



Editora **UNIJUI**

Departamento de Ciências
Jurídicas e Sociais

Volume 29, Número 54

Jul./Dez. 2020

ISSN 2176-6622

Qualis B1



Revista

Direito em
Debate

REVISTA ELETRÔNICA



Reitora

Cátia Maria Nehring

Vice-Reitora de Graduação

Fabiana Fachineto

Vice-Reitor de Pós-Graduação
Pesquisa e Extensão

Fernando Jaime González

Vice-Reitor de Administração

Dieter Rugard Siedenberg



Editora UNIJUI

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí, Ijuí, RS, Brasil)

Rua do Comércio, 3000

Bairro Universitário

98700-000 – Ijuí – RS – Brasil

Fone: (0__55) 3332-0217

editora@unijui.edu.br

www.editoraunijui.com.br

www.facebook.com/unijuieditora/

Editor

Fernando Jaime González

Diretor Administrativo

Anderson Konagevski

Programador Visual

Alexandre Sadi Dallepiane



ISSN 2176-6622

Ano 29 • nº 54 • Jul./Dez. 2020

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais

Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí

Contato

anna.paula@unijui.edu.br

Editora

Dra. Anna Paula Bagetti Zeifert, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí, Brasil

Editora de texto e de layout
e leitora de prova

Rosemeri Lazzari, Editora Unijuí, Brasil

Revisão

Editora Unijuí

Conselho Editorial

- Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México
- Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha
- Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália
- Antonio Carlos Wolkmer, Universidade federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal
- Claudia Rosane Roesler, Universidade de Brasília – UNB, Brasil
- Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal
- Daniela Serra Castilhos, Universidade Portucalense, Portugal
- Eduardo Devés-Valdés, Universidade de Santiago do Chile – USACH, Chile
- Eligio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália
- Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália
- Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza – Unifor, Brasil
- Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade Estadual do Rio de Janeiro – Uerj, Brasil
- José Eduardo Faria, Universidade de São Paulo – USP, Brasil
- José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Brasil
- Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Nuria Belloso Martin, Universidad de Burgos, Espanha
- Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Universidade Católica de Pelotas – Ucpel; Universidade Federal do Rio Grande – Furg, Brasil
- Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália
- Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal
- Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil
- Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália
- Wagner Menezes, Universidade de São Paulo – USP, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Anna Paula Bagetti Zeifert, Daniel Rubens Cenci, Fernando Estenssoro Saavedra, Jerônimo Siqueira Tybusch

5

HISTORIA DE AMÉRICA LATINA EN LA POLÍTICA AMBIENTAL MUNDIAL

De Estocolmo 1972 a Río de Janeiro 2012

Fernando Estenssoro

6

“TODO ES SEGÚN EL DOLOR CON QUE SE MIRA” APUNTES PARA UN DEBATE EN TORNO A LA CONSTRUCCIÓN DE CONOCIMIENTO EN PROCESOS DE LUCHA

Manuel E. Gándara Carballido

21

A MUDANÇA CLIMÁTICA E O IMPACTO NA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS:

Alguns Elementos de Análise da Realidade Brasileira e Argentina

Daniel Rubens Cenci, Cristian Lorenzo

32

PROPUESTAS DE RESISTENCIAS Y “RE-EXISTENCIAS” DESDE LA AMAZONÍA ECUATORIANA:

El Caso del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku y las Luchas Antiextractivas

Juliane Rodrigues Teixeira

44

UM OLHAR DECOLONIAL SOBRE A TERRITORIALIDADE DOS PESCADORES TRADICIONAIS DO ANGARI

Vera Lucia Santos Alves, Moab Duarte Acioli

56

MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS: A Racionalidade Econômica como Razão do Estado Brasileiro

Maria Sueli Rodrigues de Sousa, Lorena Lima Moura Varão

66

O ECOTURISMO E A PLANIFICAÇÃO DA GESTÃO AMBIENTAL NO DESENVOLVIMENTO

DE ESTRATÉGIAS EM ÁREAS NATURAIS PROTEGIDAS

Magno Federici Gomes, Joana Rita Gomes Gonçalves

77

“PACOTE DO VENENO”:

Poder do Agronegócio e Violações aos Direitos à Saúde, à Segurança Alimentar e ao Meio Ambiente

Lauren Caroline Rodrigues Zanuto, Guilherme Perez Cabral

91

EXTRATIVISMO E A DIVISÃO INTERNACIONAL DO (DIREITO DO) TRABALHO:

Uma Abordagem Ecosocialista

Gustavo Seferian

106

DIREITOS DA NATUREZA E ACESSO À JUSTIÇA:

A Ampliação dos Atores Legitimados em Ações Coletivas Para uma Justiça Socioambiental

Márcia Rodrigues Bertoldi, Roberta Fortunato Silva

118

REPERCUSSÕES DO PRECEDENTE, ATIVISMO JUDICIAL E O CASO CONCRETO EM MATÉRIA AMBIENTAL:

Discussão e Julgamento Sobre a Situação do Amianto como uma Inovação Legislativa

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Ana Luiza Novais Cabral

132

GERENCIAMENTO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO MEIO AMBIENTE URBANO:
Estratégia para o Desenvolvimento Sustentável com Expansão das Liberdades

Neuro José Zambam, Ana Paula Coelho Abreu dos Santos

144

PROTEÇÃO SOCIAL NO CONE SUL DA AMÉRICA LATINA NO SÉCULO 21: Entre o Seguro e a Assistência Social

Lislei Teresinha Preuss, Nayara Cristina Bueno

154

INDÍGENAS KAINGANG DA COMUNIDADE FOXÁ, EM LAJEADO/RIO GRANDE DO SUL:

Direito de Acesso aos Benefícios da Previdência Social

Luís Fernando da Silva Laroque, Débora Pires Medeiros da Silva, Fernanda Storck Pinheiro

165

MUDANÇAS CLIMÁTICAS E SEUS IMPACTOS NO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA:

Uma Análise Sobre a Criação de Novas Demandas Judiciais
a Partir de uma Observação dos Princípios da Tutela Ambiental

Francielle Benini Agne Tybusch, Lara Yarth Araújo

180

O AGRICULTOR FAMILIAR DIANTE DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL: Reflexões à Luz do “Direito à Dignidade”

Marlene de Paula Pereira

192

RELATIONS BETWEEN HUMAN RIGHTS AND PUBLIC POLICY:

A Multi-Case Study of the Impact of the Recommendations of the Inter-American Commission on Human Rights

Sidney Cesar Silva Guerra, Fernanda Figueira Tonetto

205

EFEITOS DO FECHAMENTO EPISTEMOLÓGICO AO SABER HISTÓRICO
NA FORMAÇÃO DOS JURISTAS NOS CURSOS DE DIREITO

Lucas Melo Borges de Souza, André Filipe Pereira Reid dos Santos

222

DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ATIVISMO JUDICIAL:

Uma Análise do Entendimento do Supremo Tribunal Federal Sobre Prisão em Segunda Instância

Andréia Carvalho de Sousa, Macell Cunha Leitão

232

MULTIPARENTALIDADE E A EFETIVIDADE DO DIREITO DA PERSONALIDADE AOS ALIMENTOS:

Uma Análise a Partir da Visão do Supremo Tribunal Federal No Re 898.060246

Dirceu Pereira Siqueira, Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima

246

AS SENTENÇAS INTERPRETATIVAS E O ATIVISMO JUDICIAL:

Os Limites Hermenêuticos Necessários à Manutenção da Legitimidade do Estado Democrático de Direito

Alfredo Copetti Neto, Lucas Gabriel Ladeia Cirne

260

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:

Apontamentos Comparativos Sobre a Judicialização das Políticas Penitenciárias Brasileira e Colombiana

Edith Maria Barbosa Ramos, Pedro Trovão do Rosário, Adriana Sousa Lima

273

O RECONHECIMENTO DA SOCIOAFETIVIDADE NAS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS:

Uma Situação Fática ou Exercício da Autonomia Privada?

Luciane Sobral, Marco Antonio Lima Berberi

288

A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA E DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM NA ANÁLISE
E FUNDAMENTAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E ALTERAÇÃO DO PRENOME

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Giorgio Eduardo Bonezzi, Jaime John

300

RESENHA

O Controle do Substancialismo e do Decisionismo na Aplicação da Pena

Salo de Carvalho

311

APRESENTAÇÃO

Nossa derrota esteve sempre implícita na vitória dos outros. Nossa riqueza sempre gerou nossa pobreza por nutrir a prosperidade alheia: os impérios e seus beaguins nativos. Na alquimia colonial e neocolonial o ouro se transfigura em sucata, os alimentos em veneno (GALEANO, 1971).¹

Quando lançamos a chamada para o Dossiê, nosso propósito era ampliar as discussões sobre os seguintes temas: justiça social e direitos humanos; mudança climática e sustentabilidade ambiental; desenvolvimento sustentável e *buen vivir*. O resultado foi o recebimento de um número significativo de artigos, representando um verdadeiro desafio. Nesse sentido, os 16 artigos que compõem o *Dossiê América Latina: Justiça Socioambiental e Direitos Humanos*, são reflexões sobre a situação social e ambiental na América Latina, e mostram como tais questões colocam-se de forma ainda mais desafiadora na contemporaneidade, principalmente quando se pensa o futuro da região. Mesmo sendo um espaço territorial abundante em recursos naturais é, também, um campo de intensa desigualdade, lutas por acesso a terra e a melhores condições de vida. Todos movimentos com vistas à sustentabilidade, um projeto para uma sociedade mais igualitária, que conflitam com um modelo de desenvolvimento exploratório e excludente.

Como sociedade, precisamos repensar nosso papel enquanto cidadãos, assim como nossa responsabilidade de coexistirmos de forma solidária e sustentável. Não é possível, porém, uma perspectiva única sobre as situações que emergem do contexto latino-americano, tanto no que diz respeito às desigualdades, que são estruturais, quanto a mudanças que orientem para sociedades sustentáveis. É necessário refletir sobre formas de vida menos capitalistas e consumistas, que tomem como referência a cultura andina do *buen vivir*. “Ao propor a harmonia com a Natureza e entre indivíduos e comunidades, e ao estar carregado de experiências de vida e resistência, o Bem Viver [emerge como] alternativas de estar no mundo.”²

Assim, a *Revista Direito em Debate*, uma publicação do curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí –, em seu volume 29, número 54, referente ao segundo semestre de 2020, além dos escritos do *Dossiê América Latina: Justiça Socioambiental e Direitos Humanos*, apresenta à comunidade acadêmica oito artigos científicos e uma resenha de livro. A presente Revista continua acreditando numa proposta que garanta a construção de um Direito comprometido com as demandas sociais e com os grupos mais vulneráveis, na luta por justiça e dignidade para todos os indivíduos num mundo mais sustentável. Em todas as edições a Revista segue reafirmando o seu compromisso com um debate acadêmico qualificado acerca de temas que demonstram o seu comprometimento com a superação do dogmatismo jurídico e a promoção das discussões relativas à democracia, à justiça, à dignidade, às vulnerabilidades, à sustentabilidade e aos instrumentos de transformação social.

Nesse número especial, agradecemos aos autores do Dossiê e da edição semestral, pareceristas, leitores e equipe editorial, indispensáveis para que, em cada número publicado, novas pesquisas sejam apresentadas à comunidade acadêmica, possibilitando debates e reflexões, caminho para a construção de sociedades mais justas, inclusivas e sustentáveis.

Ijuí, RS, Brasil, outubro de 2020.

Cordiais saudações,

Editores do Dossiê Temático

Dra. Anna Paula Bagetti Zeifert (PPGDH – Unijuí)

Dr. Daniel Rubens Cenci (PPGDH – Unijuí)

Dr. Fernando Estenssoro Saavedra (Usach – Chile)

Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (PPGD – UFSM)

¹ GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Montevideo: Siglo XXI Editores, 1971.

² ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. São Paulo: Autonomia Literária; Elefante, 2019.

HISTORIA DE AMÉRICA LATINA EN LA POLÍTICA AMBIENTAL MUNDIAL. De Estocolmo 1972 a Río de Janeiro 2012¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.6-20>

Recebido em: 7/9/2020

Aceito em: 19/9/2020

Fernando Estenssoro

Doutorado en Estudios Americanos. Académico del Instituto de Estudios Avanzados (Idea) de la Universidad de Santiago de Chile (USACH). <http://lattes.cnpq.br/4558486164091267>. <https://orcid.org/0001-6010-7115>. fernando.estenssoro@usach.cl

RESUMEN

Este artículo es un análisis histórico sobre 40 años de participación de América Latina y el Caribe (AMLC) en el debate ambiental mundial, o sea, de todo el debate que se realiza en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y sus convocatorias a los países del mundo destinadas a superar la crisis ambiental global. Este periodo de tiempo va desde la Conferencia de Naciones Unidas Sobre el Estado del Medio Humano en Estocolmo 1972 hasta la Cumbre de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en Río de Janeiro 2012. Durante este tiempo se proponen, esquemáticamente, cinco grandes momentos que permiten recoger y plantear cuales fueron las principales ideas de AMLC en el debate ambiental y cómo se generaron y expresaron.

Palabras-clave: América Latina. Crisis ambiental. Historia internacional. Tercer Mundo. Tensión Norte-Sur.

HISTÓRIA DA AMÉRICA LATINA NA POLÍTICA AMBIENTAL GLOBAL DE ESTOCOLMO 1972 AO RIO DE JANEIRO 2012

RESUMO

Este artigo é uma análise histórica dos 40 anos de participação da América Latina e do Caribe (AMLC) no debate ambiental global, ou seja, de todo o debate que ocorre no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e seus apelos aos países do mundo destinados a superar a crise ambiental global. Esse período vai da Conferência das Nações Unidas sobre o Estado do Ambiente Humano, em Estocolmo, 1972, até a Cúpula das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, no Rio de Janeiro de 2012. Durante esse período, cinco grandes momentos são esquematicamente propostos que permitem reunir e levantar quais foram as principais ideias da AMLC no debate ambiental e como elas foram geradas e expressas.

Palavras-chave: América Latina. Crise ambiental. História internacional. Terceiro Mundo. Tensão Norte-Sul.

SUMÁRIO

1 Introducción. 2 La Conferencia de Estocolmo 72: América Latina y la primera confrontación Norte-Sur en el debate ambiental. 3 La consolidación de la perspectiva ambiental de AMLC: Medio Ambiente y Desarrollo y ecodesarrollo. 3.1 El concepto de ecodesarrollo. 4 Del concepto de Desarrollo Sostenible a la Cumbre de Río 92. 4.1 La Cumbre de Río 92. 5 De Río 92 a Río +20: de la ilusión al desengaño. 5.1 Johannesburgo 2002. 5.2 Río +20. 6 La propuesta ecuatoriana de Yasuní ITT en el marco de la lucha contra el cambio climático. 7 Reflexiones finales. 8 Referencias.

¹ Este artículo es parte del proyecto Fondecyt n. 1190481 – América Latina en la Geopolítica Ambiental Pos-Guerra Fría de los Estados Unidos – Antecedentes Históricos y Proyecciones (1989-2017).

1 INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista histórico todo el tema referido a superar la crisis ambiental global, o tema ambiental, se instaló formalmente en la agenda política mundial con la realización de la conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en Estocolmo en junio de 1972 (Estocolmo 72). En esa oportunidad los países del mundo se dieron cita en la capital sueca preocupados por el alcance que estaba presentando el deterioro de medio ambiente global que amenazaba con poner en riesgo la propia supervivencia humana sobre el planeta.² Por esta razón, en el documento final de esta Conferencia se llamó a toda la comunidad internacional a unir esfuerzos fin de superar esta grave amenaza y crearon el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) destinado a monitorear y facilitar de manera permanente esta lucha contra la crisis ambiental. Desde esa fecha en adelante, este tema se ha ido convirtiendo en un tópico cada vez más importante en la agenda pública mundial, sin embargo, la solución a la crisis ambiental está muy lejos de alcanzarse. Incluso en algunos aspectos, esta crisis solo tiende a agudizarse como es el caso del cambio climático. Por lo tanto, todo indica que alta tensión política en el debate ambiental internacional seguirá marcando la agenda política mundial durante parte importante del presente siglo.

