenas 3,3% os detinham até 1987, e acrescenta:

Mesmo após a promulgação da C Constituição Federal de 1988 o crescimento desses fóruns ocorreu de maneira tímida; o incremento mais significativo se dá a partir de 1997. É, no entanto, ainda baixa a presença de CMMA entre os municípios brasileiros, se levarmos em conta que conselhos municipais como os de Assistência Social, Saúde, Direitos da Criança e do Adolescente, obrigatórios segundo as leis federais, estão presentes em quase todos os municípios do País. (2013, p. 170-171).

O crescimento generalizado é perceptível pelos dados da tabela abaixo:

Tabela 2: Percentual de municípios com Conselho de Meio Ambiente, por Grandes Regiões - 1999/2012

Ano	Percentual de municípios com Conselho de Meio Ambiente (%)					
	Brasil	Grandes Regiões				
		Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste
1999	21,4	11,4	9,0	32,5	29,1	19,1
2001	29,0	18,5	14,3	39,3	39,6	32,4
2002	34,1	21,6	19,7	43,5	44,2	41,7
2004	36,7	26,3	20,3	46,8	49,6	40,6
2008	47,6	38,5	29,9	58,7	61,1	50,6
2009	56,3	47,7	36,8	71,0	67,2	59,7
2012	63,7	60,6	40,5	79,1	75,5	70,4

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 1999-2012. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2012/munic2012.pdf>. Acesso em 10 ago. 2015. (IBGE, 2013, p. 171)

Outro desafio enfrentado é a inatividade dos conselhos. Em 2012, 75,6% dos municípios com conselho declararam que realizaram reunião no período contemplado na pesquisa (IBGE, 2013, 174). Ou seja, encontramos conselhos inativos, os quais existem apenas “pro forma”, com possíveis causas:

como a constituição de conselhos apenas para atender a condicionantes normativos, como a transferência da competência de licenciamento para o município, ou o esgotamento de suas atividades em função de dificuldades do conselho em se firmar diante de um executivo municipal que não propicia a formulação compartilhada da política ambiental e de uma sociedade civil desmobilizada. (IBGE, 2005, p. 40)

Embora tenhamos citados as classificações dos municípios em tamanho, como base no número de habitantes, por ser um critério divulgado pelo IBGE, temos que considerar uma desigualdade entre os municípios brasileiros em outros aspectos. Há décadas o Brasil sofre com a má distribuição de renda entre a população, disparidade também há quando comparamos os municípios: segundo Pereira, Nakabashi e Sachside (2011, p. 7), a maior renda per capita municipal é mais de 190 vezes maior que a menor renda per capita municipal. Acrescentam os autores: “Mesmo nos estados do Sul e do Sudeste, considerados relativamente mais prósperos no panorama nacional, a diferença no nível de renda per capita municipal é bastante significativa.” (op. cit., p. 18).

Assim, pudemos constatar que, muitas variantes interferem na qualidade da política ambiental municipal. Uma estrutura institucional reforçada é um grande passo para o ente local executar a gestão pública. Porém, o Brasil ainda precisa avançar na qualidade das ferramentas do sistema ambiental municipal para propiciar com igualdade a proteção e promoção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conclusão

Se, apenas a partir da década de 1930 é que o estado brasileiro passou a oficialmente incorporar uma agenda para atenção aos direitos sociais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como uma demanda mais recente e de falsa menor urgência, como um direito humano de terceira dimensão, ingressou na agenda brasileira timidamente a partir da década de 1970, ganhando força formal com a Constituição federal de 1988. Mas, ainda ocupando tímido espaço nas reivindicações populares se comparada às demandas de cunho social.

Não há controvérsia sobre o acerto na opção estatal de fixar o âmbito local como executor da política ambiental. Principalmente no que tange à participação social, vez que, o simples deslocamento dos cidadãos para a capital regional seria um empecilho à participação como controle social de política pública.

Porém, não ignoramos o problema da descentralização do poder na federação desacompanhada de melhoria satisfatória da estrutura municipal. Tal defi-

ciência impede o pleno acesso ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nítida está a existência de fundamentação jurídica para a existência de uma política municipal de meio ambiente formada pelos órgãos municipais (secretarias, departamentos etc.), Conselhos Municipais de Meio Ambiente – CMMA e Fundos Municipais de Meio Ambiente - FMMA. Esta fundamentação decorre de textos legais e normativos, com destaque para previsões de patamar constitucional.

Contudo, não é o simples texto legal que dá a efetividade aos CMMA, pois a lei reflete uma demanda emergente da realidade. Assim, a exigência social de participação e controle social sobre a ação estatal, o movimento pela prevenção e repressão da degradação da qualidade ambiental são fundamentos reais para a implantação dos CMMA.

De modo que, não se contesta o direito de implantação desta espécie de colegiado. Porém, por mais óbvia que pareça esta primeira conclusão, ela permanece sem correspondência fática. Ou seja, nos deparamos com o velho e sempre atual problema da ausência de efetividade de direitos fundamentais.

Os resultados de dados publicados pelo IBGE e reproduzidos neste artigo, embora sejam meros indicadores que não são capazes de trazer a tona a eficácia das políticas municipais ambientais no Brasil, permitem a conclusão de que nem mesmo o passo mais simples que é a mera criação do CMMA com realização de reuniões ordinárias foi dado em parte dos municípios brasileiros.

Apesar de um evidente crescimento, nem mes-

mo a criação de pastas (secretarias ou departamentos) municipais de meio ambiente aconteceu em 100% municípios brasileiros, providência esta que costuma anteceder os CMMA e FMMA. Pois, se não há uma pasta responsável pela proteção do meio ambiente, acaba por também não existir o conselho da área, já que a estrutura do conselho, sua secretaria executiva e às vezes a própria presidência do colegiado estão atrelados à pasta ambiental municipal.

Por fim, como condição básica para que os conselhos municipais possam atuar, sugerimos alguns requisitos ainda não fixamos em uma legislação uniforme: que funcionem com paridade de representantes (mesmo número de representantes do poder público e da sociedade civil), com presidente livremente eleito pelos membros (não indicado pela prefeitura); estrutura mínima disponível, como local para funcionamento da secretaria, guarda de documentos, microcomputador com internet, impressora e material de papelaria; secretaria executiva atuante; liberdade para a elaboração das pautas; competências consultiva, deliberativa, normativa e fiscalizadora; reuniões frequentes, no mínimo, mensais em local de fácil acesso e em horário escolhido pelos conselheiros e que facilite a presença do público; calendário de reuniões pré estabelecido.

Ademais, não há que se considerar supérflua a presente pesquisa por ter chegado a conclusões pouco inovadoras, já que não se encontra com facilidade material abordando a teoria (muito menos a prática) dos conselhos municipais em geral. Portanto, neste ponto, é válido abordarmos o tema para que ele ecoe e se desenvolva.

Notas

- 1 Segundo sua ementa: *Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.*
- 2 “O positivismo jurídico, incorporando o positivismo filosófico, procurou criar uma ciência jurídica com características análogas às *ciências exatas e naturais*. [...] Os ideais racionalizadores do Iluminismo encontram seu ápice no Código Civil de Napoleão, de 1804, que buscava assentar o direito em bases seguras e unitárias. [...] Para tanto, exigiu-se a construção de um direito único, válido para todas as pessoas, que deveria ser *geral e abstrato*, para garantir a segurança jurídica e moldar-se a economia capitalista em processo de expansão. A codificação foi o *germe do positivismo jurídico*, baseado o princípio que o Código deveria ser o *mais completo possível*, para que fosse deixada ao intérprete a *menor liberdade possível*. (CAMBI, 2011, p. 80- 81).
- 3 O Decreto regulamentador (Decreto nº. 99.274/1990) inclui como órgão seccional “*os órgãos ou entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, as fundações instituídas pelo Poder Público cujas atividades estejam associadas às de proteção da qualidade ambiental ou àquelas de disciplinamento do uso de recursos ambientais [...]*”, inovando inadequadamente o que seria os órgãos seccionais da redação original da lei federal, a qual prevê apenas órgãos ou entidades estaduais e não federais.
Ademais, em razão da competência legislativa cumulativa do Distrito Federal que lhe é atribuída pelo art. 32, § 1º da CF, e da competência administrativa comum em matéria ambiental (art. 23, III, IV, VI, VII e IX, c/c, art. 225, ambos da CF e c/c art. 6º *caput* da própria Lei nº 6.938/81), esta ainda regulamentada pela LC 140/2011, podemos incluir do Distrito Federal ao lado dos Estados.

Referências

- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquemático**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jul. 2015.
- _____. Lei 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, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 25 de jul. de 2015.
- _____. Lei Complementar n. 140, de 8 de agosto de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do **caput** e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 09 dez. 2011, retificado 12 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em 25 de jul. de 2015.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. ver e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERREIRA, Helena Sivini. Competências Ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233-247.
- IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Perfil dos Municípios Brasileiros 2012**. IBGE: Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2012/munic2012.pdf>. Acesso em 10 ago. 2015.

- _____. **Perfil dos Municípios Brasileiros 2002**. IBGE: Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/meio_ambiente_2002/meio_ambiente2002.pdf>. Acesso em 10 ago. 2015.
- IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. **Evolução da Carga Tributária Brasileira**. maio 2015. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2142/05EvolucaoDaCargaTributariaBrasileira.pdf>>. Acesso em 10. ago. 2015.
- MENDES, Constantino Cronemberger. **Padrões Regionais da Despesa Pública Municipal no Brasil**. Brasília: Ipea, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2089.pdf>. Acesso em 10 ago. 2015. (Texto para Discussão n. 2089)
- PEREIRA, Ana Elisa Gonçalves. NAKABASHI, Luciano. SACHSIDA, Adolfo. **Qualidade das instituições e PIB per capita nos municípios brasileiros**. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1623.pdf >. Acesso em 09 ago. 2015. (Texto para Discussão n. 1623)
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Malheiros: São Paulo, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2009.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA; INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA. **Cadernos de formação** volume 1: Política Nacional de Meio Ambiente. Brasília: MMA, 2006. Disponível em: <<http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/volume1.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2015.
- TEIXEIRA, José Raimundo Baganha. **O atual desequilíbrio no sistema de repartição de receitas tributárias**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema20/2005_1508.pdf>. Acesso em 12 jun. 2015.