La principal dificultad para superar la crisis ambiental ha radicado, fundamentalmente, en la existencia de profundas discrepancias para entender su carácter y, por lo tanto, que medidas aplicar para su solución, entre los países capitalistas más ricos, desarrollados e industrializados del mundo, también conocidos como Primer Mundo o Norte, y los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, identificados como Tercer Mundo o Sur.³

Al respecto, desde los orígenes de este debate en la agenda pública mundial, para el mundo subdesarrollado o Sur, quienes causaron esta crisis, o sea sus principales responsables, fueron los países capitalistas más ricos, industrializados y desarrollado, los cuales al construir la llamada Civilización Industrial, impusieron un modo de producción, una división internacional del trabajo y un estilo de vida altamente consumista, que si bien los llevó la cúspide del poder global simultáneamente generaron la crisis ambiental. Además, establecieron un orden internacional caracterizado por una profunda asimetría de poder y oportunidades de vida, en donde el mundo desarrollado e industrializado es el que se lleva las mejores opciones y, además, dicta las reglas. Por lo tanto, para el mundo subdesarrollado la solución real y definitiva a esta crisis sólo se conseguirá cuando el llamado mundo desarrollado o Norte, asuma su responsabilidad en la generación de este problema, cambie su actitud dominadora, comience a actuar con criterios de justicia redistributiva internacional y pague la deuda social y ecológica que han generado con el resto de la humanidad.

En la construcción de esta perspectiva ambiental del Sur, un papel muy destacado ha desempeñado la América Latina y el Caribe (AMLC). En muchos aspectos, esta región del mundo fue pionera y orientadora para todo el Sur de lo que debía ser una perspectiva ambiental del mundo subdesarrollado en el debate ambiental mundial que se realizaba bajo el alero de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de aquí la importancia de su estudio. En este sentido, la evolución y maduración de la perspectiva ambiental latinoamericana durante los cuarenta años que trascurren entre las cumbres ambientales convocadas por la ONU que van desde Estocolmo en 1972 hasta Río de Janeiro en 2012, se puede esquematizar en cinco grandes momentos: 1) Los

² En el principal documento base destinado a ser discutido y analizado por esta conferencia, se señalaba: “Se enfrenta una crisis ambiental global que pone en riesgo la vida del ser humano y del planeta [...] Nuestras bruscas y vastas aceleraciones – en el crecimiento demográfico, en el uso de la energía y de nuevos materiales, en la urbanización, en los ideales de consumo y en la contaminación resultante – han colocado al hombre tecnológico en la ruta que puede alterar, en forma peligrosa, y quizá irreversible, los sistemas naturales de su planeta, de los cuales depende su supervivencia biológica [...] En pocas palabras, los dos mundos del hombre – la biósfera de su herencia y la tecnósfera de su creación – se encuentran en desequilibrio y, en verdad, potencialmente, en profundo conflicto. Y el hombre se encuentra en medio” (WARD; DUBOS, 1984, p. 39-49).

³ Para la fecha de Estocolmo 72, los países capitalistas desarrollados se identificaban como Primer Mundo y los subdesarrollados, entre los cuales figuraba América Latina y el Caribe (AMLC), como Tercer Mundo. El Segundo Mundo estaba compuesto por la Unión Soviética y sus aliados comunistas de Europa oriental, que también presentaban un importante nivel de industrialización y en un estándar de vida relativamente alto, pero no llegaban a igualar al nivel de desarrollo y del Primer Mundo. Veinte años después, en 1992 cuando se celebró en Río de Janeiro la Cumbre Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo y recién finalizada la guerra fría tras la desaparición de la Unión Soviética (1991), los países más ricos, industrializados y desarrollados del mundo, más los ex -países comunistas de Europa oriental y Rusia, con un alto grado de desarrollo e industrialización, se comenzaron a identificar como Norte global y los países que seguían siendo subdesarrollados o antiguo Tercer Mundo, como Sur global. De aquí entonces que, esquemáticamente, a fin de diferenciar entre un mundo desarrollado e industrializado y un mundo subdesarrollado, se tienda a hablar de diferencias Norte-Sur.

inicios del debate con la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Estado del Medio Humano en Estocolmo 1972 (Estocolmo 72); 2) La consolidación del pensamiento de AMLC y el concepto de ecodesarrollo entre 1973 y 1983; 3) desde la acuñación del concepto de Desarrollo Sostenible hasta la Conferencia de Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro en 1992 (Río 92); 4) desde la Cumbre Río 92 a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en Río de Janeiro 2012 (conocida como Río+20); y 5) la propuesta ecuatoriana Yasuní ITT del año 2007, en el debate sobre el cambio climático.

2 LA CONFERENCIA DE ESTOCOLMO 72:

América Latina y la Primera Confrontación Norte-Sur en el Debate Ambiental

La idea de realizar una reunión mundial sobre el medio ambiente, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Estado del Medio Humano en Estocolmo 1972 (Estocolmo 72), fue una iniciativa fundamentalmente del Primer Mundo, o sea los países capitalistas más industrializados y desarrollados.⁴ Como bien señaló Maurice Strong, Secretario General de la Conferencia de Estocolmo 72, fue en “los países industrializados donde la preocupación por la contaminación creó la idea original de la Conferencia de Estocolmo” (citado en ESTENSORO, 2020, p. 110).

Los países capitalistas altamente desarrollados e industrializados estaban conscientes del daño ambiental que habían causado con su proceso de crecimiento económico, y lo mismo ocurría con los países comunistas europeos que también sufrían los impactos de la contaminación producto de su proceso de industrialización. Fenómenos como la lluvia ácida que destruía bosques por emanaciones de azufre y otros gases a la atmósfera, las crisis por el smog, la destrucción de la biodiversidad producto de los pesticidas o el envenenamiento de ríos y lagos por desechos industriales, entre otros aspectos, se venían enfrentando desde los años cincuenta tanto en Europa como en los Estados Unidos. Sin embargo, para su solución en gran medida habría bastado con una cumbre de esos países altamente industrializados y desarrollados ¿por qué entonces la necesidad de hacer una cumbre mundial e incluir a los subdesarrollados en ella? El argumento que se entregó, por parte del mundo capitalista desarrollado o Primer Mundo, para justificar esta convocatoria global era que se trataba de una crisis que no reconocía fronteras ni países y que abarcaba al conjunto del ecosistema planetario, o sea era un “problema de todos”. Sin embargo, si bien ese argumento podría ser razonable en algunos aspectos, perfectamente se podría haber comenzado con urgentes y reales acciones de reparación (no solo discursivas) por parte de los principales generadores de esta crisis, o sea los países altamente industrializados. Eran ellos los que venían envenenando el planeta desde la Revolución Industrial en adelante y estaban destruyendo los ecosistemas con su sociedad de alto consumo. ¿Por qué no se actuó así entonces?

Lo cierto es que, para el Primer Mundo, era estratégico involucrar al mundo subdesarrollado en este tema porque para ellos, el verdadero y real problema eran los esfuerzos de crecimiento e industrialización del entonces Tercer Mundo o Sur, que era la mayoría de la humanidad, así como el rápido crecimiento demográfico que mostraban estos países más pobres. El Primer Mundo temía que el crecimiento y desarrollo del Tercer Mundo, junto a su rápido aumento de la población, terminase por agotar los recursos naturales y materias primas que eran fundamentales para el funcionamiento de su complejo tecno-industrial. Además, consideraban que si ellos, los más ricos e industrializados del planeta -que eran menos de un tercio de la humanidad-, con su proceso de crecimiento e industrialización habían generado esta crisis y puesto en riesgo el equilibrio ecosistémico global, la industrialización del Tercer Mundo significaba que la crisis ambiental se trasformaría en el apocalipsis ecológico. Por lo tanto, había que interferir en los planes de desarrollo tercermundistas a fin de que estos obedecieran a las necesidades ecosistémicas que asegurasen el predominio y existencia del Primer Mundo. En este sentido, algunos textos como el primer informe del Club de Roma, *Los Límites del Crecimiento*, con su propuesta de crecimiento cero, van a sintetizar magistralmente esta perspectiva ambiental primermundista:

⁴ El Segundo mundo, o sea la URSS y los países comunistas europeos también apoyaron la convocatoria a esta Conferencia, sin embargo, no participaron en el encuentro de Estocolmo-72 (salvo Rumania), producto de un llamado a boicotarlo dado que Estados Unidos y sus aliados impidieron que participara Alemania Oriental, en cambio Alemania Federal sí pudo participar (ESTENSORO, 2020).

Si no se modifican las tendencias actuales en cuanto a crecimiento de la población mundial, industrialización, contaminación, producción alimentaria y agotamiento de los recursos, alcanzaremos el límite de crecimiento de este planeta en el transcurso de los próximos cien años. El resultado más probable será una repentina e incontrolable caída de la población y la capacidad industrial (MEADOWS *et al.*, 1972, p. 23).

20 Como bien explica Paolo Bifani, en el Primer Mundo de fines de los años 60 e inicios de los 70 del siglo

se explicitaba una violenta crítica del concepto de desarrollo dominante, en el cual prevalecía la idea de crecimiento: para muchos desarrollo era (y aún es) sinónimo de crecimiento económico. El debate se polarizó entre una posición extrema que identificaba crecimiento económico con desarrollo y veía, en el mismo, una de las causas fundamentales de la crisis de aquella época: energética, de alimentos, ambiental. En esa perspectiva, el crecimiento y el desarrollo eran negativos, tenían un carácter cancerígeno y la sobrevivencia de la especie humana y del planeta requería que el crecimiento, tanto poblacional como económico, terminara; el objetivo era el crecimiento cero (1999, p. 105).

Como era de esperar, los países del Tercer Mundo en general y los latinoamericanos en particular, reaccionaron con profunda desconfianza frente a este discurso ambiental primermundista. Sospechaban que con la convocatoria a Estocolmo 72, los países desarrollados estaban orientando los esfuerzos del sistema internacional a la priorización y resolución de aquellos temas que venían afectando la calidad de vida de sus ya opulentas sociedades, dejando de lado los esfuerzos por superar el subdesarrollo de la mayoría de la humanidad. Al respecto, el representante de Brasil ante la ONU, Joao Augusto de Araujo Castro, señaló que, si bien al mundo subdesarrollado le interesaba participar de un debate sobre una política ecológica global, no estaban de acuerdo con el menosprecio que el Primer Mundo presentaba a la relación entre medio ambiente y desarrollo y, además, planteó correctamente que este sería el tema que determinaría el curso futuro del debate ambiental entre países desarrollados y subdesarrollados:

El interés en el campo de la ecología, que está centrado en los países desarrollados, se ha visto recientemente acrecentado debido a la repentina toma de conciencia de un posible desequilibrio entre el hombre y la tierra. Como consecuencia de la explosión demográfica y de la mala utilización de los descubrimientos tecnológicos, dicho desequilibrio potencial podría muy bien traer consigo una crisis ambiental que amenace el futuro del género humano [...] Como podría esperarse, los métodos considerados para solucionar sobre bases mundiales la llamada crisis ambiental se inspiraron en las realidades de una determinada área del mundo: la familia de países desarrollados. Además, el conjunto de soluciones disponibles, principalmente de naturaleza técnica, buscan, en primer lugar, hacer más saludables las consecuencias de la Revolución Industrial sin proporcionar necesariamente un instrumento que facilite una mayor distribución de sus beneficios entre todos los Estados [...] Este nuevo orden internacional y la desigual distribución relativa del poder político de los Estados, basado en el empleo y monopolio de las tecnologías avanzadas, puede muy bien considerarse como uno de los más permanentes efectos de la Revolución Industrial. Desde entonces, como corolario del nuevo orden, los países de avanzada tecnología han venido tratando de mantener en el mundo su posición política y económica, mientras que los países menos afortunados tecnológicamente, han estado tratando de alterar, a través del desarrollo, tal *statu quo* (DE ARAUJO CASTRO, 1972, p. 237-238).

Por lo tanto, de Araujo Castro dejó claro el componente geopolítico y de dominación que los países capitalistas desarrollados ocultaban bajo todo un discurso crítico al crecimiento y desarrollo, bajo el argumento de que había provocado la crisis ambiental global. Y esta era una opinión altamente compartida por los latinoamericanos como bien se destaca en el análisis realizado por Helio Jaguaribe previo a la Conferencia de Estocolmo 72:

Es particularmente de temer que, confrontados con varias formas de escasez ecológica, los centros imperiales y las naciones y grupos desarrollados reservarán todas o casi todas las facilidades escasas para su propio uso, mientras impondrán al resto del mundo las políticas restrictivas sobre la expansión demográfica, económica y tecnológica requeridas para devolver al mundo el equilibrio ecológico (JAGUARIBE, 1972, p. 122).

Por este motivo los países subdesarrollados planificaron boicotear la Conferencia de Estocolmo 72, lo que obligó a Maurice Strong a realizar una negociación con ellos. Para estos efectos, Strong invitó a una reunión a un selecto grupo de 27 personalidades de renombre mundial, fundamentalmente representantes y ex-

peritos del Tercer Mundo, a fin de alcanzar un acuerdo que recogiera las preocupaciones referidas a superar el subdesarrollo y unir las al tema de superar el deterioro ambiental según lo entendían en el Primer Mundo. Esta reunión se realizó en el pueblo suizo de Founex en junio de 1971. De esta negociación, en donde participaron importantes latinoamericanos como Enrique Iglesias, Felipe Herrera y Miguel Ozorio da Almeida, entre otros, salió un documento conocido como *Informe Founex*, que unió dos ideas que hasta ese momento se presentaban como contradictorias: proteger el medio ambiente y alcanzar el pleno desarrollo:

Puede afirmarse que, en gran medida, el actual interés en las cuestiones relacionadas con el medio ambiente ha tenido su origen en los problemas experimentados por los países industrialmente adelantados. Estos problemas son de por sí, en gran parte, el resultado de un nivel elevado de desarrollo económico (...) Sin embargo, los principales problemas ambientales de los países en desarrollo son básicamente diferentes de los que se perciben en los países industrializados. Son principalmente problemas que tienen su raíz en la pobreza y la propia falta de desarrollo de sus sociedades. En otras palabras, son problemas de pobreza rural y urbana (...) Por estas razones, la preocupación por el medio ambiente no debe debilitar, y no es preciso que lo haga, el compromiso de la comunidad mundial – tanto de los países en desarrollo como de los industrializados- de dedicarse a la tarea principalísima de desarrollar las regiones más atrasadas del mundo. Por el contrario, subraya la necesidad no sólo de comprometerse plenamente a alcanzar las metas y objetivos del segundo decenio para el desarrollo, sino también redefinirlas a fin de atacar la miseria que es el aspecto más importante de los problemas que afligen al medio ambiente de la mayoría de la humanidad (INFORME DE FOUNEX-1971, 1983).

El *Informe de Founex* fue incorporado como parte del documento de discusión de la Conferencia de Estocolmo 72 lo que permitió terminar con la amenaza de boicot, sin embargo la desconfianza de AMLC frente a las verdaderas intenciones que ocultaban los representantes del Primer Mundo detrás de todo su discurso ambientalista no desapareció, como quedó reflejado en el balance de Estocolmo 72 que realizó el representante de Brasil en dicha conferencia, el embajador Miguel Ozorio de Almeida:

En la Conferencia de Estocolmo, los países desarrollados adoptaron una actitud en virtud de la cual se atribuyen, gracias a su desarrollo, un derecho especial a salvarse y perpetuarse, trasladando a los pueblos subdesarrollados, cuya población es más numerosa, la responsabilidad de dejar el espacio necesario en la tierra. Esta actitud es tanto más peligrosa cuanto que tal principio no se discutió públicamente, sino que estaba implícita en los documentos (OZORIO DE ALMEIDA, 1973, p. 28).

Y la historia iba a demostrar que los brasileros tenían toda razón en sus aprensiones y advertencias sobre el enorme contenido geopolítico y de dominación global que se ocultaba bajo el discurso ambientalista y ecologista del Primer Mundo con su particular perspectiva para entender la crisis ambiental global.

3 LA CONSOLIDACIÓN DE LA PERSPECTIVA AMBIENTAL DE AMLC: Medio Ambiente y Desarrollo y Ecodesarrollo

Como se desprende de lo anterior, desde Estocolmo 72, para los países subdesarrollados los temas de medio ambiente y desarrollo estaban absolutamente conectados y debían entenderse como un solo proceso. En este sentido, el primer documento donde los latinoamericanos comienzan a fijar su perspectiva para afrontar la Conferencia de Estocolmo 72, surgió de un seminario organizado en 1971 por la Cepal junto al Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (Ilpes), titulado Seminario Regional Latinoamericano sobre los Problemas del Medio Ambiente Humano, y que es considerado como una de las primeras aproximaciones de la Cepal al tema ambiental (TAVARES, 2011, p. 70). En este seminario se presentó para la discusión un estudio titulado “El medio ambiente humano y el desarrollo económico en América Latina”, donde, al igual que en el Informe Founex, se señaló que la crisis ambiental la habían generado los países desarrollados y si bien podía ser un fenómeno de alcance mundial, el problema era que los países ricos e industrializados solo enfatizaban aquellos aspectos que se derivaban de su propia industrialización y opulencia. Sin embargo, en América Latina y el Caribe (AMLC), ocurría lo contrario, dado que la crisis ambiental se debía a su característica de ser una región subdesarrollada, además de ser una zona biogeográficamente diferente del Primer Mundo, por lo cual debía trazar una solución al tema desde su propia perspectiva en donde las necesidades de superar el subdesarrollo de la región eran determinantes (CEPAL, 1971).

Otro temprano e importante documento donde se fijó la posición de AMLC en el debate ambiental fue *¿Catástrofe o Nueva Sociedad? Modelo Mundial Latinoamericano*, desarrollado por especialistas vinculados a los temas del desarrollo y a las relaciones internacionales, apoyados por la Fundación Bariloche (por lo que también se lo conoce como el informe del Grupo Bariloche), y que busca ser una contrapropuesta al informe del Club de Roma, *Los Límites del Crecimiento*. Los latinoamericanos comenzaron a trabajar en este documento en 1971 y lo terminaron para 1975. En este informe señalaron que los problemas ambientales no obedecían a los límites físicos de la tierra y a la escasez de recursos naturales frente al acelerado crecimiento de la población mundial, así como los intentos del Tercer Mundo por industrializarse, como proponían los representantes del Primer Mundo. Para el grupo Bariloche existían suficientes recursos y tecnologías para que toda la humanidad pudiera tener una vida digna y ecológicamente sustentable. El problema era la errónea organización de la producción y la desigual distribución de los recursos. O sea, proponían que la crisis ambiental era un problema esencialmente político y no físico. Obviamente, reconocían que este problema político originaba problemas físicos como la contaminación, la pérdida de la biodiversidad, la destrucción de ecosistemas y otros, pero la solución definitiva no radicaba en cuestiones técnicas, sino que en soluciones políticas. Y la principal solución política a esta crisis era terminar con la desigual distribución del poder y la riqueza en el mundo (HERRERA *et al.*, 1976).

También cabe mencionar que terminada la Conferencia de Estocolmo 72, se creó una unidad conjunta Cepal-PNUMA (marzo de 1973) encargada de continuar trabajando con esta perspectiva de unir el tema del cuidado del medio ambiente junto a las necesidades de desarrollo en AMLC. Así, entre el 21 de octubre y el 29 de noviembre de 1974 se realizó en Buenos Aires el Primer Curso de Planificación del Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina. Igualmente, entre otras acciones que implemento la Cepal, cabe destacar el seminario interdisciplinario “Estilos de desarrollo y medio ambiente en la América Latina”, llevado a cabo entre el 19 y 23 de noviembre de 1979 en Santiago de Chile y que reunió a más de quinientos profesionales y personalidades de AMLC. Las ponencias y debates de este evento fueron publicados en 1981, constituyéndose, según Enrique Leff, en una obra “pionera en la reflexión sobre la dependencia y nuevos estilos de desarrollo desde la perspectiva ambiental” (citado en ESTENSSORO, 2020, p. 141).

3.1 El Concepto de Ecodesarrollo

De igual forma, a fin de conciliar el tema del cuidado del medio ambiente con las necesidades de desarrollo en AMLC, en la región se trabajó en profundidad el concepto de ecodesarrollo.

Este concepto fue desarrollado por el economista polaco, naturalizado francés y posteriormente brasileño, Ignacy Sachs. Sachs, propuso el concepto de ecodesarrollo en directa crítica a las posturas dominantes que existían en el debate ambiental del Primer Mundo al momento de relacionar los temas del desarrollo y de la crisis ambiental global. La discusión primermundista variaba desde un polo neomalthusiano y apocalíptico, que postulaba una crítica radical a la industrialización y al desarrollo técnico especialmente en el Tercer Mundo y que alimentaba ideologías claramente anti-humanistas, hasta otro polo representado por quienes proponían depositar la solución de la crisis ambiental en manos de las empresas multinacionales y del mercado. En directa confrontación con ambas posturas, Sachs planteó la necesidad de reorientar el concepto de desarrollo dentro de una perspectiva humanista y ecológica, o sea consciente de su interdependencia con la naturaleza, lo que significaba que no se debía imponer mecánicamente el estilo de desarrollo del Primer Mundo en otras realidades geográficas, sociales, culturales y ecosistémicas diferentes como las que existían en el Tercer Mundo.

El ecodesarrollo es un estilo de desarrollo que busca con insistencia en cada ecorregión soluciones específicas a los problemas particulares, habida cuenta de los datos ecológicos, pero también culturales, así como de las necesidades inmediatas, pero también de las de largo plazo (SACHS, 1974, p. 363).

Esto también significaba para Sachs colocar el avance científico-técnico al servicio de la protección de los ecosistemas, o ecotécnica, en directa contraposición con las lógicas de acumulación capitalista que hegemonizaban el concepto de desarrollo y que alienaban al ser humano, destruían la naturaleza y envenenaban el ambiente (1974, p. 364).

Este concepto, lo hicieron inmediatamente suyo figuras destacadas del debate ambiental latinoamericano de los años setenta e inicios de los ochenta. Como bien planteó Enrique Leff, “las primeras propuestas sobre el ecodesarrollo encontraron en América Latina un territorio propicio para su promoción”, de hecho, “el propio Ignacy Sachs consideraba a América Latina la región potencialmente más fértil para acoger sus propuestas y durante los años 70 viajó a varios países –principalmente a México y a Brasil, país en el que tenía vínculos de segunda ciudadanía– para promover el ecodesarrollo” (LEFF, 2009, p. 221-222). Por ejemplo, profesionales vinculados a la Oficina Regional del PNUMA para América Latina el Caribe (ORPALC), así como a la Cepal, publicaron en 1978:

Consideramos al ecodesarrollo como una modalidad del desarrollo económico que postula la utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones de la población, mediante la maximización de la eficiencia funcional de los ecosistemas a largo plazo, empleando una tecnología adecuada a este fin y la plena utilización de las potencialidades humanas, dentro de un esquema institucional que permita la participación de la población en las decisiones fundamentales (SÁNCHEZ; SEJENOVICH, 1987, p. 154).

En síntesis, el ecodesarrollo fue un concepto de vanguardia en AMLC cuando el debate político ambiental estaba en sus inicios, que unía las ideas de medio ambiente y desarrollo, defendía la existencia de diferentes estilos de desarrollo, adecuados tanto a las características ecológicas como culturales e históricas de cada región y que, además, refutaba las tesis del Primer Mundo que hacían recaer las causas de la crisis ambiental en el crecimiento demográfico del Tercer Mundo y sus intentos de industrialización destinados a superar las condiciones de miseria, sub desarrollo, así como su voluntad de terminar con las históricas condiciones de sometimiento y relaciones sub-alternas respecto de los centros hegemónicos mundiales.

4 DEL CONCEPTO DE DESARROLLO SOSTENIBLE A LA CUMBRE DE RÍO 92

Sin embargo, pese al esfuerzo desplegado por los latinoamericanos, el ecodesarrollo no fue el concepto que predominó en el debate internacional al momento de definir la unidad entre medio ambiente y desarrollo, siendo desplazado por el concepto de desarrollo sostenible.

Al respecto cabe recordar que tras la realización de Estocolmo 72, se acordó que la humanidad se daría cita cada 10 años a fin de estudiar y evaluar los avances sostenidos contra la crisis ambiental y definir nuevas tareas. En este sentido una segunda gran cumbre ambiental se debía llevar a cabo en Nairobi en 1982 (Nairobi 82). Sin embargo, esta iniciativa fracasó totalmente y resultó en una reunión administrativa menor. El fracaso se debió a la conjugación de dos factores principales. Por una parte, la profundización de las diferencias entre el mundo desarrollado y el mundo subdesarrollado respecto a cómo entender el concepto de crisis ambiental global, y por tanto donde poner el énfasis en las políticas destinadas a superarlo. Y, por otra parte, el clima internacional entre el bloque comunista y el bloque capitalista había empeorado, tras la llegada de Ronald Reagan y Margaret Thatcher a los gobiernos de Estados Unidos y Gran Bretaña respectivamente.

Tras el fracaso de la reunión de Nairobi 82, al año siguiente, en 1983, la ONU decidió crear la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo (CMMAD), destinada a reponer el tema ambiental en la agenda de las prioridades políticas mundiales y para lo cual era fundamental buscar una fórmula de consenso entre las perspectivas contrapuestas manifestadas desde Estocolmo 72. Se nombró presidenta de esta Comisión a la noruega Gro Harlem Brundtland, razón por lo que se la conoció como Comisión Brundtland. Esta comisión sesionó durante 4 años buscando una fórmula de consenso, en donde la propuesta latinoamericana de utilizar el concepto de ecodesarrollo fue derrotada y en su lugar se implementó el concepto de *sustainable development*, que se tradujo al castellano indistintamente como desarrollo sostenible o sustentable, y que fue ampliamente explicado en su conocido informe de 1987 *Nuestro Futuro Común* (ESTENSSORO, 2020).⁵

⁵ “El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales: el concepto de “necesidades”, en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad, [y] la idea de limitaciones impuestas por el estado de la tecnología y la organización social entre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras [...] como exigencia mínima, el desarrollo duradero no debe poner en peligro los sistemas naturales que sostienen la vida en la Tierra: la atmósfera, las aguas, los suelos y los seres vivos” (CMMAD, 1992, p. 29, 76).

Ese mismo año de 1987, la Asamblea General de la ONU, felicitó el trabajo de la CMMAD y aceptó el concepto de *desarrollo sostenible* según lo habían definido y en 1989, sobre la base de este concepto, convocó a una nueva gran cumbre sobre el medio ambiente, a celebrarse en 1992 en la ciudad de Río de Janeiro, pero esta vez titulada como Conferencia de Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Río 92), también conocida como Cumbre de la Tierra, y destinada a relanzar el tema ambiental como uno de los más importantes de la agenda política mundial.

4.1 La Cumbre de Río 92

El informe Brundtland no sólo permitió realizar a una nueva gran Cumbre Ambiental veinte años después de Estocolmo 72, sino que también permitió retomar la idea que cada 10 años la comunidad internacional realizará una gran Cumbre para evaluar el estado de avance de la lucha contra la crisis ambiental global. En este sentido, tras la publicación de *Nuestro Futuro Común* se han realizado 3 grandes cumbres ambientales: Río 92, Johannesburgo 2002 y Río-2012 o Río +20. Y la próxima debería realizarse en el año 2022.

Respecto de Río 92, sin duda que el ánimo general con que los países de AMLC llegaron a esta conferencia fue muy distinto al de Estocolmo 72. Durante el lapso de 20 años transcurridos entre ambas conferencias, los latinoamericanos se habían destacado por perseverar en la idea de que desarrollo y medio ambiente eran un solo problema y que, mientras existieran más de dos tercios del mundo sumidos en el subdesarrollo, no había posibilidades de solucionar la crisis ambiental. En este sentido, para el Sur en general y los latinoamericanos en particular, la dimensión social del tema ambiental era absolutamente prioritaria y urgente. Por cierto, los latinoamericanos no desconocían que se trataba de un problema global y que ellos también debían realizar su aporte para su superación, pero insistían claramente que no todos tenían la misma responsabilidad en la generación de esta crisis ambiental. En este sentido, los países del Sur en general y de AMLC en particular serán fuertes defensores del principio de *Responsabilidades Comunes Pero Diferenciadas* (CBDR, según sus siglas en inglés)⁶ y, bajo este principio, señalaran que los países más desarrollados, ricos e industrializados del planeta debían hacerse cargo de la deuda ecológica que habían contraído con los países menos desarrollados, lo que se expresará tanto en demandas de apoyos económicos y sociales, y transferencias tecnológicas desde el Norte al Sur, así como la condonación de la deuda externa de los países sub desarrollados, entre otras medidas tendientes a facilitar la superación de los enormes problemas sociales del Sur.

Los latinoamericanos expresaron estos planteamientos en un documento que elaboraron como pre-informe de convocatoria para Río 92, titulado *Nuestra Propia Agenda*, en donde señalaron que si bien era necesario avanzar en un plan mundial común y coordinado para superar la crisis ambiental, este debía atender a las características específicas de cada región y no pretender un plan con medidas únicas y uniformes para todo el mundo dictadas por las perspectivas ambientales del Norte, debido a que esta crisis ambiental no actuaba de manera uniforme y tampoco afectaba de la misma manera a ricos y pobres:

Las amenazas de la actual crisis económica y ambiental están arraigadas en modalidades de desarrollo imperfectas: la economía de la opulencia y el despilfarro en el Norte y la economía de la pobreza, la desigualdad y necesidades apremiantes de supervivencia a corto plazo en el Sur (citado en ESTENSSORO, 2020, p. 171).

En este documento los latinoamericanos delinearon tres grandes puntos que consideraban fundamentales de resolver en la cumbre de Río 92: en primer lugar, las estrategias regionales de tratamiento de la crisis ambiental, aspecto enfatizado por América Latina y el Caribe; en segundo lugar, temas que afectaban al ecosistema mundial, como el calentamiento global -que enfatizaban los países del Primer Mundo pero sobre el cual la responsabilidad de la región era muy menor-; y por último, temas de política mundial, como la deuda ecológica que el Norte tenía con el Sur, así como el tema de la enorme deuda externa que mantenían los países subdesarrollados producto de un sistema económico financiero controlado por el Norte (ESTENSSORO, 2020).

⁶ Este principio busca que las obligaciones y contribuciones comprometidas por los Estados frente a determinados problemas comunes estén en directa relación a sus capacidades económicas, técnicas y grados de desarrollo, así como a sus propias necesidades de desarrollo. En este sentido, se trata de una discusión que tiene larga data en los debates internacionales y que busca que los países menos desarrollados tengan un nivel distinto de obligación con relación a los países altamente desarrollados o Norte, así como ser beneficiados con medidas de apoyo por parte del Norte para alcanzar el desarrollo (CERDA, 2016; ARÍSTEGUI, 2012).

En varios aspectos la cumbre ambiental de Río 92 fue bastante exitosa. Entre sus resultados están los documentos que iban a orientar la discusión ambiental en los años siguientes: la Convención Marco sobre Cambio Climático; la Convención sobre Diversidad Biológica; la Declaración de Principios sobre el Manejo, Conservación y Desarrollo Sustentable de Todos los Tipos de Bosques; la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y, finalmente, la Agenda 21.