Os Instrumentos Processuais e Constitucionais da República Federativa do Brasil na Tutela do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

*The Procedural and Constitutional
Instruments of the Federative
Republic of Brazil in Protection
of the Ecologically
Balanced Environment*

Artigo recebido em 12/06/2015

Revisado em 08/09/2015

Aceito para publicação em 03/10/2015

Tiago Resende Botelho

Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (2013-16); Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal do Mato Grosso (2011); especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados (2009); pós-graduando em Políticas Públicas de Raça e Gênero pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (2014); Licenciado em História pela Universidade Federal da Grande Dourados (2007); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2007). Exercendo os cargos de Analista Judiciário da Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul; professor temporário dos cursos de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e das Faculdades Integradas de Nova Andradina. e-mail: trbotelho@hotmail.com

Resumo

O presente artigo é fruto dos seminários gerais do Doutorado em Direito Público da Universidade de Coimbra no outono do ano de 2013. O objeto estudado versa a respeito dos instrumentos processuais e constitucionais existentes na República Federativa do Brasil que tutelam o meio ambiente, demonstrando, como os mesmos se instrumentalizam na busca do equilíbrio desse bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Portanto, a pesquisa transita em esferas de Direito Constitucional e Processual, haja vista que os instrumentos pesquisados – ação civil pública; mandado de segurança; mandado de injunção

e ação popular – encontram alicerçados juridicamente em ambos os Direitos. As linhas “verdes” aqui grafadas buscaram apresentar os remédios constitucionais e processuais capazes de tutelar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, munindo Estado e sociedade de garantias jurídicas em defesa e preservação de tal bem para as presentes e futuras gerações. A metodologia do estudo foi desenvolvida utilizando o método hermenêutico, por atender os objetivos propostos e vale-se da pesquisa bibliográfica como fonte para a construção argumentativa do conhecimento científico.

Palavras-chave

Ação civil Pública; Ação Popular; instrumentos processuais e constitucionais ambientais; mandado de injunção; mandado de segurança; República Federativa do Brasil.

Abstract

The present article is the result of general seminars of the PhD program in Public Law of University of Coimbra in the autumn of 2013. The case studied discusses about the existing procedural and constitutional instruments in the Federative Republic of Brazil that protect the environment, demonstrating

how they instrumentalize themselves in the search of the balance of that common use asset essential to a healthy quality of life. Therefore, the research moves into spheres of Procedural and Constitutional Laws, since the instruments researched - public civil action, writ of mandamus, writ of injunction and class action - are legally based in both Laws. The “green” lines spelled in here sought to present the constitutional and procedural remedies capable to protect everyone’s right to an ecologically balanced environment, providing the State and society with legal guarantees in defense and preservation of such asset for present and future generations. The study methodology was developed by using the hermeneutical method for its meeting the proposed objectives and the bibliographic research as a source for the argumentative construction of scientific knowledge.

Keywords

Public civil action; Class Action; environmental procedural and constitutional instruments; writ of injunction; writ of mandamus; Federative Republic of Brazil.

Sumário

Introdução. 1. Ação civil pública ambiental. 2. Mandado de segurança individual e coletivo ambien-

tal. 3. Ação popular Ambiental. 4. Mandado de injunção ambiental. Conclusão. Notas. Referências.

Sumário

Introdução. 1. Ação civil pública ambiental. 2. Mandado de segurança individual e coletivo ambiental. 3. Ação popular Ambiental. 4. Mandado de injunção ambiental. Conclusão. Notas. Referências.

Introdução

O ser humano, em sua trajetória histórica com o meio ambiente natural, vem estabelecendo uma relação antidemocrática com a natureza. Por conseguinte, outorga-se o direito de apropriar-se e dispor dos bens ambientais, da melhor forma que lhe apetece. Assim, cristalizou a tese de que, por serem vastos os recursos naturais do planeta, seriam também ilimitados e renováveis. Consequentemente, desnecessário seria despendar maiores atenções às questões ambientais.

Durante séculos, a humanidade atribui aos recursos ambientais valores meramente econômicos, chegando ao extremo de, em alguns momentos, colocar o próprio equilíbrio do ecossistema em desequilíbrio. Com práticas econômicas predatórias, o homem violou sua relação com a Terra a ponto de comprometer a harmonia com o mundo natural, exemplo são as duas grandes guerras que assolaram o mundo.

Mais especificamente, na década de sessenta, a humanidade se depara com verdadeira crise ambiental global. Os muitos e expressivos acidentes ecológicos, o avanço da poluição transfronteiriça, o aumento do desmatamento e a escassez de normas nacionais e internacionais que regulamentassem o trato do homem para com o equilíbrio do meio ambiente, imprimiram, na opinião pública internacional, a sensação de que o caos ecológico estava muito próximo e que, se uma nova forma de se relacionar com o meio ambiente não entrasse em vigor, muito rapidamente o Planeta sucumbiria a um ciclo de extinção da vida.

Buscando substituir essa realidade nociva que vinha provocando de forma intensa o desequilíbrio do meio ambiente, dá-se início à construção de um arcabouço protetivo em esfera internacional do bem ambiental. Isso se inicia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e se estende na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (1972), na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, (2002), e, mais recentemente, a Rio+20 (2012).

Nesse processo construtivo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou roupagem de direito fundamental ingressando em Constituição Federais de inúmeros Países, e os recursos ambientais passam a ser lidos como bens difusos de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Passando o direito ao meio ambiente a fazer parte do rol dos di-

reitos intitulados transindividuais, com embasamento constitucional e processual e envolvimento de princípios e regras que buscam promover a promoção e proteção desse bem tão essencial à sadia qualidade de vida.

Seguindo a tendência mundial, a República Federativa do Brasil em sua Constituição Federal, no ano de 1988, herdeira do verde das boas novas, inclui o meio ambiente como um bem formalmente jurídico a ponto de ser alcunhada por alguns como “Constituição Verde”. A partir de então, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser direito transindividual, recaindo, portanto, sobre o Poder Público e à coletividade a responsabilidade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em razão das periclitantes questões ecológicas na atual sociedade de risco e da urgência da efetivação do direito transindividual a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para às presentes e futuras gerações, este trabalho tem por escopo apresentar os instrumentos constitucionais e processuais - ação civil pública, mandado de segurança, ação popular e o mandado de injunção - como remédios capazes de tutelar a efetivação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Primeiramente, será analisada a Ação Civil Pública, instrumento recepcionado pela Constituição Federal, de 1988, no art.129, III, em que se prevê a proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente. Sendo resguardada pela Lei 7.347/85, de 24.06.85.

Adentrando no estudo da ação popular, esta se

encontra inserida no art. 5º, LXXII da Carta Magna, que concede ao cidadão o direito de ingressar juridicamente visando anular ato lesivo ao patrimônio, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural. Sua regulamentação encontra-se disponibilizada na Lei 4.717, de 29.06.65.

O mandado de segurança individual e coletivo enquadra-se no art.5º, LXX da Constituição Federal. E, recentemente, passou a ser disciplinado pela Lei 12.016, de 07.08.09.

Em última análise, será investigado o mandado de injunção ambiental, instrumento que possui roupagem de cláusula pétrea e está previsto no Art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, e regulamentado pela Lei n. 8.038/90.

A essência do artigo está em percorrer constitucionalmente e processualmente os instrumentos aptos a serem ajuizados para pleitear a tutela do meio ambiente. Buscando, a todo o momento, demonstrar que a ação civil pública, o mandado de injunção, o mandado de segurança e a ação popular são instrumentos viáveis, disponíveis ao Estado e a sociedade para tutelarem o equilíbrio do meio ambiente.

1. Ação civil pública ambiental

O instrumento processual da Ação Civil Pública da República Federativa do Brasil encontra-se disposto no artigo 129, III, da Constituição Federal e na Lei

n. 7.374/85: Logo, possui natureza dúplice, de caráter constitucional, [...] *sob procedimento ordinário, dirigido à tutela de interesses difusos e coletivos, sem prejuízo de interesses individuais homogêneos, quando revestidos de suficiente abrangência ou expressão social.*² É, também, de caráter processual, servindo a tutela de qualquer direito público, individual ou transindividual (não só o meio ambiente), buscando impor soluções para todo e qualquer tipo de crise jurídica, entre elas, a crise ambiental.

O objeto da ação civil pública é a defesa dos interesses coletivos *lato sensu* como, por exemplo, a proteção ao patrimônio público, ao meio ambiente e do consumidor. Oportunamente, a Constituição Federal, no artigo 129, III e 170, V, consagra a proteção das crianças e adolescentes.

A legitimidade ativa da ação civil pública vem expressamente delineada no artigo 5º, da Lei 7347/85, cumulado com o artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, podem propor ação civil pública ambiental o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e empresas públicas, as fundações ou sociedade de economia mista, bem como a associação que esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Somando a este rol, o Código de Defesa do Consumidor traz como legitimados as entidades e os órgãos da administração pública, direta ou indireta, mesmo sem personalidade jurídica.

No lado oposto, os legitimados passivos são àqueles que causaram, ou ameaçaram causar lesão ao interesse coletivo, especificamente, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sejam, ou não, pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.⁴

Conforme o artigo 282, IV, do Código de Processo Civil, o pedido é o objeto da ação, o bem da vida pretendido pelo autor, além de ser certo e determinado, precisa ser explícito na petição inicial. Vale lembrar que existem casos em que o pedido é genérico, não há como determinar, na petição inicial, de modo definitivo, as consequências do ato ilícito em esfera ambiental.

Dessa forma, o pedido formulado na ação civil pública ambiental corresponde ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, bem como à abstenção de realizar qualquer ato lesivo aos interesses transindividuais tutelados. Por exemplo, impedir a edificação em uma Área de Preservação Permanente – APP.

O pedido também pode vir abarcado em sede de liminar ou antecipação de tutela. Relativamente à ação cautelar, ela é prevista no artigo 4º da lei da ação civil pública. O artigo 5º da mesma lei enumera os órgãos e pessoas jurídicas com legitimação ativa para sua propositura. Também é cabível a antecipação de tutela. O artigo 273 do Código de Processo Civil traz de forma genérica a antecipação de tutela, assim como o Código de Defesa do Consumidor traz em seu artigo 84, liminarmente ou após a justificação prévia, aquilo que se estende às ações civis públicas.

Tratando-se de pedidos genéricos, a lei admite

condenações genéricas. Dessa forma, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Ada Pellegrini Grinover,⁷ admite que *a condenação versará sobre o ressarcimento dos danos causados e não dos prejuízos sofridos*. Significa dizer que, antes das liquidações e execuções individuais, o bem jurídico tutelado é indivisível, aplicando-se à toda a coletividade de maneira uniforme.

Portanto, a sentença na ação civil pública e nas ações coletivas, de modo geral, obedece à congruência ou correlação, o que equivale dizer que ela deve atender estritamente ao pedido do legitimado ou legitimados. Também a imutabilidade *erga omnes* ou *ultra partes* da sentença, conforme a lei da ação civil pública, artigo 16 e artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, deve se ater aos limites do pedido formulado.