Sin embargo, no todas las esperanzas y expectativas que los latinoamericanos y el resto de los países del Sur depositaron en esta cumbre se cumplieron. La demanda relativa a que el Norte reconociera y asumiera el problema de la deuda ecológica, no se consiguió, así como tampoco el tema de subsanar la deuda externa del mundo subdesarrollado. Los representantes del Norte, “propusieron un programa con temas estrictamente ambientales y se mostraron reacios a incorporar los temas del desarrollo en el análisis de los problemas ambientales”, y solo priorizaron aquellos temas que consideraban globales tales como el “Cambio Climático, diversidad biológica, océanos y la capa de ozono” (GLENDER, 1994, p. 269). Igualmente, en la discusión que llevó a la firma de la Convención Sobre la Diversidad Biológica, el Norte se preocupó de evitar que se “establecieran obligaciones jurídicamente vinculantes relativas a la transferencia de tecnología, así como la distribución de los beneficios biotecnológicos a los países del Sur” (FUENTES, 2003, p. 36). Pese a esto, se ha señalado que su gran mérito fue “que sentó las bases para la evolución posterior de un derecho internacional del desarrollo sustentable” (p. 37).

5 DE RÍO 92 A RÍO +20: DE LA ILUSIÓN AL DESENGAÑO

Si bien se puede considerar a la cumbre de Río 92 como relativamente exitosa, en ningún caso la tensión en el debate ambiental entre el mundo desarrollado y el mundo subdesarrollado, nacida en Estocolmo 72, desapareció. Por el contrario, esta tensión solo mostró una evolución producto de las nuevas circunstancias históricas que se vivían.

Al respecto, se debe recordar que la cumbre de Río 92 se realizó algunos meses después de la desintegración de la Unión Soviética en 1991 que marcó el fin de la Guerra Fría, iniciándose un período de incertidumbre en el orden internacional que sólo se ha acentuado desde entonces. Sin embargo, en un primer momento esta situación no se percibía así. Por el contrario, el bloque capitalista liderado por los Estados Unidos en su calidad de potencia hegemónica indiscutible, estaba exultante y no pocos consideraban que tras la “derrota” del comunismo, la humanidad había entrado en una etapa gloriosa caracterizada por la aceptación mundial, no sólo del liderazgo estadounidense, sino que de toda la cosmovisión occidental propiamente tal, comenzando por su sistema económico, político y cultural.⁷ Pero, por otra parte, debe recordarse que los Estados Unidos, tras la llegada de Ronald Reagan a la presidencia en 1980, había mandado al traste de la basura el modelo capitalista keynesiano y había comenzado a imponer nuevamente un modelo capitalista clásico, popularizado como neoliberal y cuyo recetario será el tristemente célebre “consenso de Washington”. En este sentido, la desintegración de la Unión Soviética y el fin de la Guerra Fría, aceleró aún más la imposición a nivel mundial de un capitalismo de libre-mercado o neoliberal, en un proceso que se tenderá a popularizar como *globalización*, situación repercutirá en el desenvolvimiento del debate ambiental en Río 92, y se acentuará en los años siguientes.

De hecho, en Río 92, el espíritu neoliberal y su propuesta de un capitalismo de mercado verde estaba en pleno desarrollo. De acuerdo con Alberto Glender, los países del Norte, actuando individualmente o representados corporativamente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), “promovieron, como la única forma para solucionar los problemas ambientales, un enfoque de libre mercado y de baja participación de los gobiernos en los asuntos ambientales (...) Asimismo, cuidaron muy bien que el tratamiento de la propiedad intelectual y la difusión de la tecnología se orientara con criterios estrictamente comerciales”, además de que “se negaron a tratar los problemas ambientales relacionados con las políticas corporativas o con las empresas transnacionales” (1994, p. 258, 259). Esto significó, entre otros aspectos, que los intereses de los grandes grupos económicos estadounidenses, así como de los países exportadores de petróleo primaran en las negociaciones de la Convención Marco sobre el Cambio Climático (1994, p. 267).

⁷ Recuérdese la obra de Francis Fukuyama, *El Fin de la Historia y el Ultimo Hombre*, que se transformó en un *best seller* mundial.

Por lo tanto, bajo una mirada histórica, podemos plantear que en Río 92, o sea veinte años después de Estocolmo 72, el Norte había derivado su inicial discurso eco-catastrofista respecto del desarrollo, sobre todo del Sur, hacia perspectivas más optimistas destinadas a superar la crisis ambiental sin la necesidad de detener el crecimiento económico siempre y cuando el proceso estuviera regido por principios capitalistas de libre mercado. En este sentido, el discurso ambiental hegemónico que se comenzó a imponer desde el Norte tras el fin de la Guerra Fría será el de avanzar hacia un capitalismo “verde”, parafraseado como una nueva economía verde. Y, en este discurso, el papel de sus empresas transnacionales pasará a ser determinante, como quedará demostrado en las nuevas cumbres ambientales mundiales que vendrán.

5.1 Johannesburgo 2002

Diez años después de Río 92 (y 30 desde Estocolmo 72) se celebró la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, en Johannesburgo en junio de 2002 (Johannesburgo 2002). El objetivo de esta Cumbre era proponer acciones para acelerar y fortalecer los principios debatidos en Río 92, y como resultados arrojó dos documentos principales: la Declaración de Johannesburgo y el Plan de Implementación. En estos documentos se reafirmó el compromiso con los objetivos de Río 92, y se plantearon metas tales como, reducir a la mitad la proporción de personas sin acceso al agua potable en el mundo para el año 2015 y promover la utilización de energías renovables (VAZ; MACHADO, 2012, p. 727). Sin embargo, es consensual señalar que fue un encuentro decepcionante por sus resultados, muy por debajo a los arrojados por la cumbre de Río 92. Pero, lo que sí avanzó enormemente en este evento fue la ideología de la globalización neoliberal, promovida por el Norte y el lobby de sus transnacionales.

Como bien se ha señalado, si en 1992 la palabra globalización aún no estaba de moda, esta situación había cambiado totalmente a inicios de los dos mil, y sus promotores entendían que, a fin de lograr eficiencia en la consecución de los objetivos del desarrollo sostenible, había que retirar al Estado y sus regulaciones de las soluciones ambientales para imponer las soluciones de libre mercado (FUENTES, 2003). Por estas razones, Nitin Desai, Secretario General de la Cumbre de Johannesburgo 2002 señaló, con cierto tono de preocupación, en su inauguración:

Hoy hablamos cotidianamente y en todas partes de globalización, palabra que en Río apenas si se usaba. Ciertamente, el hecho de que hoy el desarrollo económico está impulsado cada vez por la liberalización del comercio y de las finanzas ha hecho más difícil, en cierto modo, tratar de lograr algunos de los objetivos sociales y ambientales que se fijaron en el gran ciclo de conferencias de las Naciones Unidas comenzado con la conferencia de Río (citado en FUENTES, 2003, p. 39).

Por otra parte, los representantes del Norte continuaron con sus políticas evasivas respecto de asumir su responsabilidad en la generación de la crisis ambiental y pagar la deuda ecológica contraída con el conjunto de la humanidad y, sobre todo con los países menos desarrollados. Evitaron cualquier obligación jurídicamente vinculante de ayuda financiera al Sur, salvo en aquellos aspectos de protección al medio ambiente que el Norte consideraba importantes para sus intereses. Esto significó un retroceso en todo lo referido a la ayuda para el desarrollo del Sur, incluso a niveles pre Estocolmo 72. En Estocolmo los países desarrollados se habían comprometido a destinar el 0,7% de su PIB en ayuda para el desarrollo del Sur. Esta ayuda había disminuido a 0,22% para la cumbre de Río 92, lo que llevó a que en la Declaración de Río 92 se incluyera el recuperar este compromiso de Estocolmo 72 de comprometer el 0,7% del PIB del mundo desarrollado para ayudar al Sur. Compromiso que no se cumplió como se comprobó en Johannesburgo diez años más tarde (GUIMARÃES; DA FONTOURA, 2012, p. 24, 25).

Igualmente, los representantes del Norte debilitaron el *Principio de las Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas*, realizando sus más diversas interpretaciones. Así, cuando se discutía el documento de Plan de Acción de esta cumbre los países del Sur, que eran los grandes defensores de este principio y que tenían a Brasil como líder, buscaron avanzar en acciones concretas para su implementación, y si bien lograron que este principio quedara señalado en varias partes del documento, los representantes del mundo desarrollado se encargaron de evitar cualquier tipo de redacción que permitiera una interpretación que llevara a pensar de que el Norte había adquirido “una obligación jurídicamente vinculante de otorgar ayuda financiera a los países pobres” (*Ibid.*, p. 24). De la misma forma, los países del Norte se encargaron de favorecer los intereses de sus empresas multinacionales influidos por el intenso lobby que éstas desarrollaron. Por ejemplo, el gasto en lobby de 850 mil dólares por parte de la petrolera Exxon, a fin de enviar una carta al entonces Presidente estadounidense George Bush sugiriendo que no fuera a Johannesburgo y boicoteara las negociaciones sobre Cambio Climático (GUIMARÃES; DA FONTOURA, 2012, p. 22).

5.2 Río +20

Diez años después de Johannesburgo 2002 y cuarenta desde Estocolmo 72, se celebró en 2012 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, nuevamente en Río de Janeiro. Dado que ocurría veinte años después de la Cumbre de Río 92, también se la conoció como Río+20. En esta conferencia, no sólo se acentuaron las tendencias registradas en Johannesburgo 2002 relativas al declive de acuerdos consensuados Norte-Sur, sino que en varios aspectos se retrocedió a la realidad pre Río 92 e incluso pre Estocolmo 72.

Por ejemplo, Río+20, a diferencia de Río 92 y Johannesburgo 2002, no fue convocada como una reunión cumbre por parte de la ONU, lo que significaba que la presencia de Jefes de Estado y de Gobierno no era necesaria. De hecho, ni el Presidente de los Estados Unidos, ni la Canciller de Alemania, asistieron al evento, y la Comisión Europea envió una delegación de representante mucho más reducida que para las cumbres anteriores. Nuevamente el *Principio de Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas (CBDR)*, fue bastante relativizado y simplificado en su documento final, el *Futuro Que Queremos* (WENCESLAU; ANTEZANA; CALMON, 2012, p. 597). Al respecto, durante la discusión de este documento, emergieron dos posturas encontradas. Mientras el G-77⁸ y China solicitaban la inserción de la frase “de conformidad con el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas”, los Estados Unidos, con el apoyo de Canadá, Japón y algunos países europeos se opusieron. El G-77 introdujo un texto alternativo señalando “reafirma la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en todos sus principios, en particular el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas y la equidad”. Pero esta vez fue Corea del Sur quien señaló que “el CBDR era un asunto problemático” y agregó que estaba limitado a cuestiones ambientales y que no creía que se pudiera aplicar en temas económicos o de forma general (CERDA, 2016, p. 9). Igualmente, en la redacción de este documento, los países desarrollados se opusieron a planteamientos explícitos del Sur que habían sido ganados en las Cumbres anteriores, tales como “el Derecho al Agua Segura y Limpia y el Saneamiento o la regulación de los mercados financieros y de commodities” (GUIMARÃES; DA FONTOURA, 2012, p. 27).

De la misma forma, y al igual que en las cumbres anteriores, el prometido aumento de la ayuda al desarrollo del Norte para con el Sur, nunca se concretó. El Norte logró que se relativizara cualquier compromiso obligatorio tendiente a pagar su deuda ecológica. Por esto se ha señalado lo que quedó de Río+20 fueron “frases vacías de contenido práctico como las de ‘promover la eficiencia’ o ‘perfeccionar el acceso’” (GUIMARÃES; DA FONTOURA, 2012, p. 27).

Lo cierto es que al momento de celebrarse la Conferencia de Río +20, el mundo estaba bajo la plena hegemonía de un capitalismo neoliberal, en donde las grandes potencias del Norte se habían caracterizado por impulsar políticas y discursos que entregaban la principal, sino toda, la responsabilidad de la lucha contra la crisis ambiental a lógicas del mercado y a los intereses de sus grandes empresas multinacionales. En este sentido, desde Río 92 tanto los Estados Unidos como desde la Unión Europea, principalmente, venían poniendo todos sus esfuerzos y todas sus esperanzas en el gran negocio que resultaría pasar de un capitalismo sucio a un capitalismo verde y de libre mercado, como bien quedará demostrado en el tema de la lucha contra el cambio climático.⁹ En Río +20, fortalecieron su retórica sobre la necesidad de impulsar una economía verde y un crecimiento verde, en desmedro de los aspectos sociales de la crisis ambiental que es el tema que siempre ha interesado a los latinoamericanos, al punto que en su documento final se aprecia que “los aspectos econó-

⁸ G-77 identifica al grupo de 77 países subdesarrollados y en vías de desarrollo que se agruparon en 1965 a fin de ayudarse mutuamente en las deliberaciones de la ONU. En la actualidad comprende a una mayor cantidad de países pero siguen identificándose como G77.

⁹ Un claro ejemplo del desarrollo de un mercado capitalista “verde” será la irrupción de los mercados de carbono, tras la firma del protocolo de Kyoto en 1997, destinado a reducir la emisión de gases efecto invernadero (GEI), tales como el dióxido de carbono (CO₂) y el metano. El Protocolo de Kyoto estableció un mecanismo que “permite a los países industrializados bajar sus ‘cuotas de contaminación’ comprando ‘aire limpio’ a las naciones en vías de desarrollo. Así, aquellas empresas que certifiquen ante una ‘autoridad nacional designada’ que han bajado sus emisiones de dióxido de carbono, pueden vender estas reducciones (cada certificación equivale a una tonelada de CO₂ disminuida) a las compañías del primer mundo que no estén dispuestas a implementar cambios tecnológicos o a bajar sus niveles de producción para contaminar menos. Al fin y al cabo, argumentan los países desarrollados, cuando se restan estas cuotas el beneficio es global, se descontamine el hemisferio Norte o el Sur” (Alonso y Zambra, 2007: 16,17). Igualmente, otro ejemplo de un claro activismo orientado a generar un capitalismo de mercado verde, son los esfuerzos realizados por el ex-vicepresidente de los EE.UU., Al Gore, que tras perder la elección presidencial de 2001 frente a Bush (hijo), comenzó una cruzada personal por pasar del capitalismo “sucio” o centrado en una malla energética fósil a un nuevo capitalismo verde, centrado en una malla energética baja en emisiones de GEI. Sus dos obras principales a este respecto son *La Tierra en Juego* (1992), y *Una Verdad Incómoda* (2006).

micos ganaron una fuerza comparativamente superior a los aspectos ambientales en sentido estricto y a los aspectos sociales, como si lo ambiental se subordinara a lo económico” (WENCESLAU; ANTEZANA; CALMON, 2012, p. 597).

En síntesis, en Río+20 siguió manifestándose la tensión ambiental Norte-Sur, e incluso se puede plantear que la situación empeoró notablemente respecto a Río 92. El concepto de desarrollo sostenible quedó muy desdibujado frente al avance del neoliberalismo verde. Al respecto se debe tener presente que este concepto, pese a sus deficiencias, fue el resultado de una larga negociación Norte-Sur al interior de la comisión Brundlandt, y recogió parte importante de la perspectiva ambiental latinoamericana, así como del Sur en general permitiendo que se realizara con éxito la conferencia de Río 92. Sin embargo, 25 años después de su presentación por parte del informe Brundlandt de 1987, había perdido su sentido político de acercar las posiciones Norte-Sur en el debate ambiental, confrontadas desde Estocolmo 72 y pasó a transformarse en un concepto vacío que cada quien interpretará a su arbitrio.

6 LA PROPUESTA ECUATORIANA DE YASUNÍ ITT EN EL MARCO DE LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

Un excelente ejemplo concreto para conocer la histórica perspectiva latinoamericana frente al debate ambiental es lo que ocurrió con la iniciativa ecuatoriana Yasuní-ITT, que se hizo en el marco de la lucha contra el Cambio Climático. En este sentido, la propuesta ecuatoriana recogió y expresó el histórico planteamiento de equidad y justicia socio ambiental en el plano de la política mundial que siempre había defendido AMLC, e igualmente su desenlace demostró la permanente política del Norte de bloquear cualquier iniciativa que amenace sus intereses económicos, así como su control y hegemonía de la agenda mundial, en este caso respecto de la temática ambiental.

Al respecto, cabe recordar que el Protocolo de Kyoto, propuesto en 1997,¹⁰ expiraba en el año 2012 y a medida que esta fecha se acercaba las reuniones anuales de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP), se orientaron a lograr un nuevo acuerdo que lo reemplazara y que, esta vez, fuera vinculante para todos los países integrantes de la COP. En este espíritu, según plantea Juan Pablo Vásquez, el año 2007 el Presidente del Ecuador, Rafael Correa, propuso en la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Iniciativa Yasuní-ITT que básicamente consistía en mantener bajo tierra, o sea no explotar, más de 840 millones de barriles de petróleo encontrados en el subsuelo amazónico del Parque Nacional Yasuní-ITT y que equivalían al 20% de la producción petrolera del Ecuador. De esta manera se evitaría la generación de 407 millones de toneladas de CO₂ a la atmósfera, además de otros efectos nocivos al ecosistema amazónico como la deforestación, la propagación de metano, la migración de especies y la contaminación de aguas, entre otras (2015a, b). A cambio, Ecuador pedía a la comunidad internacional, una contribución financiera de US\$3.600 millones de dólares según precios internacionales del barril de crudo, equivalente al 50% de los ingresos que el país dejaría de percibir por no explotar esta fuente de petróleo. Esta cantidad de dinero debía reunirse en 13 años a partir del 2007, siendo un hito condicionante contar con 100 millones de dólares hacia diciembre de 2011 (2015a, b).

Estos fondos serían reunidos en un Fideicomiso Internacional (FI), administrado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y gobernado por un Comité de Dirección, en el cual tendrían participación el Gobierno del Ecuador, los contribuyentes y la sociedad civil ecuatoriana. Los dineros del Fondo Yasuní se invertirían en el financiamiento de programas estratégicos de desarrollo sustentable definidos en el Plan Nacional de Desarrollo del Ecuador, todos directamente relacionados a la conservación de la biodiversidad y los ecosistemas, al impulso a las energías renovables, a la investigación, la ciencia, la innovación y tecno-

¹⁰ El 11 diciembre de 1997 en la ciudad de Kyoto, se llevó a efecto la COP 3 donde se firmó el conocido Protocolo de Kyoto, inspirado en el principio de Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas. En este sentido, el protocolo era vinculante para los 37 países desarrollados y más industrializados del mundo más la Comunidad Europea, los que se obligaban a reducir sus emisiones de GEI en un promedio de 5,2% respecto a los niveles de 1990, para el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012. En cambio, para los países en desarrollo, así como para China, el protocolo no era vinculante sino solo voluntario. De esta forma, se esperaba que cuando éste caducara en 2012 y se generase un nuevo acuerdo, se habrían alcanzado las condiciones para que fuese vinculante para todos los firmantes (ESTENSSORO, 2019).

logía dirigida al desarrollo de bio-conocimiento y al cambio de la matriz energética. Igualmente, la propuesta señalaba que, si no se reunían los dineros provenientes de la comunidad internacional en los plazos establecidos, se llevarían a cabo los planes extractivos en la zona (2015a, b).

Finalmente, el 15 de agosto de 2013, el gobierno de Rafael Correa dio por terminada la iniciativa señalando su fracaso por la falta de una respuesta adecuada del Norte Global, ya que, tras seis años de esfuerzos sólo se habían reunido 13,3 millones de dólares en el Fondo Yasuní, o sea un 0,37% de lo esperado, además de otros compromisos no directamente vinculados por otros 116 millones de dólares (ESTENSSORO; VÁSQUEZ, 2017).

Sin embargo, un aspecto crítico para este fracaso fueron las diferencias que ocurrieron relativas a la administración de los fondos a recolectar por parte del denominado Fideicomiso Internacional (FI). Al respecto, en julio de 2008, el gobierno del Ecuador constituyó el Consejo Administrativo y Directivo de la Iniciativa Yasuní-ITT encargado de delinear las políticas para sacar adelante esta iniciativa, trabajar en los mecanismos financieros y desarrollar estrategias de promoción y negociación. Este Consejo estableció negociaciones con el PNUD, para concretar la firma de un FI, que debía ser presentado para la Cumbre sobre Cambio Climático de Copenhague 2009 sin embargo, las negociaciones fueron suspendidas previo a la celebración de esta Cumbre por el Presidente del Ecuador. Las molestias del Ecuador apuntaban a que el PNUD exigía que el país renunciara a su soberanía al plantear que el FI fuera administrado por una mayoría de miembros representantes de los países contribuyentes (como se había concebido en la propuesta, debían provenir del Norte), lo cual dejaba su administración estratégica – el uso de sus fondos y qué tipos de proyectos llevar adelante con esos mismos fondos –, fuera de la soberanía del sistema público ecuatoriano. Por cierto, esta actitud del Presidente ecuatoriano fue criticada por los gobiernos de los Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania y otros países del Norte, acusándolo de hiper-nacionalista y/o nacionalista económico, así como de no otorgar garantías suficientes a los contribuyentes internacionales. Posteriormente, se tuvo conocimiento por las filtraciones del caso Wikileaks, que los EE.UU. estaban preocupados por lo que denominaban la “obsesión por la soberanía” que presentaba Correa al insistir en la defensa de los recursos naturales del Ecuador, así como las dificultades que ponía el gobierno ecuatoriano para establecer la cooperación militar con los EE.UU., a lo que se sumó la expulsión de dos agentes norteamericanos en febrero de 2009. Por su parte, el gobierno alemán que en sus inicios había manifestado gran apoyo retórico a esta iniciativa del Ecuador, en septiembre de 2010 cambió de actitud y la comenzó a boicotear debido a que el presidente Correa se negaba a dejar el control de la iniciativa en manos internacionales -en donde ellos tenían gran presencia-, y en junio de 2011 Alemania declaró que no seguiría aportando a ésta (ESTENSSORO; VÁSQUEZ, 2017). El Gobierno alemán veía con enorme preocupación la proyección estratégica que significaba la iniciativa ambientalista del Ecuador porque amenazaba con entregar la ofensiva internacional ambiental a los países de la periferia. Concretamente, el Ministro de Cooperación alemán Dirk Niebel en una carta dirigida a la diputada Verde Ute Koczi, informaba que Alemania no aportaría a esta iniciativa, argumentando que no existían garantías por parte del Ecuador de mantener el petróleo bajo tierra, pero además señalaba que “la propuesta ecuatoriana podría formar un precedente peligroso para que otros países productores de petróleo realicen pedidos de compensación similares” (citado en ESTENSSORO; VÁSQUEZ, 2017, p. 74).

En síntesis, se puede señalar que con la iniciativa Yasuní ITT, Ecuador recogía la esencia de los planteamientos históricos de América Latina en el debate ambiental internacional. Como bien señaló Presidente Correa cuando presentó esta propuesta, “no hay peor enemigo para el medio ambiente que la pobreza” (CORREA, 2008, p. A5). Igualmente, la propuesta se inspiraba en el principio altamente valorado por AMLC, como el de las Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas y, finalmente, recogía una idea concreta que AMLC venía señalando desde los años 1980, referida a poner valor económico a los múltiples y trascendentales servicios ambientales que prestan los ecosistemas de la región no sólo para el mantenimiento del equilibrio del ecosistema planetario, sino que para el propio mantenimiento del alto estándar de vida de las sociedades del Norte (ESTENSSORO, 2019).

Sin embargo, y pese a las expectativas que originalmente generó esta propuesta, la historia terminó dando a la razón a los peores temores que los latinoamericanos habían manifestado desde un principio en el debate ambiental global respecto de que, más allá de los discursos políticamente correctos y de las declaracio-

nes de intenciones, el Norte sólo iba a apoyar medidas de mitigación de la crisis ambiental que asegurasen la prevalencia de sus intereses, la continuidad de su hegemonía y el creciente control de ecosistemas mundiales que consideran estratégicos.

En el caso de la propuesta ecuatoriana, el Norte simplemente no podía aceptarla dado que, si ésta tenía éxito, ¿acaso no sería replicada por otros países periféricos que también dependen de la exportación de commodities y recursos naturales hacia los países altamente industrializados? ¿Qué pasaría en el orden internacional económico y geopolítico, si países exportadores de gas, uranio, cobre, litio, u otro recurso natural comenzaran a solicitar a los países del Norte global, que se les pague un precio justo de acuerdo a lo que dejarían de ganar, por no explotar estos recursos, para no provocar daños al medio ambiente? ¿Acaso el sistema industrial y financiero capitalista global no se vería seriamente amenazado, si este tipo de criterio de justicia ambiental se impone? Era evidente para el Norte global que esta iniciativa del Ecuador, que recogió de manera brillante el planteamiento histórico de América Latina, debía obligatoriamente fracasar. Y su resultado, finalmente proyecta que las tensiones Norte-Sur en el debate ambiental no desaparecerán, y AMLC como integrante y defensor de las ideas del Sur global seguirá siendo un protagonista importante.

7 REFLEXIONES FINALES

Como se puede apreciar, desde el inicio del debate ambiental en la agenda política mundial, el planteamiento de América Latina y el Caribe ha sido de carácter socioambiental y de defensa de su soberanía. En este sentido, para AMLC la lucha contra la crisis ambiental global siempre ha estado íntimamente relacionada con la lucha contra la pobreza, la desigualdad social y las relaciones desiguales en el comercio internacional. De la misma forma, esta región del mundo ha hecho presente que la crisis ambiental fue generada por los países capitalistas desarrollados. Fueron ellos quienes impusieron un modo de producción y un orden mundial que, junto con otorgarles un elevadísimo estándar y calidad de vida y transformarlos en las potencias hegemónicas del Sistema Internacional, puso en peligro el ecosistema planetario. Esta es la deuda ecológica que el Norte tiene con el Sur y que AMLC ha puesto en el debate ambiental desde un principio. En este sentido, la defensa del principio de Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas, así como la ayuda financiera y el traspaso de tecnologías desde el Norte hacia el Sur, son actos y principios que buscan la reparación y el pago de esta deuda ecológica.

Por otra parte, también AMLC ha señalado como el Norte siempre ha estado empeñado en evadir y relativizar todo compromiso tendiente a concretar estas demandas de justicia ambiental internacional. Por ejemplo, no han cumplido con los compromisos tales como aportar con el 0,7% de su PIB en ayuda al mundo subdesarrollado acordado en Estocolmo 72 e, igualmente han relativizado toda redacción en documentos oficiales que los obligue a medidas similares.

Finalmente, el inteligente boicot que el Norte efectuó a la iniciativa ecuatoriana Yasuní ITT, culpando de su fracaso a los “excesos soberanistas” de Ecuador, fue una de las mayores demostraciones de lo acertadas que fueron las iniciales advertencias realizadas por importantes internacionalistas brasileños, tales como De Araujo Castro, Jaguaribe y Ozorio de Almeida, en los inicios de este debate en Estocolmo 72 y que se puede resumir señalando que ellos advirtieron que la perspectiva ambiental del Norte es geopolítica y de poder. Esto significa que el Norte sólo prioriza medidas que no impliquen debilitar su economía y, sobre todo que no cuestionen o debiliten su poder hegemónico en el orden internacional. Por el contrario, bajo su discurso ambiental, lo que buscan es aumentar su capacidad de injerencia y control de espacios y ecosistemas estratégicos latinoamericanos (entre otros), como fue el caso de la amazonia ecuatoriana.

Estas son algunas de las principales enseñanzas que deja la historia de cuarenta años de participación latinoamericana en el debate ambiental mundial. Debate que se proyecta al futuro con igual o mayor tensión que la manifestada en las décadas analizadas.

8 REFERENCIAS

ALONSO, C.; ZAMBRA, D. “El mejor negocio del calentamiento global”. *La Nación*, Santiago, domingo 13 de mayo de 2007, p. 16-17.

ARÍSTEGUI, J. P. “Evolución del principio ‘responsabilidades comunes pero diferenciadas’ en el régimen internacional del Cambio Climático”. In: *Anuario de Derecho Público*, Santiago: Universidad Diego Portales (UDP), p. 588-611, 2012.

- BIFANI, P. *Medio ambiente y Desarrollo Sostenible*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos para América Latina, 1999.
- CORREA, R. "Ecuador pedirá compensación por no explotar su petróleo". *El Mercurio*, Santiago, p. A5, 11 de diciembre de 2008.
- CEPAL. *El medio ambiente humano y el desarrollo económico en América Latina*. Ciudad de México: Cepal, 1971.
- CERDA D. C. "El Principio de Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas". *Revista Tribuna Internacional*, v. 5(10), 2016. Disponible en: <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/44493>. Acceso en: 5 jul. 2018.
- CMMAD. Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo. *Nuestro Futuro Común*. Madrid: Alianza, 1992.
- DE ARAUJO CASTRO, J. "Environmental and development: The case of the developing countries". In: KAY, D.; SKOLNIKOFF, E. B. (ed.). *World Eco-Crisis*. International Organizations in Response. Wisconsin: The University Wisconsin Press, 1972. p. 237-252.
- ESTENSSORO, F. *Historia del debate ambiental en la política mundial 1945-1992. La perspectiva latinoamericana (Nueva edición corregida y aumentada)*. Buenos Aires: Biblos, 2020.
- ESTENSSORO, F. *A geopolítica ambiental global do século XXI*. Os desafios para América Latina. Ijuí: Editora Unijuí, 2019.
- ESTENSSORO, F.; VÁSQUEZ, J. P. "Las diferencias Norte-Sur en el debate ambiental global. El caso de la propuesta del Ecuador: Yasuní ITT". *Universum*, v. 32, n. 2, p. 63-80, 2017.
- FUENTES T. X. "Los resultados de la Cumbre de Johannesburgo". *Estudios Internacionales*, v. 36, n. 1, p. 29-53, 2003.
- GLENDER, A. "Las relaciones Internacionales del desarrollo sustentable". In: GLENDER, A.; LICHTINGER, V. (comp.). *La Diplomacia Ambiental*. México y la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 254-282.
- GÜIMARÃES, R. "El discreto encanto de la cumbre de la tierra. Evaluación impresionista de Río 92". *Nueva Sociedad*, n. 122, p. 86-103, 1992.
- GUIMARÃES, R.; DA FONTOURA, Y. "Rio+20 ou Rio-20? Crônica de um fracasso anunciado". *Ambiente & Sociedade*, v. 15, n. 3, p. 19-39, 2012.
- HERRERA, A. *et al. Catastrophe or New Society: A Latin American Model*. Ottawa: International Development Research Center, 1976.
- INFORME DE FOUNEX-1971. In: MARINO DE BOTERO, M.; TOKATLIAN, J. (comp.). *Ecodesarrollo*. El pensamiento del decenio. Bogotá: Inderena; PNUMA, 1983. p. 51-85.
- JAGUARIBE, H. "El equilibrio ecológico mundial y los países subdesarrollados". *Estudios Internacionales*, año V, n. 17, p. 92-123, 1972.
- LEFF, E. "Pensamiento Ambiental Latinoamericano: Patrimonio de un Saber para la sustentabilidad". In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE EDUCACIÓN AMBIENTAL, 6., 2009. Buenos Aires: Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, 2009. p. 215-236.
- MEADOWS, D. *et al. The Limits to Growth*. New York: A Potomac Associates Book, 1972.
- OZORIO DE ALMEIDA, M. "El Mito del Equilibrio Ecológico". *El Correo*, XXVI, p. 25-28, 1973.
- SACHS, I. "Ambiente y Estilos de Desarrollo". *Comercio Exterior*, n. 24, p. 360-368, 1974.
- SÁNCHEZ, V.; SEJENOVICH, H. "Ecodesarrollo: Una estrategia para el desarrollo social y económico compatible con la conservación ambiental". *Revista Interamericana de Planificación*, v. XII, n. 47-48, p. 152-160, 1987.
- TAVARES, M. "Economía verde en América Latina: los orígenes del debate en los trabajos de la Cepal". *Política Ambiental*, n. 8, p. 69-81, jun. 2011.
- VÁSQUEZ, J. P. "La tensión histórica norte – sur global en el debate ambiental. El conflicto en torno a la iniciativa Yasuní ITT". *Revista Estudios Hemisféricos y Polares*, v. 6, n. 1, p. 1-28, 2015a.
- VÁSQUEZ, J. P. "Elementos y claves al calor de la conflictividad, para una perspectiva latinoamericana en el debate ambiental: el caso de la iniciativa Yasuní ITT". *REDESG*, v. 4, n. 2, p. 4-25, 2015b.
- VAZ, L. J.; MACHADO, C. R. "Governança ambiental global: atores e cenários". *Cadernos EBAPE.BR*, v. 10, n. 3, p. 721-735, 2012.
- WARD, B.; DUBOS, R. *Una Sola Tierra*. El cuidado y conservación de un pequeño planeta. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- WENCESLAU, J.; ANTEZANA, N. L.; CALMON, P. "Políticas da Terra: existe um novo discurso ambiental pós Rio +20?". *Cadernos EBAPE.Br*, v. 10, n. 3, p. 584-604, 2012.