Todavia, o que consta na doutrina são somente apontamentos sobre a improcedência por insuficiência de provas, notadamente em razão do disposto no artigo 16 da lei da ação civil pública e artigo 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, importa entender em quais situações existe a autoridade da coisa julgada, impedindo, ou não, a repositura da mesma demanda coletiva, desta feita, valendo-se de nova prova. O resultado favorável à demanda resulta de um apanhado de fato e de direito e que, acoplados às provas, *levará à formação do convencimento do juiz no sentido de que a razão pertencia ao demandante ativo. Por outro lado, a improce-*

*dência ocorre quando o autor não consegue convencer o magistrado, seja por fatos ou provas, de que o mesmo está com a razão*⁸.

Importante se faz anteceder as considerações acerca da coisa julgada com apontamentos sobre a possibilidade de se recorrer da sentença que julgou a ação civil pública.

O artigo 19 da lei da ação civil pública não deixa nenhuma dúvida de que o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária a essa lei. A única previsão trazida pela lei da ação civil pública está contida no artigo 14 ao dizer que o magistrado poderá conferir efeito suspensivo aos recursos a fim de se evitar danos irreparáveis à parte. *A adoção técnica processual prevista no art. 14 da LACP demonstra uma sensível preocupação com a efetividade das decisões, que, mesmo estando sujeitos à impugnação por recurso, poderão ser imediata e provisoriamente executadas.*⁹

A lei da ação civil pública, no artigo 16, de forma idêntica ao artigo 18 da ação popular, anuncia que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se a ação for julgada improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Desta forma, em regra, a tutela dos direitos individuais homogêneos permanece intacta, utilizando-se a regra do Título III, do Código de Defesa do Consumidor, artigos 103 e 104. Quando se tratar de direitos difu-

sos e coletivos, aplica-se o artigo 16, da lei da ação civil pública.

A coisa julgada para a tutela de direitos difusos e coletivos é dita *secundum eventum litis* ou seja, a coisa julgada segundo o resultado do processo, porque se opera apenas em face das circunstâncias da causa. Quando o legislador afirma que a mesma ação coletiva pode ser proposta com base em prova nova, há ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir a cognição exauriente. Há, em outras palavras, expressa aceitação das hipóteses de que a participação do legitimado no processo pode não ser capaz de fazer surgir cognição exauriente, e de que essa deficiente participação não pode prejudicar a comunidade ou a coletividade.

É correto afirmar, portanto, que nas ações que tutelam direitos transindividuais pode haver sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material.

Como ensina Heline Sivini Ferreira *Como a coisa julgada e uma qualidade que se agrega ao comando do julgado, a resposta judiciária deve alcançar não apenas o interesse de constitui o objeto da demanda, mas também todos os sujeitos relacionados a esse interesse.*¹⁰

Portanto, nas ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, a sentença de improcedência de cognição exauriente e sua consequência, que é a formação de coisa julgada material, ocorrem, mais precisamente, *secundum eventum probationis*, ou seja, conforme o sucesso da prova.

Se, em função dessa característica da coisa julgada nas ações coletivas, o magistrado julgar a ação improcedente por insuficiência de provas (ainda que não exponha, manifestamente, essa causa como motivo de rejeição da demanda), não haverá formação de coisa julgada material, mas, apenas formal. Será, pois, plenamente viável a propositura da mesma ação futuramente, desde que instruída com prova nova, capaz de alterar o quadro cognitivo da ação anterior.

Impossível falar de ação civil pública sem falar de inquérito civil. Trata-se de procedimento administrativo, pré-processual, realizado extrajudicialmente. Sua instauração é facultativa e é o meio de coligir provas e demais elementos de convicção para fundamentar a ação civil pública ou demais atos do Ministério Público, como adiante será explicado. Tem previsão legal no artigo 8º, parágrafo 1º, da lei da ação civil pública, no artigo 9º, da Lei n. 7.853/89, no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 223 cumulado com o artigo 201, V, bem como no artigo 26, I, da Lei n. 8.625/93 e na Lei Complementar n. 75/93. É inquérito de atuação exclusiva do Ministério Público.

Cumprir acrescentar que o inquérito civil também pode ser usado pelo Ministério Público para fazer a tomada de compromisso de ajustamento, audiências públicas e até mesmo relatórios e recomendações.

Repita-se: o inquérito civil é facultativo. Para entender o porquê da dispensabilidade, imagine-se uma situação em que todos os demais legitimados para a ação civil pública tivessem que utilizar-se de um in-

quérito civil para que a ação seja intentada. Seria um caos!

Bom é dizer que um dos efeitos do inquérito civil é a interrupção da decadência, conforme artigo 26, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Acrescente-se também a possibilidade de expedição de requisições, condução coercitiva, requisição de perícias e informações de entes públicos ou particulares.

Entre essas possibilidades, há que se ressaltar uma: a indenização pelos prejuízos causados em razão da investigação como, por exemplo, uma obra que fica paralisada e aguardando o desenrolar das investigações.

São três as fases do procedimento do inquérito civil: i. a instauração; ii. a produção de provas e demais elementos para a convicção; iii. a conclusão, com o arquivamento do inquérito civil e a celebração do compromisso de ajustamento de conduta ou o ajuizamento da ação civil pública.

Por ser inquisitivo e por se tratar de um procedimento administrativo (não processo administrativo), a doutrina tem entendido que ao inquérito civil aplica-se o princípio do contraditório. Bem como, destacam que o *inquérito civil* é inquisitivo, mas não é secreto, de modo a atender o princípio da publicidade.

Em se tratando do arquivamento do inquérito civil, este é submetido ao controle do Conselho Superior do Ministério Público - CSMP, conforme artigo 9º, parágrafo primeiro, da lei da ação civil pública. Há que se dizer que também é submetido ao CSMP o arquivamento

mento das peças de informação. Ressalte-se que todo arquivamento deve ser expresso e fundamentado.

As Audiências Públicas se firmam como importante instrumento para a formação da convicção do Ministério Público nos casos complexos e de alta litigiosidade interna, destacando, aqui as questões que envolvem o equilíbrio do meio ambiente. Bem como, é nesse momento que a participação popular impera de forma efetiva, haja vista a publicidade da data e local da realização da audiência, devendo também ser comunicado à população o objeto da investigação, com a máxima acessibilidade possível.

Por ser o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental de múltiplas dimensões, em especial de terceira, carece ele de instrumentos processuais que se destinem a protegê-lo e torná-lo ecologicamente equilibrado. Na República Federativa do Brasil a ação civil pública firma-se como um desses instrumentos, talvez o principal, que se destina à tutela dos direitos transindividuais, estando inserida no rol das garantias repressivas fundamentais.

2. Mandado de segurança individual e coletivo ambiental

O percurso histórico¹² trilhado pelo mandado de segurança¹³ é marcado por uma constante repulsa a práticas de ilegalidades ou abuso de poder da autoridade pública ou de agentes delegados. Tais práticas

Revista DIREITO & PAZ - UNISAL - Lorena/SP - Ano XVII - N.º 33 - 2.º Semestre/2015

Os Instrumentos Processuais e Constitucionais da República Federativa do Brasil na Tutela do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado - pp. 411-464

BOTELHO T. R.

ilegais foram executadas com intensidade no Brasil, principalmente nos anos marcados pela ditadura militar. Atualmente, com frequência, atos ilegais e abusivos insistem em se fazer presentes através do poder arbitrário das autoridades públicas sobre direitos líquidos e certos ambientais.

No Brasil, o mandado de segurança é posto pela primeira vez à disposição da sociedade, na Carta Magna de 1934, no artigo 113, n. 33. Logo adiante, na Constituição Federal de 1937, esse remédio constitucional foi retirado do corpo do texto, ficando apenas no plano da legislação infraconstitucional.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1946, no artigo 41, § 24, o mandado de segurança adentra novamente ao ordenamento jurídico pátrio no rol de direitos e garantias individuais, e, no ano de 1951, é editada a Lei. n. 1.533, que buscava regulamentar mais bem o tema. Neste percurso, a Carta de 1967 permanece dispondo o mandado de segurança no art. 150 § 21 e por sua vez, a Constituição de 1969 previu, também, esse remédio no artigo 153, § 21.

Na República Federativa do Brasil, a Constituição de 1988, buscando negar as ilegalidades e abusos vivenciados insere no título “Dos direitos e garantias fundamentais”, no capítulo primeiro, conhecido como “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, deixa nítido, no artigo 5º, LXIX, LXX, a importância daquele instrumento de proteção contra os atos abusivos e lesivos do poder público, a ponto de ser revestido pelo manto da cláusula pétreia disposto no artigo 60, § 4º.

Nessa conjuntura, a mais recente alteração do mandado de segurança veio com a Lei n. 12.016 de 2009 que, de maneira inovadora, disciplina o mandado de segurança coletivo, que até então se utilizava das normas do mandado de segurança individual e dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal. Isso provocava insegurança jurídica.

Assim, o mandado de segurança reforça-se como remédio capaz de tutelar o meio ambiente. Por meio dele qualquer pessoa pode acionar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, quando não se é amparado por *habeas corpus* nem *habeas data*, ou quando autoridade pratica ilegalidade ou abuso de poder¹⁹.

O mandado de segurança se sustenta na natureza dúplice de caráter constitucional e processual, podendo se falar em um instituto de direito processual constitucional. Sob o prisma constitucional, o *writ of mandamus* é remédio constitucional que garante a proteção de direito pré-constituído, que não recaia sobre *habeas corpus* e *habeas data* e que esteja sendo violado pela ilegalidade ou abuso de poder pela autoridade pública ou agente delegado. Sob o prisma processual, o mandado de segurança é estruturado como ação cível de rito sumário especial.

Em uma fusão dos conceitos apresentados tanto pela Constituição Federal, no artigo 5º, LXIX, quanto pela Lei n. 12.016 de 2009, no artigo 1º, chega-se à conclusão de que o sentido de existir do mandado de segurança é proteger direito líquido e certo que não faça

parte dos direitos protegidos pelo *habeas corpus* ou *habeas data*.

Para melhor compreender, o instituto do mandado de segurança ambiental, necessário se faz aprofundar os esteios que o alicerçam. Em primeiro lugar, o objeto do mandado de segurança se fixa no direito líquido e certo.

A liquidez e a certeza exigível para impetração do *mandamus* resumem-se na existência de prova pré-constituída, ou seja, aquela que pode ser comprovada de plano, independentemente de prova testemunhal ou pericial. É um direito não controvertido, baseado em documento ou dispositivo legal.²⁰

Referente à exigibilidade de o direito lesionado ser líquido e certo, cabe interpretação mais abrangente, principalmente na esfera ambiental.

De maneira alguma, se desconstrói o objeto do mandado de segurança, ou seja, a liquidez e a certeza; no entanto, a proteção dos direitos difusos exige das partes envolvidas sensibilidade, bom-senso, entendimento alargado, valorização dos princípios da vida, da saúde, da precaução, da dignidade da pessoa humana, da prevenção, entre outros. Além do mais, é totalmente inviável a rigidez, a ponto de acarretar a inaplicação do mandado de segurança coletivo aos interesses difusos sob a alegação de que não existem provas documentais do direito líquido e certo.