“TODO ES SEGÚN EL DOLOR CON QUE SE MIRA” Apuntes Para un Debate en Torno a la Construcción de Conocimiento en Procesos de Lucha

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.21-31>

Recebido em: 7/9/2020

Aceito em: 19/9/2020

Manuel E. Gándara Carballido

Miembro de la Red de Apoyo por la Justicia y la Paz y del Instituto Joaquín Herrera Flores. Profesor en el Programa Oficial de Máster en “Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo” de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). Licenciado en Filosofía por la Universidad Santa Rosa de Lima (Venezuela), con Maestría en Filosofía de la Práctica por la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide (España). Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide (España). Desde el segundo semestre de 2019 es Profesor Visitante del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil). <http://lattes.cnpq.br/6727241177196505>. <https://orcid.org/0000-0002-5308-0345>. manuelgandara68@gmail.com

RESUMEN

El texto desarrolla algunas reflexiones a propósito del quehacer teórico y la construcción de conocimiento que se produce en el marco de las luchas por transformar la sociedad en clave emancipadora. Para ello se acude a los aportes del pensamiento crítico, particularmente del pensamiento crítico en derechos humanos. Se destaca el lugar de las víctimas como opción no solo ética y política, sino también como lugar epistémico, desafiando los enquistamientos en que cierto ejercicio académico puede incurrir.

Palabras-clave: Derechos humanos. Pensamiento crítico. Teoría crítica. Teórico.

“TUDO DEPENDE DA DOR COM A QUAL VOCÊ OLHA”.

NOTAS PARA UM DEBATE SOBRE A CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO EM PROCESSOS DE LUTA

RESUMO

O texto desenvolve algumas reflexões sobre o fazer teórico e a construção do conhecimento que ocorre no marco das lutas para transformar a sociedade na perspectiva emancipatória. Para isso, são utilizadas as contribuições do pensamento crítico, em particular do pensamento crítico sobre os direitos humanos. O lugar das vítimas é destacado como uma opção não apenas ética e política, mas também como um lugar epistêmico, desafiando os entrancheamentos em que um determinado exercício acadêmico pode incorrer.

Palavras-chave: Direitos humanos. Pensamento crítico. Teoria crítica.

SUMÁRIO

1 Introducción. 2 Nuestro punto de partida, la opción ético-política por los empobrecidos. 3 El qué y el para qué de las teorías. 4 La labor de los teóricos. 5 Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

La frase de Mario Benedetti con que hemos titulado este texto da cuenta de nuestro punto de partida, que no es otro que la opción ético-política a favor de aquellas personas y sectores de la sociedad que han sido sometidos a relaciones de subordinación, exclusión, dominación e incluso exterminio.

En nuestro esfuerzo por comprender la realidad para tratar de intervenir en ella, hemos de pretender el mayor rigor metodológico y constante honestidad con lo real, pero ello no lo disfrazamos de una supuesta e imposible neutralidad. No somos neutrales, nadie lo es, aunque algunos se escuden en dicha pretensión para escurrir el debate y el sometimiento a crítica de sus presupuestos y posicionamientos. Como no hay neutralidad, la mejor manera de tender a cierta búsqueda de objetividad es someterse al examen intersubjetivo de nuestras apuestas. Nosotros optamos por las víctimas.

2 NUESTRO PUNTO DE PARTIDA, LA OPCIÓN ÉTICO-POLÍTICA POR LOS EMPOBRECIDOS

Decía Theodor Adorno, uno de los principales representantes de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, que “la necesidad de prestar voz al sufrimiento es condición de toda verdad.”¹ Con ello fijaba posición y alertaba contra toda pretendida “neutralidad” cómplice por parte del quehacer científico. Esa misma opción ética debe seguir alentando el quehacer del pensamiento crítico hoy en día.

Frente a la supuesta neutralidad axiológica de la ciencia, defendida por la teoría tradicional, es necesario reconocer que toda ciencia es movida por un interés, y que negarlo puede no ser más que una forma de enmascaramiento ideológico.²

Sabiéndolo o no, todo pensamiento se posiciona de una determinada manera en el marco del conflicto de intereses que atraviesa nuestro mundo; por ello, resulta necesario una perspectiva crítica que se haga cargo de la forma en que se avalan o se confrontan las diferentes opciones ético-políticas desde las que se comprende e interviene en la realidad.³ Como bien afirma Boaventura de Sousa Santos, “la teoría crítica siempre ha tenido como presupuesto suyo la pregunta: ¿de qué lado estamos? y la respectiva respuesta.”⁴ Así, a una teoría crítica no le resulta indiferente el lugar y la perspectiva desde la que se piensa y se intenta intervenir en la realidad.

Toda teoría, aunque sea de manera implícita, supone una serie de decisiones previas que responden a una determinada forma de pensamiento y le sirven de base, condicionando sus apuestas epistemológicas y metodológicas.⁵ Por ello, es peligrosa la postura ingenua que desconoce la significación que tiene el conocimiento; los postulados teóricos surgen en un determinado contexto histórico y responden a él, cumpliendo la función de dificultar o impulsar determinados proyectos sociales.⁶ En palabras de Hugo Zemelman:

El movimiento de la realidad socio-histórica y su estrecha vinculación con la práctica social obliga a un constante esfuerzo por descifrar los límites (que pueden ser teóricos, ideológicos o axiológicos) en cuyo espacio reviste un significado particular el fenómeno que se quiere estudiar.

Estos límites expresan la opción social desde la cual se construye el conocimiento; implican, por lo tanto, una forma de entender a la realidad, pero especialmente de cómo y para qué construirla en una dirección determinada. Lo que decimos reviste un significado relevante cuando observamos que los parámetros que en general

¹ ADORNO, Teodor, *Dialéctica negativa*. Madrid: Akal, 2005. p. 28.

² Cfr. CORTINA, Adela. *La Escuela de Fráncfort. Crítica y Utopía*. Madrid: Síntesis, 2008. p. 48-49.

³ Cfr. ROMERO CUEVAS, José. “Ellacuría: una teoría crítica desde América Latina”. In: *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid: UAM-Uned, n. 32, p. 7, 2008.

⁴ SANTOS, Boaventura. *Crítica de la razón indolente*. Contra el desperdicio de la experiencia. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003. p. 286.

⁵ Cfr. MEDICCI, Alejandro. “El arraigo de Anteo: las lecciones políticas de Joaquín Herrera Flores”. In: *REDHES*, San Luis Potosí: Universidad Autónoma San Luis Potosí, n. 4, p. 17, jul./dic. 2010.

⁶ Cfr. ZEMELMAN, Hugo. Debate sobre la situación actual de las ciencias sociales, p. 5. Disponible en: http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf. Disponible en: 19 sept. 2012. Ver también SENENT DE FRUTOS, J. Notas sobre una Teoría Crítica de los Derechos Humanos. In: *Anuario Iberoamericano de derechos humanos 2001-2002*. Río de Janeiro, 2002. p. 411.

se imponen, sin mediar muchas veces conciencia alguna del investigador, son los que conforman el poder, en cuyos parámetros se pretende conferir a los fenómenos el estatus de reales; con el agregado de establecer su identidad como única y excluyente de otras posibles visiones de los mismos.⁷

La teoría crítica asume, pues, conscientemente una serie de opciones, de posicionamientos éticos y políticos frente a la realidad; y los hace explícitos, con lo que se abre al discernimiento, el juicio y la crítica como forma de validación intersubjetiva.

Pero, ha de entenderse que la nuestra no es solo una opción ética y política; es, también, un posicionamiento hermenéutico. Se asume que la perspectiva de las víctimas, de aquellos a quienes se les niega las condiciones necesarias para vivir con dignidad, es el lugar hermenéutico por excelencia para comprender los procesos sociales en curso.⁸

Entendiendo que “la neutralización epistemológica del pasado siempre ha sido la contraparte de la neutralización social y política de las `clases peligrosas’”,⁹ se opta por una aproximación al proceso socio-histórico que permita visibilizar y reconocer la perspectiva de quienes en dicha dinámica han sido marginados, excluidos e invisibilizados desde las narrativas oficiales y los saberes hegemónicos. Como bien dice Enrique Dussel:

El método crítico consiste en colocarse en el espacio político de los pobres, las víctimas, y desde allí llevar a cabo la crítica de las patologías del Estado. Desde ese lugar epistemológicos – el de las víctimas, las del sur del planeta, los oprimidos, los excluidos, los nuevos movimientos populares, los pueblos ancestrales colonizados por la Modernidad, por el capitalismo que se globaliza, todo lo cual queda expresado en redes mundiales altermundistas – será desde donde tendremos que ir efectuando la crítica de todo el sistema de las categorías de la filosofía política burguesa.¹⁰

Pero, insistimos, asumir este posicionamiento no pretende solo ofrecer una oportunidad de visibilización a las narrativas que han sido marginalizadas del debate público, lo que ya sería un acto de justicia y una ampliación de las perspectivas de debate que aseguraría un mayor rigor metodológico; más allá de eso, se afirma que esta perspectiva de las víctimas del sistema social, de quienes han cargado con la peor parte, permite una mejor comprensión de dicho sistema que la perspectiva de quienes se ven beneficiados por él.

Se trata de poner en marcha procesos de lectura y transformación de la realidad que identificando la injusticia del sistema y enfrentándola, permitan que todos y todas puedan disfrutar de condiciones de vida digna; y ésa es una tarea imposible si se mira la realidad desde los intereses de quienes se ven favorecidos por la estructural injusticia en que vive nuestras sociedades. Desde las víctimas, desde los empobrecidos, desde quienes han sido excluidos, es posible plantearse dinámicas de inclusión universal que reviertan los procesos de marginación. Es en este sentido que se afirma que “*la universalidad de los derechos humanos sólo podrá ser efectiva si se implica y afecta prioritariamente con la versión sobrante de la humanidad: las víctimas.*”¹¹

Al fin y al cabo, se trata de pensar y vivir desde una opción por las víctimas, en contra de las dinámicas de victimización.¹² La búsqueda de una sociedad sin víctimas, que haya logrado erradicar toda forma de victimización actúa como horizonte utópico.¹³ Así, pues, la opción ética por los desfavorecidos permite la formulación de un proyecto de dignidad que alcanza a todos.

Sin embargo, consideramos pertinente la advertencia sobre el riesgo que subyace a esta opción ética de convertirse en una forma de paternalismo, que luchando por los pobres termine desplazándoles del protagonismo que les corresponde en su propio proceso de liberación. El sujeto principal de la praxis liberadora

⁷ ZEMELMAN, Hugo, Debate sobre la situación actual de las ciencias sociales, p. 3. Disponible en: http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf. Disponible en: 19 sept. 2012.

⁸ Cfr. ETXEBERRÍA, Javier. Prólogo. In: ASIER, Martínez de Bringas. *Exclusión y victimización*. El grito de los derechos humanos en la globalización. Bilbao: Alberdania, 2004. p. 13.

⁹ SANTOS, Boaventura, *La globalización del derecho*. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – Ilsa, 1991. p. 235.

¹⁰ DUSSEL, Enrique, *Política de la liberación*. Historia Mundial y Crítica. Madrid: Trotta, 2007. p. 552.

¹¹ MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, *Exclusión y victimización*. El grito de los derechos humanos en la globalización. Bilbao: Alberdania, 2004. p. 19.

¹² Cfr. DUSSEL, Enrique. *Ética de la Liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión*. Madrid: Trotta, 2006. p. 417.

¹³ Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999. p. 204.

son las propias víctimas que conscientes de su situación emprenden procesos de organización, articulación y movilización como colectivo para lograr transformar aquellas realidades que les oprimen;¹⁴ así, la labor solidaria de quienes se sumen a esta lucha no puede pretender sustituirles en el proceso de comprensión de la problemática que les aqueja ni en la búsqueda de alternativas superadoras.¹⁵

Es necesario, pues, repensar la historia y los derechos humanos a partir del encuentro con quienes son negados en su humanidad, en diálogo con ellos y ellas. Desde la perspectiva de las víctimas del sistema, de sus necesidades e intereses, resulta urgente confrontar toda narrativa que, puesta al servicio de la conservación del *status quo*, impida su potencial transformador.¹⁶

Afirmamos que esta opción es necesaria para recuperar el potencial emancipador del quehacer histórico en pro de los derechos humanos. Frente a la cooptación de la narrativa de derechos humanos en función de los intereses de los grupos de poder, resulta urgente repensar estos derechos desde los procesos de lucha que son llevados adelante por los sectores excluidos, sus prácticas de resistencia.¹⁷

Frente a ciertos discursos sobre derechos, que más que neutrales son neutralizadores de las alternativas de lucha que buscan enfrentar la injusta distribución de los bienes y las oportunidades de vida digna, es preciso, siguiendo a Ignacio Ellacuría, atender al “para quién”, al “para qué” y al “desde dónde” de los derechos humanos.¹⁸

3 EL QUÉ Y EL PARA QUÉ DE LAS TEORÍAS

Es conocida la formulación de Horkheimer según la cual la teoría tradicional se entiende como una acumulación de saber utilizable para la caracterización de los hechos, de forma tal que la explicación teórica, según esta perspectiva, se entendería como el acto de subsumir la percepción que se tiene de “situación objetiva” en el marco de ese saber estructurado por conceptos.¹⁹ Queremos destacar de esta forma de concebir la teoría, cómo la misma da por supuesta la separación entre la realidad que ha de ser explicada y el saber teórico del que se ha de disponer para explicar dicha realidad. El saber se entiende como un cúmulo de proposiciones estructuradas jerárquicamente de forma tal que de unas se van deduciendo las otras, siendo más perfecta una teoría en la medida en que es menos el número de primeros principios en comparación con las consecuencias que de ellos se derivan.²⁰

El hiato entre realidad y saber teórico llega a ser entendido por la teoría tradicional como una garantía de la universalidad de sus postulados, al no estar circunscritos a una circunstancias específicas. Ante esta pretensión de validez universal de la teoría, Hinkelammert afirma que “*la única forma de lograr esta omnisciencia es tautologizándola, solo así puede presentarse válida para todos los tiempos y lugares, aunque no tenga ningún potencial explicativo.*”²¹ Igualmente, desde la perspectiva de la teoría tradicional se asume que la explicación de la realidad que realiza el teórico ha de ser neutral, limitándose a subordinar a la estructura conceptual del saber los hechos que “encuentra” en la realidad, sin que en dicho proceso interfieran sus necesidades ni intereses particulares.