Assim, a pergunta: o direito fundamental a um meio ambiente sadio por si só não é um direito líquido e certo? A comprovação de que a sensível quebra dos elos

que formam o ecossistema e provoca o desequilíbrio, gerando doenças, não é um direito líquido e certo? O ato administrativo que gera dano irreparável ao meio ambiente não se materializa em direito líquido e certo? Em resposta a tais questionamentos, Martins manifesta-se da seguinte forma:

[...] será que um desmatamento irregular numa reserva ambiental, provocando, comprovadamente, um desequilíbrio ecológico cujos fatos são incontroversos, portanto, indiscutíveis, não autoriza a tutela coletiva, lato sensu, por uma associação ambientalista, para tanto valendo-se do mandando de segurança coletivo? Evidente que sim, pois, assim lhe autoriza a ordem constitucional.²¹

Se o objeto do mandado de segurança é a violação de qualquer direito líquido e certo, então, o objetivo do *mandamus* habita na proteção ou reparação dos direitos violados ou ameaçados por ato de autoridade.

São considerados atos de autoridade todos aqueles que consubstanciam ação ou omissão da Administração ou de seus delegados no exercício de suas funções. Assim, a autoridade coatora impetrada é aquela que pratica o ato impugnado²³ e, nos casos de omissão do Poder Público, a autoridade coatora é a indicada pela lei como competente para praticar tal ato.²⁴

No que se refere aos prazos do mandado de segurança, ele pode ser interposto em cento e vinte dias,

contados da data do ato a ser impugnado. Quando concedida a liminar em decorrência do *fumus boni iuris* e o *periculum in morra*, tem efeito imediato, não podendo ser embaraçado na sua execução por recurso²⁵.

Quanto à nova lei do mandado de segurança (Lei n. 12.016, de 2009), esta, é expressivamente positiva na proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, principalmente para a tutela do meio ambiente, pois trouxe regulamentações necessárias no ambiente da tutela coletiva. De forma expressa, a nova lei declara que os direitos protegidos pelo mandado de segurança podem ser coletivos ou individuais homogêneos. Também dispõe que a sentença prolatada do referido *writ* fará coisa julgada, irradiando aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Para não se correr risco de fazer-se leitura descabida do mandado de segurança individual e coletivo ambiental, convém mencionar que a aplicação desse instrumento em âmbito coletivo veio ampliar e democratizar o polo ativo da ação. Assim, o termo “coletivo” diz respeito à natureza dos impetrantes.

Em razão disso, fica transparente que o mandado de segurança coletivo ambiental é nada mais que a ampliação dos legitimados ativos. Portanto, limitar o termo “coletivo” do mandado de segurança à proteção dos direitos coletivos *stricto sensu* é errôneo, pois tanto o mandado de segurança individual quanto o coletivo se colocam na defesa de direito individual, coletivo ou difuso.

Ambos os mandados de segurança seguem os

mesmos ritos e pressupostos, diferenciando-se apenas quanto aos legitimados ativos que, no mandado de segurança coletivo, amplia sua capacidade e permite ser impetrado por: i. partido político com representação no Congresso Nacional; ii. por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e funcionando, pelo menos por um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.²⁶

Vale destacar que, o Ministério Público é legitimado ativo para o ajuizamento do mandado de segurança, bem como possui atuação imprescindível no referido *mandamus*, a ponto de, em não sendo devidamente oficiado, implicar nulidade processual. Haja vista que o Ministério Público é chamado ao processo não como representante da autoridade coatora ou da entidade estatal a que faz parte, mas como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O mandado de segurança ambiental possui caráter repressivo quando visa a corrigir ato abusivo praticado por autoridade pública, agente ou delegado. Tem caráter preventivo quando busca prevenir expectativa de ameaça a um direito líquido e certo do impetrante.

Pelo exposto, facilmente se chega à conclusão de que o mandado de segurança é instrumento viável na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Transcende ele qualquer freio que queira limitar o *mandamus* à mera proteção individual.

Portanto, quando se diz a quem o mandado de

segurança é cabível para a tutela do meio ambiente, traduz-se que esse instrumento processual constitucional protege a vida com qualidade, a saúde, a dignidade da pessoa humana, os princípios democráticos, entre outros valores fundamentais da República Federativa do Brasil.

3. Ação popular Ambiental

Através do transcurso histórico da ação popular, rapidamente se percebe que esse instrumento de atuação democrática representou a linha de partida na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*. Sua edificação remonta ao Direito Romano em que a ação popular era traduzida como: *eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tenetur*, ou seja, *denominamos ação popular aquela que ampara direito próprio do povo*.²⁷

O transcurso da ação popular leva-nos a entender que ainda que existam diferenças aparentes e compreensíveis em cada momento histórico, sua essência consegue atravessar o tempo e chegar até os dias de hoje como instrumento fortificador da democracia participativa.

No Brasil, a ação popular se faz pela primeira vez presente com a Constituição Federal de 1934, no artigo 113, item 38: Com o início do período histórico nominado Estado Novo, a ação popular foi rechaçada pela Constituição de 1937, dado o caráter ditatorial do regi-

me político que vigorava à época. Posteriormente, com o fim da era Vargas, a Constituição Federal de 1946 instituiu novamente a ação popular de forma mais ampla, no artigo 141, § 38, ainda que necessitasse de norma reguladora, o que somente acontece pela Lei n. 4.717/65.

Na Constituição Federal de 1967, a ação popular é posta no artigo 150, § 31. Já na Emenda da Constituição n. 1/69, a referida ação vem no artigo 153, § 31.

Por fim, com a redemocratização vivida na República Federativa do Brasil, na década de 1980, a ação popular, atendendo a conjuntura vivenciada, ingressa de forma sublime na Constituição de 1988, no artigo 5º, LXXIII, que, alcunhada de Constituição Cidadã, fortificou a ação popular e estendeu seu objeto de tutela, passando a proteger, de forma declarada, também os direitos difusos e coletivos, e convém aqui ressaltar, a inclusão expressa da defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desde muito cedo, a ação popular firmou-se como instrumento democrático de proteção dos direitos difusos e coletivos e, portanto, na esfera ambiental, pode-se afirmar que o sistema legislativo brasileiro instituiu uma democracia socioambiental cujo *objetivo era a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa [...]. Somente assim o Estado de direito democrático estaria tanto mais completo quanto mais se aproximasse desse objetivo.*³³

O conceito empregado a ação popular não possui grandes divergências na doutrina, José Afonso da Silva

leciona que é instituto processual civil, a dispor do cidadão como garantia ou remédio político-constitucional, que busca resguardar o interesse da coletividade, sobre o ajuizamento do controle jurisdicional corretivo de atos que afetem negativamente o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.³⁴

A ação popular é remédio jurídico constitucional originário da imprescindível urgência de melhor zelar pelo interesse público e pela moralidade administrativa.

Seu intento é fazer com que todo cidadão se transforme em protetor do bem comum, no caso em tela o bem ambiental, de todos e essencial a sadia qualidade de vida. Ou seja, é conceder democraticamente ao cidadão um instrumento judiciário, através da sentença, que declare nulos ou torne nulos atos do poder público lesivos ao patrimônio público.³⁵

A partir das conceituações apresentadas, conclui-se que a ação popular possui natureza jurídica de caráter dúplice, ou seja, constitucional e processual. Sob ângulo constitucional ganha *status* de remédio constitucional, buscando proteger interesses públicos e difusos que por ventura venham a ser lesionados por atos do Poder Público afetando a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. Sob aspecto processual é ação civil que está à disposição de qualquer cidadão para anular atos ou contratos administrativos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente natural e cultural (regulamentada pela Lei n. 4.717/65).

Portanto, é preciso insistir que o objeto da ação popular busca invalidar determinado ato lesivo ao patrimônio público³⁶, condenar ao pagamento de perdas e danos³⁷ e, em sendo necessário, exigir a recomposição ou restauração do patrimônio público no seu conceito mais alargado: o erário, os bens e valores históricos, artísticos, turísticos e paisagísticos, o meio ambiente³⁸ e a moralidade administrativa.

Sabe-se que o objeto da ação popular divide-se em bens de natureza pública (patrimônio público ambiental – parque nacional) e em bens de natureza difusa (meio ambiente – poluição atmosférica). Em razão disso, os procedimentos são também distintos, pois, enquanto a defesa dos bens de natureza pública segue os procedimentos esculpidos na Lei n. 4.717/65, a defesa dos interesses difusos adota o previsto na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.³⁹

Com efeito, os atos lesivos de que fala a norma constitucional são os atos praticados com a anuência de entidades públicas ou de agentes que lidam com o patrimônio público, contra os quais se autoriza procedimento judicial anulatório, impetrado por qualquer cidadão, com a finalidade de corrigir as arbitrariedades na administração da *res pública*⁴⁰.

A ação popular pode revestir-se de caráter repressivo ou preventivo. No primeiro caso, a ação popular embasar-se-á na correção dos atos negativos já materializados, ou seja, o pedido será reparatório. No segundo caso, a demanda judicial será interposta *antes*, ou em vias de ocorrer a prática lesiva. Assim, o im-

petrante requererá em juízo liminar para suspender os efeitos do ato lesivo.

A doutrina e a jurisprudência têm admitido a proposição de ação popular contra procedimento omissivo da Administração, pois se trata de participação negativa do Poder Público⁴¹. Ora, nos casos em que a administração pública é omissa na proteção do patrimônio público, qualquer cidadão embasado na ação popular tem o direito de requerer e questionar o desempenho da administração pública em face de sua própria omissão.

Desse modo, pode-se ressaltar a importância dessa ação, pois legitima o cidadão como sujeito ativo para proteger e fiscalizar a moralidade administrativa, o patrimônio público, o meio ambiente enfim, os direitos difusos e coletivos.

Em suma, este instrumento processual constitucional reveste qualquer cidadão de legitimidade para exercer um poder de natureza política, pois constitui *emanação direta da soberania pertencente ao povo, detentor primeiro do poder*⁴², nos moldes do art. 1º do Texto Constitucional, sob a ótica de garantia constitucional política⁴³ ao estatuir que todo poder emana do povo, que o exerce por meio dos seus representantes eleitos direta ou indiretamente.

Cidadão é todo brasileiro nato ou naturalizado no gozo dos direitos políticos, na qualidade de eleitor, posto que o art. 1º da Lei 4.717/65 exige a apresentação de título de eleitor, o qual comprova o seu direito de votar e ser votado⁴⁴. De tal sorte que, como autor popular,

pode figurar o menor, com idade entre 16 e 18 anos, pois a Constituição o reconhece com direito político de votar, patrocinado em juízo por advogado⁴⁵.