El problema con la concepción tradicional de teoría es que pretende describir la realidad dejando de lado los procesos históricos, los contextos de gestación de los fenómenos y de la comprensión de esos fenómenos; la teoría tradicional, y la ciencia que desde ella se desarrolla, desconoce lo socio-histórico; además,

¹⁴ Cfr. ROSILLO, Alejandro. *Fundamentación de los derechos humanos desde la Filosofía de la liberación*. Mimeo, [201-?]. p. 12-13.

¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ De BRINGAS, Asier, *Exclusión y victimización*. El grito de los derechos humanos en la globalización. Bilbao: Alberdania, 2004. p. 136.

¹⁶ Cfr. Rosillo, Alejandro. *Fundamentación de los derechos humanos desde la Filosofía de la liberación*. Mimeo, [201-?]. p. 8.

¹⁷ GUILLÉN, Maryluz. “Concepción hegemónica de los derechos humanos: la lucha de los Yukpas por su tierra”. In: Diálogo de saberes, n. 4. Disponible en: http://dialogosaberes.ubv.edu.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=158:concepcion-hegemonica-de-los-derechos-humanos-la-lucha-de-los-yukpas-por-su-tierra&catid=19:sumario-revista-no-4&Itemid=13. Acceso en: 19 sept. 2012.

¹⁸ Cfr. ELLACURÍA, Ignacio. *Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares*. In: *Escritos Filosóficos*, San Salvador: UCA Editores, Tomo III, 2001.

¹⁹ Cfr. HORKHEIMER, Max. *Teoría tradicional y teoría crítica*. In: *Teoría Crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 1974. p. 223.

²⁰ Cfr. HORKHEIMER, Max. *Teoría tradicional y teoría crítica*. In: *Teoría Crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 1974. p. 222.

²¹ HINKELAMMERT, Franz, *Claves de un pensamiento crítico*. Entrevista a Franz Hinkelammert por Henry Mora. In: HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). *El vuelo de Anteo*. Derechos Humanos y Crítica de la razón Liberal. Joaquín Herrera Flores (ed.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 295.

supone una única razón o racionalidad, y una sola forma de conocimiento válido. Como expone Arriscado Nunes, la teoría se ha entendido generalmente en una relación de oposición, o al menos de tensión, con las instancias corporalizadas, territorializadas y localizadas del mundo concreto: la práctica, la experiencia, la investigación empírica, la política, etc.²²

Con tales presupuestos, la teoría tradicional olvida lo que de forma sintética formuló Robert Cox: “*Theory is always for someone and for some purpose*,”²³ corriendo el riesgo de que arropada en una retórica abstracta sirva, como frecuentemente ocurre, para justificar prácticas de todo tipo. Por ello, un autor como Helio Gallardo, plantea que si bien es cierto que la confiabilidad de una teoría (así como su provisoriedad) dependerá del cumplimiento o no de las predicciones que realiza, su “verdad” se encuentra siempre en función del posicionamiento inicial que asume y de las operaciones eficaces que dicho posicionamiento genera en términos de conocimiento. Pero las “teorías”, afirma este autor “*no son verdaderas en el sentido de que ‘las cosas son así como la teoría las presenta’, o en lenguaje académico, no son ‘ónticamente’ así, sino que son ‘interpretadas de esa manera’ desde una determinada, fundada y disciplinar perspectiva humana.*”²⁴ De tal manera que, en el sentido del pragmatismo epistemológico, una teoría no pretende decir “lo que las cosas son”, sino que busca ser útil para incidir en la realidad desde la producción de conocimiento.²⁵ Por ello, los instrumentos teóricos deben estar siempre expuestos a la crítica, sometidos al discernimiento autocrítico “*desde el movimiento que la produce y al que esa teoría compromete.*”²⁶

Frente a los postulados de la teoría tradicional, el pensamiento crítico enfrenta su tarea intentando ser honesta con los hechos con que se encuentra en la realidad, respetando así la dureza de lo real, sin ocultar ni ocultarse a sí misma lo que la investigación le presenta como dato, y ello lo hace precisamente por su interés en comprender para transformar, pues no confunde objetividad con neutralidad. Por el contrario, las teorías críticas reconocen y hacen explícitas las condiciones de su producción, que le condicionan, y también sus opciones políticas, éticas e ideológicas. Optan por una sociedad justa, que atienda a las necesidades e intereses de los empobrecidos, excluidos y discriminados, haciendo su aporte para que todos y todas puedan gozar de condiciones que les permitan definir y desarrollar sus proyectos vitales.

Los teóricos críticos no reniegan de la función política de la labor que realizan. Entienden su quehacer siempre en el marco del campo de fuerzas que constituyen las tramas sociales, sabiendo que su producción responde a la configuración sociohistórica de la que surge, bien para fortalecerla, bien para combatirla. Por ello, es necesario permanecer atentos a la función efectiva que en los procesos sociales cumple una determinada teoría, preguntándonos si contribuye o no a hacer posible horizontes diferentes a los propuestos desde el pensamiento único y unificador; es necesario atender a si las teorías abren o no la posibilidad de otros imaginarios que no se limiten a repetir lo dado como completo y clausurado.

Es necesario, pues, que las teorías ayuden a encontrar nuevas vías para la acción social, que posibiliten el descubrimiento de nuevos medios de lucha a quienes *apuestan* por procesos emancipadores.²⁷ Nuevamente según Herrera Flores, “*la teoría nunca debe conformarse, adaptarse sin más a la tiranía de los hechos, sino, con palabras del gran poeta uruguayo Mario Benedetti, esforzarse por construir de nuevo utopías aún más intrépidas que las fracasadas.*”²⁸

²² Cfr. NUNES, João. “Transição paradigmática, pós-modernismo crítico e teoria social”. In: *Oficina do CES*, Coimbra: CES-Feuc, n. 81, p. 10, 1996.

²³ “*La teoría es siempre para alguien y para algún propósito*” (traducción propia). COX, Robert. Theory Talk, n. 37. Disponible en: <http://www.theory-talks.org/2010/03/theory-talk-37.html>. Acceso en: 1º oct. 2012.

²⁴ GALLARDO, Helio. Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana. In: FUNDACIÓN JUAN VIVES SURIA; DEFENSORIA DEL PUEBLO VENEZUELA. *Los derechos humanos desde el enfoque crítico*. Caracas: Fundación Juan Vives Suria, 2011. p. 47.

²⁵ GALLARDO, Helio. *Siglo XXI*. Producir un mundo. Toronto, Canadá: Harlequin, 2006. p. 351.

²⁶ GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social*. Colombia: Ediciones Desde Abajo, 2006. p. 16.

²⁷ Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. “De la rueda y el freno. El camino hacia la democracia en Georg Lukacs y Rosa Luxemburg”. In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Facultades do Brasil, n. 18, p. 259-281, 2001.

²⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. “¿Crisis de la ideología o ideología de la crisis? Respuestas neoconservadoras”. In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 13, p. 129, 1993.

Estos desafíos, como decimos, se le hacen patentes al intelectual crítico como consecuencia de su opción por los oprimidos. Esta misma opción le obliga a permanecer en constante atención de su posicionamiento frente a los procesos sociales en los que participa y en lo que ineludiblemente su producción juega un papel, lo quiera él o no. Su propia posición en las tramas sociales y en las relaciones de poder y la función que puede o no cumplir su teoría, le obligan a *“una constante vigilancia epistemológica y política sobre sí mismo, para evitar que su ayuda se vuelva vana o incluso contraproducente.”*²⁹ Ello se hace particularmente urgente en sociedades marcadas por relaciones asimétricas de poder y configuradas por procesos de exclusión, subordinación y explotación, pues las mismas tienen la capacidad para incorporar y ajustar a sus lógicas incluso las producciones teóricas generadas con pretensiones emancipadoras. Es necesario pues, asumir explícitamente un posicionamiento contra-hegemónico en el quehacer teórico para evitar que las inercias sociales terminen devorando y metabolizando, en función de las prácticas establecidas, las producciones críticas que se proponen desarrollar un sentido crítico.³⁰

Es constitutivo de la teoría crítica el asumir su labor en el marco de las prácticas sociales. Por ello, Helio Gallardo insiste en que las teorías, todas ellas, son constitutivas de la representación y reproducción de la realidad, a la vez que han sido constituidas por ella y para ella...

Las “teorías”, todas, forman parte de lo real-social y humano. Surgen desde la realidad social y contribuyen de diversas formas con la reproducción del orden que las requiere y legitima. Las teorías son políticamente funcionales o disfuncionales...

Las “teorías” no son algo exterior a los conflictos de la sociedad que las produce y requiere. De hecho, ninguna producción humana es “exterior” a las tramas sociales en las que se gestan y ninguna está “por encima” de ellas.³¹

Han de evitarse, por tanto, los discursos absolutizadores, caracterizados por la pretensión de estar constituidos de forma separada e independiente del contexto en que son producidos. Por el contrario, para el pensamiento crítico, la praxis y los intereses sociales que tienen lugar en dichos contextos configuran el punto de vista a partir del cual *“se constituye el objeto de conocimiento”*,³² por lo que son de un valor teórico de primer orden. A la vez, la teoría es comprendida como momento teórico de la praxis;³³ es, pues, parte de dicha praxis. Por ello, para la teoría crítica, tal y como sostiene Mardones, *“la praxis es el elemento definidor de qué sea lógico o no. Más, la praxis es el lugar donde se prueba y comprueba la veracidad de toda crítica ideológica, la razón que lleva consigo la Teoría Crítica.”*³⁴

Es bajo esta misma comprensión, al constatar que la facticidad es consustancial al pensamiento, que Ignacio Ellacuría,³⁵ reflexionando sobre la labor de la filosofía en los procesos de liberación de América Latina, la entiende como momento de la praxis emancipadora, recibiendo de ella su determinación última.³⁶ La filosofía, según es entendida por Ellacuría y de la forma en que fue desarrollada por él, se concibe a partir de la implicación en una praxis histórica de liberación, en la búsqueda por comprender y transformar la realidad. Ahora bien, ahondando en la función específica de la tarea teórica, dirá que ésta tampoco puede ser reducida a mero reflejo de la praxis de liberación:

²⁹ SANTOS, Boaventura. *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social*. 1. ed. Bogotá: Ilsa, 2003. p. 119. (Colección En Clave de Sur).

³⁰ Cfr. SOLÓRZANO, Norman. *Crítica de la Imaginación Jurídica*. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, 2007. p. 53.

³¹ GALLARDO, Helio, Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana. In: FUNDACIÓN JUAN VIVES SURIA; DEFENSORIA DEL PUEBLO VENEZUELA. *Los derechos humanos desde el enfoque crítico*. Caracas: Fundación Juan Vives Suria, 2011. p. 72.

³² MARDONES, José María, *Razón comunicativa y teoría crítica*. La fundamentación normativa de la teoría crítica de la sociedad. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1985. p. 30.

³³ Cfr. *Ibidem*, p. 32.

³⁴ MARDONES, José María, “La ideología según la teoría crítica de la escuela de Frankfurt. (M. Horkheimer, T. W. Adorno y J. Habermas)”. In: *Pensamiento*, Madrid, v. 36, n. 11, p. 393, 1980.

³⁵ ROMERO CUEVAS, José, Ellacuría: una teoría crítica desde América Latina, p. 9. Disponible en: http://uah.academia.edu/Jos%C3%A9ManuelRomeroCuevas/Papers/1646652/1_Ellacuria_una_teor%C3%ADa_cr%C3%ADtica_desde_Am%C3%A9rica_Latina. Acceso en: 5 sept. 2012).

³⁶ Cfr. ELLACURÍA, Ignacio. Relación teoría y praxis en la teología de la liberación. In: *Escritos Teológicos*, San Salvador: UCA Editores, Tomo I, p. 235, 2000.

No todo momento de la praxis es consciente ni todo momento de la praxis tiene el mismo grado de conciencia. Cuando ese grado de conciencia se separa reflejamente de la praxis y se constituye en discernir de ella, en juicio y crisis de ella, se puede empezar a hablar de teoría, la cual se puede ir constituyendo en momento relativamente autónomo más allá de ser reflejo acompañante de la praxis.³⁷

No se trata, por tanto, de desconocer el papel específico y la importancia de la teoría que intenta comprender, analizar, visibilizar posibilidades alternativas, articular propuestas en curso y abrir horizontes de análisis, pues una praxis emancipadora requiere el análisis de las estructuras que subyacen a los procesos de dominación,³⁸ que permita identificar virtualidades presentes en ellas que, al no ser evidentes a primera vista, “*exigen ser imaginadas y pensadas. Esto quiere decir que la estructura no es un dato, sino tendencias y procesos conflictivos que exigen ser imaginados por una voluntad y pensados mediante una teoría.*”³⁹

En todo caso, es manifiesta la dimensión política del pensar para la filosofía de la liberación, como lo es para todo pensamiento crítico.⁴⁰ Las teorías, todas las teorías, lo son de la práctica; más aún, de una práctica social; siendo así, lo político les es constitutivo en la medida en que a ellas subyace la pretensión de ofrecer un modo de organizar la realidad, a través del discurso y del pensamiento.⁴¹ No asumir conscientemente esta dimensión política afectaría al propio trabajo del intelectual, limitando su capacidad para entender la realidad y para comunicar adecuadamente las posiciones que toma.⁴² Por ello, será necesario atender al papel específico que se supone cumplen los teóricos; de ello nos ocuparemos en el próximo apartado.

4 LA LABOR DE LOS TEÓRICOS

Visto lo que se entiende por teoría desde la perspectiva del pensamiento crítico, revisaremos ahora la labor específica que se supone han de aportar los intelectuales, intentando identificar sus rasgos característicos.

Desde la perspectiva a la que apostamos, quienes se dedican de manera particular a la tarea de teorizar, habrán de tener cuidado de desmarcarse del papel al que inercialmente pueden verse inclinados dado el status que ocupa el “trabajo intelectual”, y concretamente los propios intelectuales, en nuestras sociedades. Así, los teóricos necesitan una permanente atención sobre sí mismos para no incurrir en posturas propias de la lógica “iluminista”, como si fuesen los que “crean” o “saben” las respuestas a las más diversas problemáticas sociales que nos aquejan; sin duda, éstos hombres y mujeres tienen un aporte específico que realizar desde el ejercicio reflexivo; pero el mismo, no se orienta a “enseñar” lo que debe hacerse sino a posibilitar los espacios y a ofrecer su palabra de forma tal que cada quien, individual y colectivamente, tenga las condiciones necesarias para poder formular proyectos vitales y construirlos.

En ese sentido, los intelectuales, con su aporte crítico, desde el rechazo al pensamiento y al cierre de alternativas, convocando y estimulando una indignación consciente,⁴³ contribuyen a los procesos de organización y movilización, favoreciendo así la conciencia de poder por parte de los sectores más vulnerables.⁴⁴ Por eso, recordando el aporte hecho por Rosa Luxemburgo a los procesos de lucha, Herrera Flores dirá que es preciso lo siguiente:

³⁷ ELLACURÍA, Ignacio. Función liberadora de la filosofía. In: ELLACURÍA, Ignacio. Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989). *Escritos Políticos*, San Salvador: UCA Editores, Tomo I, p. 63, 1993.

³⁸ Cfr. HINKELAMMERT, Franz. *La maldición que pesa sobre la ley*. Las raíces del pensamiento crítico en Paulo de Tarso. San José de Costa Rica: DEI, 2010. p. 265.

³⁹ GALLARDO, Helio. Sobre las generaciones de derechos humanos. p. 14. Disponible en: http://heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&task=view&id=179&Itemid=1. Acceso en: 15 marzo 2013.