Entretanto, esse conceito político de cidadão, ou seja, de que somente o sujeito quite com as suas obrigações eleitorais pode impetrar ação popular na defesa do meio ambiente é totalmente rechaçado por este trabalho. Apesar da fundamentalidade difusa desse bem, ele não pode ficar restrito àqueles que gozam dos direitos políticos. De forma mais enfática, este tema voltará no próximo tópico que abordará as possíveis limitações dos instrumentos processuais.

A ação popular é instrumento processual que reforça o sentido da existência do Estado Democrático de Direito, uma vez que o autor pede a tutela jurisdicional para defender interesses de toda a população⁴⁶, pois [...] *o autor popular faz valer um interesse que só lhe cabe, ut universis, como membro de uma comunidade, agindo pro populo*⁴⁷, e é isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé. Portanto, pode-se inferir que o beneficiário de tal ação não é o seu autor, mas a comunidade [...] *o povo, titular do direito subjetivo ao Governo honesto*⁴⁸.

Apoiador da participação popular, o Ministério Público tem funções obrigatórias e facultativas na ação popular⁴⁹. Como fiscal da lei, é-lhe obrigatório: acompanhar a ação e apressar a produção de provas; providenciar para que as requisições de documentos e informações previstas no art. 7º, I, b sejam atendidas no prazo legal; promover a responsabilidade civil ou cri-

minal dos que nela incidirem; promover a execução da sentença condenatória, quando o autor não o fizer.

Como função facultativa, tem-se: dar continuidade ao processo caso o autor desista, ou quando o processo é extinto sem julgamento de mérito, por falta de providências do autor; recorrer de decisões que sejam contrárias ao autor, o que pode ser feito por qualquer cidadão:

Como legitimados passivos, podem-se incluir pessoas públicas e privadas, ou entidades, autoridades, funcionários e administradores que pratiquem, autorizem, aprovem ou ratifiquem atos de lesão ao patrimônio público, pois, no caso de ser procedente a ação, são condenados ao pagamento de perdas e danos para a recomposição do patrimônio público (artigos 6º, *caput*, e II da Lei n. 4.717/65).

Além disso, a sentença da ação popular pode ser estudada sob o ângulo da tutela de urgência e de mérito.

Quanto à tutela de urgência, a medida liminar será concedida desde que seja apresentado o *fumus boni iuris* ou o *periculum in mora*. Referente à tutela de mérito, a sentença poderá ser desconstitutiva-declaratória⁵¹, ou seja, declarar procedente a demanda e condenar o polo passivo a reparar perdas ocorridas, custas e despesas processuais, honorários advocatícios, e, por fim, poderá produzir coisa julgada *erga omnes* por ato lesivo aos bens e interesses públicos e a valores ambientais, históricos e culturais, a reparar.

Havendo a improcedência da ação popular,

têm-se duas situações; i) se a ação popular for declarada infundada, sua sentença fará coisa julgada *erga omnes*, e o ato atacado permanecerá existindo; ii) se a improcedência for declarada por deficiência probatória, por não fazer coisa julgada *erga omnes*, çaberá nova demanda com os mesmos fundamentos e pedidos, uma vez que permanece existindo o interesse público.⁵²

A respeito de decisão proferida em ação popular ambiental, vale destacar que:

É sabido que a Constituição de 1988, no art. 5, inciso LXXIII legitimou nova espécie de Ação Popular no sistema processual brasileiro: A Ação Popular Ambiental. Portanto, quando o objeto evidenciar a defesa do meio ambiente, devido à peculiar característica deste bem, alçando pela CF/88 à categoria de direito humano fundamental, a sentença na ação popular poderá ter natureza mandamental, com cominação de multa diária para caso de seu descumprimento. Estará o juiz utilizando de todos os meios disponíveis no sistema para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, ainda que tal não tenha sido pedido diretamente pelo autor. [...] Desta feita, resta claro que a sentença na Ação Popular pode assumir as mais variadas características, dando seu objeto e a natureza do bem jurídico a ser tutelado. Assim, quando a Ação Popular tiver por objeto a proteção bem de difícil ou impossível reparação, como o meio ambiente, para

o qual a indenização pecuniária não correspon-
da à melhor forma de retorno ao status quo ante,
significando apenas uma compensação, o siste-
ma processual e os objetivos constitucionais de
assegurar maior efetividade à prestação juris-
dicional autorizam sua tutela preventiva e até
mesmo a cautelar e a antecipação. Ainda mais
nas ações coletivas, que tamanha repercussão
tem na sociedade⁵³

A ação popular ambiental é, pois, a efetivação
da cidadania; é a responsabilidade individual que cada
ser humano precisaria ter consigo e com as gerações fu-
turas, até porque, em uma interpretação reflexiva, *não
podemos esperar e cobrar que União, Estados, Municí-
pios, Ministério Público e associações de classe façam
por nós tudo aquilo de que nos omitimos fazer enquanto
cidadãos.*⁵⁴

Por fim, fácil se nota que a ação popular ambien-
tal é um mosaico, ou seja, um embutido de pequenas
peças que, dispostas harmoniosamente no tabuleiro,
formam um proteger democrático do meio ambiente.
Seus ladrilhos estão dispostos no corpo da Constitui-
ção Federal, e seu desenho se forma quando conjuga a
essência do artigo 1º (cidadania e dignidade da pessoa
humana); do artigo 3º (sociedade livre e justa e a erradi-
cação da pobreza); do artigo 5º (vida, liberdade, igual-
dade, segurança e propriedade); do 6º (educação, saú-
de, alimentação, moradia, segurança, assistência aos
desamparados); e do artigo 225 (meio ambiente ecoló-

gicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, dever de defender e preservar por parte do Poder Público e da coletividade, responsabilidade para as presentes e futuras gerações).

4. Mandado de injunção ambiental

Desde sua origem⁵⁵, o sentido de existir do mandado de injunção está na falta de ação do Poder Público posto à disposição de qualquer pessoa que se sinta prejudica pela ausência de norma regulamentadora. Em sendo o Poder Público o grande responsável pela edição das normas, e em decorrendo a inviabilização do exercício de direitos, de liberdades e prerrogativas constitucionais pela ausência de normas, conclui-se que tal instrumento se coloca à disposição da sociedade para sanar a ausência de norma regulamentadora que viabilize o exercício dos direitos e prerrogativas por meio de resposta judicial.

A priori se faz importante destacar que o mandado de injunção pode ser perquirido sob natureza dú-
plice: constitucional ou processual. Fato que o aproxima muito mais de uma espécie de ação constitucional do que de um instrumento processual.⁵⁶

Isto porque, conceitualmente, o mandado de injunção está ancorado no rol expresso dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, no artigo 5º, LXXI, ou seja, é cláusula pétrea, remédio constitucional ao dispor nitidamente que, para sua impetração,

necessário se faz a ausência de normas regulamentadoras a ponto de interferir no exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas que envolvam a nacionalidade, a soberania e a cidadania.

No entanto, também sob o aspecto processual, o mandado de injunção é agasalhado pela natureza jurídica da ação civil, possuindo pretensão individual, singular ou plúrima, podendo ser deduzida em juízo ou tribunal e submetida a rito especial de jurisdição contenciosa.⁵⁸

Ainda sob essa natureza dúplice, o mandando de injunção foi gestado a partir do ideal de que nenhum direito, liberdade e prerrogativa que envolva a nacionalidade, a soberania e a cidadania fosse posto em descrédito pela ausência de norma regulamentadora.

Nesse entender, afirmam José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite que *O referido mandamus é uma ação civil de procedimento especial. Impetrada contra a omissão do Poder Público. Assim, pelo mandado de injunção, o Poder Judiciário assegura ao impetrante um direito estabelecido constitucionalmente, mas que não pode ser exercido por falta de norma regulamentadora.*⁵⁹

Do exposto, pode-se abstrair com facilidade que os requisitos materiais para a impetração do writ fixam-se em três pontos estampados no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, que são: i) ausência de norma regulamentadora; ii) inviabilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania e,

iii) existência de um direito constitucional subjetivo de eficácia limitada de quem o invoca.

Assim, o mandado de injunção representa [...] *uma forma de tutela indireta do meio ambiente como um todo, ou como contribuição para a consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.*⁶⁰ Portanto, sempre que for constada a omissão do Poder Público em regulamentar normas constitucionais de eficácia limitada, que estejam interligadas a temática ambiental, esse instrumento de natureza dúplice, ao dispor da sociedade, poderá ser suscitado por qualquer cidadão.

O mandado de injunção, infelizmente, não possui legislação própria. No caso em tela, em se tratando de bens e valores ambientais, segue-se a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7347/85, conjugada com o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90. Cumpre aqui assinalar que o mandado de injunção é auto-aplicável visto que, por ser garantia dos direitos fundamentais, sofre influência por força do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que exige aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.⁶¹

Quanto ao objeto do mandado de injunção, há ramificação de posicionamentos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que o objeto desse instrumento processual seria a constituição do órgão remissor em mora, declarando a omissão inconstitucional e a notificação do ente competente para a solução da lacuna.⁶²

Vicente Greco Filho, por sua vez, defende que o objeto do mandado de injunção é a regulamentação provisória do direito subjetivo constitucional.⁶³ Sobre o

tema, José Joaquim Calmon de Passos leciona que o objeto reside na produção da norma regulamentadora.⁶⁴

Nesse passo, Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery definem que o objeto do mandado de injunção reside na operacionalização do [...] *exercício de um direito já previsto na Constituição, ou seja, tem escopo de satisfazer no caso concreto o referido exercitamento do direito já previsto que esteja ausente de norma que lhe de regulamentação.*⁶⁵

Referente à competência para processar e julgar o mandado de injunção, vale destacar que tal competência recai sobre a autoridade, o órgão ou a entidade que possua atribuição de editar normas regulamentadoras para suprir a omissão legislativa no que se refere às normas constitucionais de eficácia limitada.

Quanto aos sujeitos do mandado de injunção, têm-se o legitimado ativo e o legitimado passivo. Faz parte dos legitimados ativos toda pessoa ou grupo de pessoas que sejam titulares de um determinado direito constitucionalmente assegurado, mas que percebam que seu exercício esteja sendo inviabilizado pela omissão do Estado na edição de norma infraconstitucional regulamentadora.

Com relação aos legitimados passivos para ingresso do referido *writ*, o sujeito pode variar conforme seja o entendimento adotado. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, defende que, no polo passivo, deve figurar autoridade, órgão ou ente responsável por emitir a norma regulamentadora.⁶⁷ Flávia Cristina Piovesan le-

ciona que parte passiva é a pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, que viria a suportar a decisão de procedência.⁶⁸ Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery aduzem que, por ser a expressão “ausência de norma regulamentadora” muito abrangente, admite-se variado número de pessoas no polo passivo, destacando-se as pessoas políticas do Estado (União, Estados e Municípios) e os entes da Federação (Executivo, Legislativo e Judiciário).⁶⁹

Pode-se perceber que a finalidade do mandado de injunção de forma alguma se fixa em criar soluções para sanar uma lacuna jurídica, até porque não existe espaço vago, e, sim, necessidade de suprir a ausência de uma norma regulamentadora. Portanto, o que se busca é apenas acomodar a peça faltante de um quebra-cabeça, e a norma regulamentadora é a última peça que precisa ser encaixada para efetivar completamente os direitos ou prerrogativas já dispostos na Constituição Federal, mas de eficácia limitada.

Quanto à sentença em mandado de injunção, a decisão irradia-se única e exclusivamente ao caso posto em juízo, *inter partes*. Quer dizer, tal instrumento não é um remédio certificador de direito, mas sim de atuação de um direito já certificado.

Por tudo isso, o mandado de injunção não fere a tripartição dos poderes, uma vez que a decisão prolatada limita-se a solucionar a ausência de norma regulamentadora de um caso determinado, não ultrapassando a situação posta em análise.

Portanto, não ganha *status* de norma, tampouco

exige norma regulamentadora que seja editada com o mesmo formato da sentença. Posicionando-se da mesma forma, Canotilho e Morato Leite aduzem que

[...] o mandado de injunção não objetiva a criação de normas genéricas e abstratas atinentes ao exercício de direitos e liberdades dependentes de regulamentação; tal instituto tem a função de atender ao cidadão que é impedido de exercer um direito constitucional, por motivo de inércia legislativa ou regulamentar. O mandamus busca, dessa forma, a norma concreta e individual (sentença) para a solução de caso específico⁷⁰

Os efeitos do mandado de injunção têm permeado vertentes diferenciadas no ordenamento jurídico pátrio. Observam-se três entendimentos. O primeiro é defendido pelo Supremo ao sustentar que, preenchidos os requisitos do mandado, declara-se a omissão de norma regulamentadora, e, automaticamente, comunica a câmara legislativa, para que edite uma norma⁷¹. O segundo entendimento parte do princípio que, supridos os requisitos do mandado de injunção, a omissão do órgão legiferante deverá ser declarada e sanada. O terceiro posicionamento sustenta que, após sanados os requisitos do mandado, o Supremo declararia a omissão do Poder Público, provendo a comunicação dos órgãos omissos, estabelecendo prazos para manifestação do Poder competente. Caso não se apresente manifestação, o STF teria autonomia para fixar meios de efetivação do direito do impetrante.⁷²

Consoante ao exposto até o momento, em esfera ambiental caberá mandado de injunção toda vez que a ausência de norma regulamentadora se faça presente, buscando com que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado permaneça à disposição das gerações presentes e futuras, proporcionando, assim, mais do que meramente a proteção da vida, mas uma tutela à sadia qualidade de vida.

Conclusão

O meio ambiente, na atualidade jurídica, possui um caráter dúplice. Ao mesmo tempo, que se firma como um direito subjetivo, recaindo sobre toda a coletiva o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além disso, é um direito objetivo pelo qual o Estado, através de ações preventivas, restauradoras e promocionais, possui o dever de assegurar a todos a realização desse direito fundamental do homem.

É cediço que, apesar de não ser o Estado o único responsável em tutelar o bem ambiental, é, sem sombra de dúvidas, o mais forte e importante, pois deveria ser o agente transformador da sociedade. Portanto, sobre ele recai o dever de função provedora das necessidades básicas do ser humano, sem as quais, dificilmente o homem conseguirá voltar suas atenções às questões ambientais.

Em função de tal responsabilidade conjunta de

proteção ao bem ambiental, a Constituição Federal, de 1988 e a legislação processual brasileira, buscando efetivar a tutela ambiental, apresenta ao poder público e à coletividade quatro instrumentos: ação popular, mandado de injunção, ação civil pública e o mandado de segurança.

Instrumentos que foram lapidados no texto constitucional e em leis esparsas, para a coletividade e o Poder Público, efetivarem o dever que lhes foram imposto, ou seja, defender e preservar o bem ambiental, para as presentes e futuras gerações.

Quanto ao mandado de injunção, apesar de ser um instrumento de direito processual novo, ou seja, criado pela Constituição Federal, de 1988, e sem um direito análogo para o legislador constituinte se basear, representou, a nosso ver, um fim da perenidade das normas programáticas que ficavam eternamente esperando por regulamentação.

Deste modo, o mandado de injunção apresenta-se como instrumento viável que possibilita uma concreta aproximação da jurisdição com o jurisdicionado, bem como um avanço na implementação dos direitos fundamentais. Primeiro, por ampliar a tutela dos direitos e garantias fundamentais constitucionalizadas; segundo, por abranger extenso campo de tutela a alcançar todas as situações que interfiram no exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas que envolvam a nacionalidade, a soberania e a cidadania;⁷³ terceiro, por criar meios viáveis para sanar a omissão do Estado no tocante às normas constitucionais de eficácia limitada.

Outro importante mecanismo processual para a defesa e tutela do meio ambiente é a ação popular. Instrumento democrático que permite ao povo anular judicialmente atos lesivos ou ilegais aos interesses transindividuais garantidos constitucionalmente, tais como: a moralidade administrativa, o patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

Nesse contexto, petrifica-se como instrumento processual altamente democrático, haja vista que propicia ao cidadão expor sua indignação ao Poder Judiciário e auxilia a tomada de decisão judicial que tem por objetivo a tutela ambiental.

Em acuidade semelhante, o mandado de segurança ambiental se apresenta como um dos expressivos remédios constitucionais à disposição de toda pessoa física ou jurídica. Tem capacidade processual e universalidade reconhecida por lei; portanto, tem força para fazer cessar ameaças contra direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem às funções que exerça.

Ora, não há dúvida em se afirmar que o mandado de segurança é um heroico remédio constitucional que serve como instrumento de cidadania. Logo, representa meio eficaz para a defesa coletiva, bem como necessário à proteção dos direitos difusos, estejam eles efetivamente lesados ou ameaçados de lesão.

Por fim, a ação civil pública é remédio de natureza dúplice, hábil para proporcionar segurança jurí-

dica à sociedade uma vez que, existindo conflitos cuja essência sejam os interesses e direitos difusos e coletivos, far-se-á possível o emprego de um mecanismo que proteja o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido, a ação civil pública é instrumento eficaz para efetivar o direito fundamental do homem ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações. Primeiro, porque, quando estiver tal direito ameaçado, o ato lesivo será afastado, protegido assim o direito difuso da sociedade; segundo, quando o direito fundamental ao meio ambiente, preteritamente, já tiver sido agredido, então, serão reparados e reprimidos os prejuízos causados pelas ações antrópicas dos membros da intitulada sociedade de risco.

Os instrumentos processuais ambientais brasileiros, como devidamente expresso, galgaram o nível mais alto de um direito vigente: são postos como garantias fundamentais, de caráter imutável, ou seja, são *cláusulas pétreas* que, em decorrência da imprescindibilidade da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, são insuscetíveis de serem objetos de qualquer deliberação ou proposta de alteração, ainda que por emenda à Carta Magna.

Essa realidade é suficientemente clara para se afirmar que, ainda que existam limitações visíveis nos instrumentos processuais, tais limitações são menores do que realmente se prega. Portanto, isso não deverá impedir que aqueles instrumentos sejam dispostos à sociedade. Ademais, nenhuma garantia adentra ao rol dos direitos fundamentais se não tiver um objetivo nobre e humano ao ponto de se petrificar como imutável.

Se os instrumentos processuais alcançaram o nível de garantia fundamental do homem é porque, ao longo do tempo, com o trilhar histórico da humanidade, percebeu-se que tutelar o meio ambiente é requisito para se desfrutar de uma sadia qualidade de vida. Portanto, embasado neste entendimento, é que se pode sustentar que a valorização dos instrumentos processuais - ação civil pública, mandado de injunção, mandado de segurança e ação popular - traduz-se na própria valorização da vida sadia.

Notas

- 1 A lei da ação civil pública é de autoria mista e a mescla de dois projetos de lei diversos. O original, comandado por Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Waldemar Mariz de Oliveira, tinha como objetivo criar lei de cunho processual para a defesa do meio ambiente, tendo por base a ação de responsabilidade, prevista no parágrafo primeiro do artigo 14, da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 9.638/81). O segundo projeto alcançou, primeiramente, o *status* de lei de autoria do Ministério Público do Estado de São Paulo, graças a Nelson Nery Jr., Édis Milaré, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz. Aproveitaram-se as bases do primeiro projeto, mas ampliou-se a legitimidade ativa, o objeto, a competência do local do dano, o inquérito civil etc. Tudo isso para garantir a tutela processual dos conflitos de massa, com intenção de mitigar o sistema individualista e o tímido aparato da Ação Popular. Deu-se aprovação ao texto original (o primeiro), prevendo remédio para a defesa dos direitos dos consumidores e do meio ambiente. Em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor -CDC-, a Ação Civil Pública passou a ser utilizada na defesa de todos os direitos difusos e coletivos, como idealizado pelos autores do projeto inicialmente concebido. Acres-

- centa-se que a Ação Civil Pública teve o texto original inspirado no modelo do direito inglês denominado *Bill of Peace*, do século XVII, em que o direito de um elevado número de pessoas era representado por algumas pessoas selecionadas.
- 2 LENZA, Pedro. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 153.
 - 3 O pedido formulado na ação civil pública não visa apenas à satisfação do interesse do autor (legitimado ativo), mas sim a todo o grupo lesado. Os legitimados ativos também zelam por interesses transindividuais de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, os quais não estariam legitimados a defender, a não ser se por expressa autorização legal.
 - 4 THEODORO, Marcelo Antonio. Ação popular e ação civil pública como instrumentos constitucionais de tutela processual do meio ambiente. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney (orgs.). *Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares*. - Cuiabá-MT: Carlini & Carniato: Cathedral Publicações, 2009. p. 268.
 - 5 “II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;” (Brasil. lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012).
 - 6 **Art. 286** - O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito; III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.)
 - 7 GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 9 ed., 2007, p. 903.
 - 8 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

- 9 _____ . *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 239.
- 10 FERREIRA, Heline Sivini. Os instrumentos jurisdicionais ambientais na constituição brasileira. In CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes LEITE, Jose Rubens Morato. (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 354.
- 11 Embora somente possa ser instaurado e conduzido pelo Ministério Público, qualquer cidadão pode pedir a abertura do inquérito civil, comunicando um fato que repete relevante e que careça de investigação. Trata-se de manifestação do direito de petição, fundamental (art. 5º, XXXLV, da Constituição Federal de 1.988)
- 12 1) *Fase da Pré-Tensão - não se cogita inicialmente da sua criação, mas, em decorrência da limitação de Poderes, ainda no final do Império, surgiu a possibilidade de anulação dos atos administrativos, ainda sem surtir resultado prático.* 2) *Fase da Tensão - marco das dificuldades técnicas, aqui, temos direito sem seu correspondente instrumento de tutela, cujo vazio jurídico se pretendeu preencher por intermédio de institutos alternativos, como os interditos possessórios e o habeas corpus.* 3) *Fase da Adoção - primeiras idéias necessárias sobre o mandado de segurança, origem do amparo, batismo do instituto, até a sua implantação final.* AIRES FILHO, Durval. *O mandado de segurança em matéria eleitoral*. Brasília: Jurídica, 2002. p. 25.
- 13 [...] *o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça [...]* MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 25.
- 14 Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado

ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

- 15 Art.141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.
- 16 Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 21 - Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.
- 17 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 21. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.
- 18 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constitu-

- ída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;
- 19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 636.
 - 20 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2006. p. 403.
 - 21 MARTINS, Antonio Carlos Garcia. *Mandado de segurança coletivo: legitimidade para causa e o regime da coisa julgada*. Porto Alegre: Sintese, 1999. p. 67.
 - 22 *O impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício. Nada impede, entretanto, que a entidade interessada ingresse no mandado a qualquer tempo, como simples assistente do coator, recebendo a causa no estado em que se encontra, ou, dentro do prazo para as informações, entre como litisconsorte do impetrado [...]* MEIRELLES. Loc. cit. p. 63.
 - 23 GASPARI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2004. p. 816.
 - 24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 638.
 - 25 Op. cit. p. 816-817.
 - 26 FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro: ação civil pública, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 165.
 - 27 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 522.
 - 28 Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.
 - 29 Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 38 - Qualquer cidadão

será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

- 30 Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.
- 31 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.
- 32 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;
- 33 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 65.
- 34 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 466.
- 35 MILARÉ, Édís. Legislação ambiental e participação comunitária. In: *Direito ambiental: tutela do meio ambiente*. MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme [Orgs.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 108-109.
- 36 BARROSO, Luís Roberto. *Ação popular e ação civil pública: aspectos comuns e distintivos*. RT, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 04, 1993. p. 239.

- 37 SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional- doutrina e processo*. São Paulo: RT, 1968. p.105.
- 38 [...]a qualidade do meio ambiente se transforma num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornara num imperativo do Poder Público, para assegurar o direito fundamental a vida. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7.ed. 1991. p, 709.
- 39 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. p. 690.
- 40 RAMOS, Elival da Silva. *Ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 143.
- 41 Idem.
- 42 PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. In: *Direito ambiental: tutela do meio ambiente*. MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme [Orgs.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 947.
- 43 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 460.
- 44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 655.
- 45 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2006. p. 407.
- 46 Ibidem. p. 406.
- 47 SILVA. Loc. cit. Id.
- 48 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores: São Paulo, 2006. p. 716.
- 49 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 659. Lei Federal n. 4.717/65
- 51 [...] tendo em vista a redação do art. 11 da lei 4.717/1965, a ação popular é predominantemente desconstitutiva e subsidiariamente condenatória (em perdas e danos). MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 21 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 133.
- 52 PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 699.

- 53 SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental: direitos coletivos e ações coletivas*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 111.
- 54 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 397.
- 55 *O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV, como essencial remédio da Equity. Nasceu, pois, do juízo de Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (statues), regulando a espécie, e quando a Common Law não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal, mas no justo natural. Na injunction inglesa como no mandado de injunção do art. 5º, inc. LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da equity o arbítrio de criar normas de agir ex nihil, pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, conventions, etc.). E o juiz brasileiro também não terá arbítrio de criar regras próprias, pois, terá, em primeiro lugar, que se ater a pautas que lhe dá o ordenamento constitucional, os princípios gerais do direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os vetores do justo natural que se aufere ao viver social, na índole do povo, no evolver histórico. Aí é que seu critério estimativo fundamenta sua decisão na falta de regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativas objeto da proteção do mandado de injunção. Mas a fonte mais próxima deste é o writ of injunction (ver item relativo ao mandado de segurança coletivo, retro) do direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana.* SILVA, José Afonso. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 426.
- 56 FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro: ação civil pública, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 198.

- 57 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;
- 58 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 662-663.
- 59 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 338.
- 60 Idem.
- 61 CANOTILHO. Loc. cit. Id.
- 62 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro in *Revista de direito administrativo*, n. 230, 2002. p. 224.
- 63 GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 184.
- 64 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e “habeas data”*: constituição processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 124.
- 65 FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro: ação civil pública, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 525.
A impetração do mandado de injunção coletivo tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, aplicando-se por analogia o disposto pelo mandado de segurança, *in verbis*: *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo*. (STF - MI n. 20, rel. Min. Celso de Mello)
- 67 GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. In: *Revista dos Tribunais*, n. 647, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 41.
- 68 PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões*

- legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 127.
- 69 FIORILLO, RODRIGUES, NERY. Op. cit. p. 221.
- 70 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 338.
- 71 *Quanto a fixação de prazo, para que os órgãos legiferantes editem as normas que a Constituição ordena, isso representaria uma providência com efeitos idênticos ao da Adi por omissão. Daí utilizar-se-ia uma aplicação extensiva do art. 103, § 2º, da Constituição, que fixa prazo de 30 dias para o órgão administrativo omissor. A questão de estabelecimento de prazos para o órgão que deveria regulamentar determinada matéria, por mandamento constitucional, e não o faz, seria de grande relevância para a sociedade, já que conferiria ao direito dos cidadãos maior eficácia no plano dos fatos Ibidem. p. 341.*
- 72 Ibidem. p. 338.
- 73 JR ALONSO, Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 209.

Referências

- AIRES FILHO, Durval. *O mandado de segurança em matéria eleitoral*. Brasília: Jurídica, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Ação popular e ação civil pública: aspectos comuns e distintivos*. RT, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 04, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993..
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- DIDIER, Fredie; ZANETI JR, HERMES. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 5 ed. Salvador: *do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 9 ed., 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro in *Revista de direito administrativo*, n. 230, 2002.
- FERREIRA, Heline Sivini. Os instrumentos jurisdicionais ambientais na constituição brasileira. In CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes LEITE, Jose Rubens Morato. (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro: ação civil pública, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. In: *Revista dos Tribunais*, n. 647, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1989
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores*
- JR ALONSO, Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LENZA, Pedro. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS, Antonio Carlos Garcia. *Mandado de segurança coletivo: legitimidade para causa e o regime da coisa julgada*. Porto Alegre: Sintese, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney (orgs.). *Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares*. – Cuiabá-MT: Carlini & Carniato: Cathedral Publicações, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores: São Paulo, 2006.
- _____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MILARÉ, Édis. Legislação ambiental e participação comunitária. In: *Direito ambiental: tutela do meio ambiente*. MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme [Orgs.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e “habeas data”*: constituição processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989..
- PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. In: *Direito ambiental: tutela do meio ambiente*. MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme [Orgs.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- _____. *Processo Civil Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental: direitos*

- coletivos e ações coletivas. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional- doutrina e processo*. São Paulo: RT, 1968.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Informações sobre a Revista Direito & Paz e os Procedimentos para Publicação

1. Missão

A Revista Direito & Paz, periódico do Programa de Pesquisa e Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, está aberta à comunidade acadêmica nacional e internacional e destina-se à publicação de trabalhos que, pelo seu conteúdo, possam contribuir para a formação e o desenvolvimento científico, além da atualização do conhecimento na área específica de Direito.

Tem por finalidade o debate e a divulgação dos conhecimentos produzidos pelo seu corpo docente, discente e colaboradores de outras instituições, com vistas a abrir espaço para o intercâmbio de ideias e fomentar a produção científica.

2. Objetivos

- a) Divulgar trabalhos originais da área do Direito, sobretudo aqueles que tratam da Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.
- b) Fomentar a produção e facilitar a divulgação de trabalhos acadêmico-científicos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL e de outras Instituições de Ensino Superior do Brasil e do exterior.
- c) Propiciar o intercâmbio de informações entre profissionais da área do Direito, por meio da publicação de textos que se enquadrem nas normas para publicação de trabalhos da Revista.

3. Linha editorial

Articulada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do UNISAL – Mestrado em Direito – em parcerias com outras Instituições de Ensino e Pesquisa brasileiras e de outros países da América Latina, a Revista Direito & Paz constituir-se-á como um estímulo à produção acadêmica dos integrantes da comunidade salesiana de ensino e dos demais Programas de Pós-Graduação em Direito nacionais e internacionais. Ela abrirá espaço prioritariamente para as produções que versem sobre Ética e Meio Ambiente e Direitos Sociais e Cidadania.

Dessa maneira, a Revista pretende possibilitar a mediação dialógica de pesquisadores, acadêmicos, operadores, juristas e filósofos das mais variadas referências teórico-metodológicas, epistemológicas e práticas, sendo considerada um veículo que permite a otimização da produção acadêmico-científica, que visa à melhor

compreensão da ciência do Direito e que contribui para resolução dos problemas jurídicos.

Com periodicidade semestral, junho e novembro, a Revista Direito & Paz tem edição em formato impresso. Porém, atualmente se projeta sua publicação também em formato digital. Ela receberá trabalhos que estejam adequados às condições de publicação, linha editorial e normas de publicação.

4. Sobre o formato dos números da Revista Direito & Paz

Todos os números da Revista deverão necessariamente publicar no mínimo 6 (seis) artigos ou ensaios que preferencialmente versem sobre as linhas de pesquisa: 1- Ética e Meio Ambiente e; 2- Direitos Sociais e Cidadania.

A Revista Direito & Paz prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos, resenhas, resumos de teses e dissertações, traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa, estudo de casos, relatórios de pesquisas, debates científicos, comentários jurídicos, estudos estatísticos, transcrição de palestras e outros temas relevantes relativos à área do Direito.

Além do formato impresso, a Revista também será disponibilizada on-line na página do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL, de forma a facilitar o acesso ao seu conteúdo.

5. Procedimentos para a publicação

Os critérios de avaliação para aceitação ou rejeição dos trabalhos são os seguintes:

- 1 - Os originais serão avaliados pelos pareceristas, todos professores doutores, de forma anônima e o parecer será referendado pelo Conselho Editorial e comunicado ao(s) autor(es).
- 2 - Na avaliação dos trabalhos serão considerados os seguintes critérios:
 - a) fundamentação teórica e conceitual;
 - b) relevância, pertinência e atualidade do assunto;
 - c) consistência metodológica;
 - d) formulação em linguagem correta, clara e concisa.
- 3 - A avaliação realizada pelos pareceristas apontará se o artigo foi:
 - a) aceito sem restrições;
 - b) aceito com propostas de alteração;
 - c) rejeitados;
- 4 - A “aceitação com propostas de alteração” implicará em que o autor se responsabilize pelas reformulações, as quais serão novamente submetidas aos pareceristas.
- 5 - Havendo necessidade, serão feitas modificações de modo a obter-se a formatação homogênea dos textos, sem alteração de conteúdo, a critério dos editores, na revisão final.
- 6 - Os trabalhos recusados serão devolvidos.
- 7 - Os pareceristas deverão incluir em seus pareceres sugestões cabíveis visando à melhoria de conteúdo e forma.
- 8 - Os pareceres serão encaminhados aos autores pelo Editor Responsável, preservando o anonimato dos pareceristas, informando-os da aceitação sem restrição, da aceitação com modificações ou da rejeição do trabalho pelo Conselho Editorial.

- 9 - Antes da publicação, o autor deverá encaminhar ao Conselho Editorial as seguintes declarações:
 - a) termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o trabalho, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional;
 - b) autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou textos com mais de 200 vocábulos;
- 10 - Cada autor terá direito a cinco exemplares do número da Revista em que seu trabalho for publicado.
- 11 - Para publicação, os trabalhos deverão ter a aprovação de pelo menos dois (2) pareceristas, e de um terceiro parecerista em caso de controvérsia.
- 12 - Os colaboradores só poderão publicar um trabalho: artigo, síntese, comentário etc. em um mesmo número da Revista.
- 13 - O Conselho Editorial reserva-se o direito de vetar a publicação de matérias que não estejam de acordo com os objetivos da Revista.
- 14 - Considera-se responsável pelo trabalho publicado o autor que o assinou e não a Revista e seu Conselho Editorial.
- 15 - É permitida a cópia (transcrição) desde que devidamente mencionada a fonte.

6. Normas para a apresentação de trabalhos à *Revista Direito & Paz*

Cada número da Revista *Direito & Paz* terá um ou mais organizadores que serão indicados e trabalharão em parceria com o Editor Responsável da Revista.

Os textos e documentos (no formato impresso com a respectiva cópia em formato digitalizado) necessários para a avaliação deverão ser encaminhados ao Editor Responsável pela Revista Direito & Paz, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, para o seguinte endereço:

REVISTA DIREITO & PAZ
A/C: Editor responsável
– Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano
UNISAL – Centro Universitário Salesiano de São Paulo
– Campus São Joaquim
Rua Dom Bosco, 284
Centro
Lorena/São Paulo
CEP: 12.600-970

Os textos encaminhados à Revista Direito & Paz devem conter entre 20000 e 60000 caracteres com espaço assim editados:

- a) A formatação das páginas deverá ser configurada em A4 com margens superior e esquerda de 3 cm, e inferior e direita de 2 cm.
- b) Título e, se for o caso, subtítulo, que devem indicar o conteúdo do texto (título: no máximo 12 palavras; subtítulos: no máximo 15 palavras); devem ser centralizados, fonte Times New Roman e negrito, corpo 12.
- c) Identificação do autor ou autores:
 - deve ser enviada em folha à parte para assegurar o anonimato, acompanhado do título do trabalho;
 - deve conter o nome completo do(s) proponente(s).

te(s) do texto, titulação acadêmica, função e origem (instituição e unidade), e-mail, bem como telefone e endereço para contato do Conselho Editorial;

- d) A primeira página do texto deve conter: título e, se for o caso, subtítulo, resumo (no máximo 1300 caracteres com espaço), abstract (em inglês) ou resumen (em espanhol), e entre três e seis palavras-chave e keywords ou palabras clave (em espanhol). O(s) nome(s) do(s) autor(es) e da instituição não deve(m) aparecer nesta primeira página.
- e) Os textos devem ser apresentados em formato “word” (versão 6.0 ou posterior), alinhados (justificados), e editados na fonte Times New Roman, corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5.
- f) As citações, a composição da bibliografia e as referências devem ser editadas seguindo as orientações do “Guia para Elaboração de Trabalhos Acadêmicos do UNISAL”, disponível em <http://www.am.unisal.br/institucional/pdf/normas-trabalhos-academicos-2005.pdf>.
- g) Eventuais ilustrações e tabelas com respectivas legendas deverão ser apresentadas separadamente, com indicação, no texto, do lugar onde serão inseridas.
- h) Os originais, que não serão devolvidos, deverão ser encaminhados em duas cópias impressas e outra em CD (editor Word for Windows 6.0 ou superior), com texto rigorosamente corrigido e revisado.

- i) Ao autor de artigo aprovado e publicado serão fornecidos, gratuitamente, cinco exemplares do número correspondente da Revista.
- j) A Revista Direito & Paz reserva-se o direito autoral do trabalho publicado, inclusive os de tradução, permitindo, entretanto, a sua posterior reprodução como transcrição e com a devida citação da fonte.
- l) Os artigos representam o ponto de vista de seus autores e não a posição oficial da Revista ou dos autores ou das instituições que compõem o Conselho Editorial.

Todos os textos enviados no formato impresso deverão vir acompanhados por versão digitalizada.

As dúvidas podem ser dirimidas com envio de e-mail ao Editor Responsável pela Revista Direito & Paz, Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano, e-mail: revista@lo.unisal.br ou metodologo2001@yahoo.com.br

Edição e Coedições Recentes do UNISAL

- Francisca Amélia da Silveira
A Selva e a Bagaceira: práxis artística e discurso social.
São Paulo: Unisal, 2001.

Com Editora Vozes

- Jorge Jaime
História da Filosofia no Brasil.
Petrópolis: Vozes, 1997. 4v.
- Nivaldo Luiz Pessinatti
Políticas de Comunicação da Igreja Católica no Brasil.
Petrópolis: Vozes, 1998.

Com Editora Santuário

- Paulo César da Silva
A pessoa em Karol Woytila. (ESGOTADO)
Aparecida: Santuário, 1997.
- Paulo César da Silva
A Ética Personalista em Karol Woytila.
Aparecida: Santuário, 2001.
- José Prado Pereira Junior
Carnaval em Guaratinguetá:
Embaixada do Morro 60 anos
Aparecida: Santuário, 2004.
- José Luiz Pasin
Vale do Paraíba A Estrada Real:
caminhos & roteiros
Aparecida: Santuário, 2005.

Com Editora Salesiana Dom Bosco

- Belmira O. Bueno
Epistemologia da Pedagogia:
a obra pedagógica do P. Carlos Leôncio da Silva.
São Paulo: E.S.D.B., 1992.
- Nivaldo Luiz Pessinatti
Livros em revistas.
São Paulo: E.S.D.B., 1996.

- Anelise de Barros Leite Nogueira
Criatividade e Percepção
em Estudantes de Psicologia. (ESGOTADO)
Lorena: Stiliano, 1998.
- Izabel Maria Nascimento da Silva Máximo
Imagem Corporal: (ESGOTADO)
uma leitura psicopedagógica e clínica.
Lorena: Stiliano, 1998.
- Lino Rampazzo
Metodologia Científica. (ESGOTADO)
Lorena: Stiliano, 1998.
- Ana Carlota Pinto Teixeira
Adoção: um estudo psicanalítico.
Lorena: Stiliano, 2000.
- André Luiz Moraes Ramos
Ciúme Romântico:
teoria e medidas psicológicas.
Lorena: Stiliano, 2000.
- Antonia Cristina Peluso de Azevedo
Psicologia Escolar: o desafio do estágio.
Lorena: Stiliano, 2000.
- Denise Procópio
Crise e Reencontro consigo mesmo.
Lorena: Stiliano, 2000.

- Eduardo Luiz dos Santos Cabette
Interceptações Telefônicas.
Lorena: Stiliano, 2000.
- Margareth M. Pacchioni
Estágio e Supervisão:
uma reflexão sobre a aprendizagem significativa.
Lorena: Stiliano, 2000.
- Maria José Urioste Rosso
Cultura Organizacional: uma proposta metodológica.
Lorena: Stiliano, 2000.

Com Editora Salesiana

- Francisco Sodero Toledo
Outros caminhos: Vale do Paraíba:
do regional ao internacional, do global ao local. (ESGOTADO)
São Paulo: Salesiana, 2001.

Com Editora Cabral

- Fábio José Garcia dos Reis (Org.)
Turismo: uma perspectiva regional. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2002.
- Fábio José Garcia dos Reis (Org.)
Perspectivas da Gestão Universitária. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2003.

- Francisco Sodero Toledo
Igreja, Estado, Sociedade e Ensino Superior:
A Faculdade Salesiana de Lorena.
Taubaté: Cabral, 2003.
- Flávio Martins Alves Nunes Júnior
Princípios do Processo
e outros temas processuais – Volume I. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2003.
- Grasielle Augusta Ferreira Nascimento; Lino Rampazzo
(Orgs.)
Biodireito, Ética e Cidadania. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2003.
- Francisco de Assis Carvalho
Educação Integral:
a proposta educacional numa perspectiva católica.
Taubaté: Cabral, 2004.
- Luis Fernando Rabelo Chacon
Direito internacional
com ênfase em comércio exterior. (ESGOTADO)
Taubaté: Cabral, 2004.
- José Luiz Pasin
Catálogo da Sala “Euclides da Cunha”
Taubaté: Cabral, 2005.

Com Editora Alínea

- Ana Maria Viola de Sousa
Tutela jurídica do idoso. (ESGOTADO)
Campinas: Alínea, 2004.
- Flávio Martins Alves Nunes Júnior; Grasielle Augusta
Ferreira Nascimento (Orgs.).
O Direito e a Ética
na Sociedade Contemporânea. (ESGOTADO)
Campinas: Alínea, 2005.

Com Editora Lucerna

- Severino Antonio
Educação e transdisciplinaridade:
crise e reencantamento da aprendizagem. (ESGOTADO)
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.
- Severino Antonio
A utopia da palavra:
linguagem, poesia e educação:
algumas travessias. (ESGOTADO)
Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.
- Laureano Guerreiro
A educação e o sagrado:
a ação terapêutica do educador. (ESGOTADO)
Rio de Janeiro: Lucerna, 2005.

Com Editora Idéias e Letras

- Paulo Cesar da Silva
A antropologia personalista de Karol Wojtyła:
pessoa e dignidade no pensamento de João Paulo II.
Aparecida: Idéias e Letras, 2005.

Com Editora Juruá

- Grasielle Augusta Ferreira Nascimento
A educação e o trabalho do adolescente.
Curitiba: Juruá, 2004.
- Maria Aparecida Alckmin
Assédio moral na relação de emprego. (ESGOTADO)
Curitiba: Juruá, 2005.

EDITORAÇÃO



Rua Professor Elizeu Chagas, 549 – Jardim Paraiba
Fone: (12) 3105-7482 – 12570-000 – Aparecida-SP.
E-mail: marcelosanna@hotmail.com

Pré-impressão, impressão e acabamento



**GRÁFICA
SANTUÁRIO**

grafica@editorasantuario.com.br
www.editorasantuario.com.br
Aparecida-SP