⁴⁰ Cfr. ROSILLO, Alejandro. *Derechos Humanos desde el pensamiento latinoamericano de liberación*. 2011. Tesis doctoral presentada en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Getafe, jun. 2011. p. 377.

⁴¹ Cfr. GRUNER, Eduardo. “Los avatares del pensar crítico hoy por hoy”. In: *Cuaderno de Pensamiento Crítico Latinoamericano*, Clacso, n. 44, a. 4, 15 oct. 2011.

⁴² Cfr. HINKELAMMERT, Fran. Percepciones y marcos categoriales de lo político. Entrevista de Germán Gutierrez. In: DUQUE, José; GUTIÉRREZ, Germán (ed.). *Itinerarios de la razón crítica*. Homenaje a Franz Hinkelammert en sus 70 años. San José, Costa Rica: DEI, 2001. p. 185.

⁴³ Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín, De la rueda y el freno. “El camino hacia la democracia en Georg Lukacs y Rosa Luxemburg.” In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Facultades do Brasil, n. 18, p. 259-281, 2001.

⁴⁴ Cfr. GALLARDO, Helio. Derechos Humanos. p. 7. Disponible en: http://heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&task=view&id=144&Itemid=9. Acceso en: 1º oct. 2012.

Armarnos con conceptos y formas de praxis que tiendan a conquistar la mayor cantidad posible de “espacios sociales” de democracia; espacios donde los grupos y los individuos encuentren posibilidades de formación y de toma de conciencia necesarias para combatir la totalidad de un sistema caracterizado por la reificación, el formalismo y la fragmentación.⁴⁵

Es necesario, pues, el esfuerzo teórico que permita desentrañar los intereses ocultos tras los discursos y los proyectos socioeconómicos, visibilizar la violencia que subyace a la hegemonía jurídica y política.⁴⁶ Para ello, el intelectual podrá echar mano “de lo nuevo y de lo viejo”, sabiendo reapropiarse de la tradición, o apoyándose en trayectos poco explorados de la misma que permitan subvertir y transformar lo que reproduce las asimetrías productoras de subalternización en nuestro mundo.⁴⁷ “*Este mirar a donde otros no han mirado convierte al científico social en un arqueólogo subversivo (sub vertere, la versión desde abajo).*”⁴⁸

Esta tarea, insistimos, no se lleva a cabo como fruto de cierto ensimismamiento especulativo, sino a partir del proceso de diálogo permanente que los intelectuales han de sostener con las distintos procesos de lucha social que se desarrollan, pues desde el enfoque de la teoría crítica, la verdad sólo es tal en la medida en que sirve para enfrentar los retos que plantean las luchas dirigidas a construir un mundo más justo e igualitario. Es en diálogo con quienes llevan adelante las distintas prácticas sociales que intentan transformar la realidad donde la labor del intelectual haya su razón de ser, poniendo en relación teoría y práctica. Por eso, marcando distancia frente a la autocomprensión que acompañó durante muchos años a los teóricos de izquierda, Boaventura de Sousa Santos entiende que en los actuales procesos de lucha por la transformación social y política son necesarias teorías de retaguardia. Estas teorías las define en los siguientes términos:

Son trabajos teóricos que acompañan muy de cerca la labor transformadora de los movimientos sociales, cuestionándola, comparándola sincrónica y diacrónicamente, ampliando simbólicamente su dimensión mediante articulaciones, traducciones, alianzas con otros movimientos. Es más un trabajo de artesanía y menos un trabajo de arquitectura. Más un trabajo de testigo implicado y menos de liderazgo clarividente. Aproximaciones a lo que es nuevo para unos y muy viejo para otros.⁴⁹

Se trata, por tanto, de un hacer teórico que no pretende sustituir los saberes y experiencias de los distintos actores sociales que apuestan por la emancipación social, ni asumiéndose sus artífices como portadores de un saber superior que habrá de apuntar los caminos a seguir.⁵⁰

No se plantea una creación de teoría *ex nihilo*, sino de aportar en un diálogo de saberes a quienes desde la reflexión de su praxis histórica van dotando permanente de sentido el quehacer por la transformación social.⁵¹ Se contribuye, pues, a una interpretación de la realidad desde las propias prácticas sociales que en medio de dificultades y contradicciones, y con niveles distintos de organización, articulación y movilización, van constituyendo una alternativa al secuestro de discurso y realidad que se viene operando desde el saber hegemónico. De esta manera, apostando por formas alternativas de racionalidad y conocimiento,⁵² se contribuye a identificar que lo dado no agota el campo de posibilidades; que existen prácticas sociales alternativas; que “otro mundo es posible”.⁵³ Así, desde el diálogo y acompañamiento, intentando articular y traducir las

⁴⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. “De la rueda y el freno. El camino hacia la democracia en Georg Lukacs y Rosa Luxemburg.” In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Facultades do Brasil, n. 18, p. 16, 2001.

⁴⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. Prólogo. In: MEDICCI, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 2011. p. 16.

⁴⁷ Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. “¿Crisis de la ideología o ideología de la crisis? Respuestas neoconservadoras.” In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, n. 13, p. 141, 1993.

⁴⁸ MONEDERO, Juan Carlos. *Estudio introductorio*. Conciencia de frontera: la teoría crítica posmoderna de Boaventura de Sousa Santos. p. 54. Disponible en: . Acceso en: 1º oct. 2012.

⁴⁹ SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Buenos Aires: Antropofagia, 2010. p. 23.

⁵⁰ Cfr. NUNES, João. “Transição paradigmática, pós-modernismo crítico e teoria social”. In: *Oficina do CES*, Coimbra: CES-FEUC, n. 81, p. 18, 1996.

⁵¹ Cfr. GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social*. Colombia: Ediciones Desde Abajo, 2006. p. 17-18.

⁵² Cfr. SANTOS, Boaventura. *Conocer desde el Sur*. Para una cultura política emancipatoria. Buenos Aires: Clacso, 2008. p. 81.

⁵³ Cfr. SANTOS, Boaventura. *Crítica de la razón indolente*. Contra el desperdicio de la experiencia. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003. p. 391, 393.

distintas prácticas y saberes, recuperando la historia marginada y la reflexión despreciada, la teoría funcionaría, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, como conciencia cartográfica de los caminos que van siendo recorridos por las distintas luchas políticas, sociales y culturales; luchas con las que mantiene una relación de influencia recíproca.⁵⁴

Esta nueva forma de entender el papel de quien se propone realizar la tarea teorizadora (pensamos particularmente en el mundo académico), exige dejar atrás la auto-referencia como sujetos privilegiados productores del saber, y asumir la demanda de entrar en un diálogo de saberes no jerárquico con esos otros a quienes hasta ahora se ha tratado como meros objetos de conocimiento; en este desafiante camino, la experiencia de la pedagogía popular latinoamericana tiene mucho que aportar.⁵⁵

Si pensamos específicamente en el campo de los derechos humanos, es necesario afirmar de manera enfática, contra ciertas teorías idealistas, que los mismos no son creaciones de intelectuales visionarios que posteriormente logran ser aterrizadas por los movimientos populares. Frente a esta concepción “platonizante” de la lucha por los derechos, es preciso reivindicar el papel protagónico de los movimientos sociales, sus saberes y sus prácticas, y de las demandas que de ellos surgen. Como afirma Boaventura de Sousa Santos

Na sua heterogeneidade, os movimentos sociais testemunham a vitalidade de uma concepção emergente dos direitos humanos a nível mundial, uma concepção cada vez menos resignada com a mera promulgação dos direitos humanos, e cada vez mais atenta às práticas quotidianas em que se satisfazem efetivamente as necessidades básicas, não só as necessidades materiais mas também as necessidades afetivas e expressivas, aquelas cuja satisfação nos confere um sentido e um lugar no mundo, num mundo de cidadãos.⁵⁶

Por ello, asumiendo una perspectiva que valore los procesos sociales, es necesario tomar las luchas históricas por los derechos como eje epistémico, contribuyendo así al empoderamiento de los diversos actores que tienen en común el horizonte de la emancipación social.⁵⁷

5 REFERENCIAS

- ADORNO, Teodor. *Dialéctica negativa*. Madrid: Akal, 2005.
- CORTINA, Adela. *La Escuela de Fráncfort*. Crítica y Utopía. Madrid: Síntesis, 2008.
- COX, Robert. *Theory Talk*, n. 37. Disponible em: <http://www.theory-talks.org/2010/03/theory-talk-37.html>. Acceso en: 1º oct. 2012.
- DUSSEL, Enrique. *Ética de la Liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión*. Madrid: Trotta, 2006.
- DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación*. Historia Mundial y Crítica. Madrid: Trotta, 2007.
- ELLACURÍA, Ignacio. Función liberadora de la filosofía. In: ELLACURÍA, Ignacio. Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989). *Escritos Políticos*, San Salvador: UCA Editores, Tomo I, 1993.
- ELLACURÍA, Ignacio. Relación teoría y praxis en la teología de la liberación. In: *Escritos Teológicos*, San Salvador: UCA Editores, Tomo I, 2000.
- ELLACURÍA, Ignacio. Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares. In: *Escritos Filosóficos*, San Salvador, UCA Editores, Tomo III, 2001.
- ETXEBERRÍA, Javier. Prólogo. In: ASIER, Martínez de Bringas. *Exclusión y victimización*. El grito de los derechos humanos en la globalización. Bilbao: Alberdania, 2004. p. 13.
- GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social*. Colombia: Ediciones Desde Abajo, 2006.
- GALLARDO, Helio. Derechos Humanos. Disponible em: http://heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&task=view&id=144&Itemid=9. Acceso en: 1º oct. 2012.
- GALLARDO, Helio. *Siglo XXI*. Producir un mundo. Toronto, Canadá: Editora Harlequin, 2006.

⁵⁴ Cfr. SANTOS, Boaventura, Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 54, p. 214-215, jun. 1999.

⁵⁵ LANDER, Edgardo. ¿Reinventar el socialismo? In: *Alternativas. Revista de análisis y reflexión teológica*, Managua: Editorial Lascasiana, a. 19, n. 43, p. 42, enero/jun. 2012.

⁵⁶ SANTOS, Boaventura. Os direitos humanos na Pós-modernidades. In: *Oficina do CES*, Coimbra, n. 10, p. 12-13, jun. 1989.

⁵⁷ Cfr. GALLARDO, Helio. *Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Gráficas Francisco Gómez, 2007. p. 312.

- GALLARDO, Helio. Sobre las generaciones de derechos humanos. Disponible em: http://heliogallardoamericalatina.info/index.php?option=com_content&task=view&id=179&Itemid=1. Acceso en: 15 marzo 2013.
- GALLARDO, Helio. Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana. In: FUNDACIÓN JUAN VIVES SURIA; DEFENSORIA DEL PUEBLO VENEZUELA. *Los derechos humanos desde el enfoque crítico*. Caracas: Fundación Juan Vives Suria, 2011.
- GALLARDO, Helio. *Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Gráficas Francisco Gómez, 2007. p. 312.
- GRUNER, Eduardo. "Los avatares del pensar crítico hoy por hoy". In: *Cuaderno de Pensamiento Crítico Latinoamericano*, Clacso, n. 44, a. 4, 15 oct. 2011.
- GUILLÉN, Maryluz. "Concepción hegemónica de los derechos humanos: la lucha de los Yukpas por su tierra". In: *Diálogo de Saberes*, n. 4. Disponible em: http://dialogosaberes.ubv.edu.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=158:concepcion-hegemonica-de-los-derechos-humanos-la-lucha-de-los-yukpas-por-su-tierra&catid=19:sumario-revista-no-4&Itemid=13. Acceso en: 19 sept. 2012.
- HERRERA FLORES, Joaquín. Prólogo al libro de Alejandro Medici *El malestar en la cultura jurídica*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 2011.
- HERRERA FLORES, Joaquín. "¿Crisis de la ideología o ideología de la crisis? Respuestas neoconservadoras". In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, n. 13, 1993.
- HERRERA FLORES, Joaquín. "De la rueda y el freno. El camino hacia la democracia en Georg Lukács y Rosa Luxemburg". In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Facultades do Brasil, n. 18, 2001.
- HINKELAMMERT, Franz. Claves de un pensamiento crítico. Entrevista a Franz Hinkelammert por Henry Mora. In: HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). *El vuelo de Anteo*. Derechos Humanos y Crítica de la razón Liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- HINKELAMMERT, Franz. *La maldición que pesa sobre la ley*. Las raíces del pensamiento crítico en Paulo de Tarso. San José de Costa Rica: DEI, 2010.
- HINKELAMMERT, Franz. Percepciones y marcos categoriales de lo político. Entrevista de Germán Gutierrez. In: DUQUE, José; GUTIÉRREZ, Germán (ed.). *Itinerarios de la razón crítica*. Homenaje a Franz Hinkelammert en sus 70 años. San José, Costa Rica: DEI, 2001.
- HORKHEIMER, Max. Teoría tradicional y teoría crítica. In: *Teoría Crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 1974.
- LANDER, Edgardo. "¿Reinventar el socialismo?" In: *Alternativas. Revista de análisis y reflexión teológica*, Managua: Editorial Lascasiana, a. 19, n. 43, enero/jun. 2012.
- MARDONES, José María. "La ideología según la teoría crítica de la escuela de Frankfurt. (M. Horkheimer, T. W. Adorno y J. Habermas)". In: *Pensamiento*, Madrid, v. 36, n. 144, 1980.
- MARDONES, José María. *Razón comunicativa y teoría crítica*. La fundamentación normativa de la teoría crítica de la sociedad. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1985.
- MARTÍNEZ de Bringas, Asier. *Exclusión y victimización*. El grito de los derechos humanos en la globalización. Bilbao: Alberdania, 2004.
- MEDICCI, Alejandro. "El arraigo de Anteo: las lecciones políticas de Joaquín Herrera Flores". In: *REDHES*, San Luis Potosí: Universidad Autónoma San Luis Potosí, n. 4, jul./dic. 2010.
- MONEDERO, Juan Carlos. Estudio introductorio. Conciencia de frontera: la teoría crítica posmoderna de Boaventura de Sousa Santos. Disponible em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/documentos/Introduccionversionfinal-Juan%20Carlos%20Monedero.pdf>. Acceso en: 1º oct. 2012.
- NUNES, João. "Transição paradigmática, pós-modernismo crítico e teoria social". In: *Oficina do CES*, Coimbra: CES; FEUC, n. 81, 1996.
- Romero Cuevas, José. "Ellacuría: una teoría crítica desde América Latina". In: *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid: UAM-Uned, n. 32, p. 7, 2008.
- ROSILLO, Alejandro. *Fundamentación de los derechos humanos desde la Filosofía de la liberación*. [201-?]. Mimeo.
- ROSILLO, Alejandro. *Derechos Humanos desde el pensamiento latinoamericano de liberación*. 2011. Tesis doctoral presentada en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Getafe, jun. 2011.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999.
- SANTOS, Boaventura. *La globalización del derecho*. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – Ilsa, 1991.
- SANTOS, Boaventura. "Porque é tão difícil construir uma teoria crítica?" In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 54, jun. 1999.
- SANTOS, Boaventura. *Crítica de la razón indolente*. Contra el desperdicio de la experiencia. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003.

SANTOS, Boaventura. *La caída del Angelus Novus*: Ensayos para una nueva teoría social. 1. ed. Bogotá: Ilsa, 2003. (Colección En Clave de Sur).

SANTOS, Boaventura. *Conocer desde el Sur*. Para una cultura política emancipatoria. Buenos Aires: Clacso, 2008.

SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.

SEMENT DE FRUTOS, Juan. Notas sobre una Teoría Crítica de los Derechos Humanos. In: *Anuario Iberoamericano de derechos humanos 2001-2002*. Río de Janeiro, 2002.

SOLÓRZANO, Norman. *Crítica de la Imaginación Jurídica*. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, 2007.

ZEMELMAN, Hugo. *Debate sobre la situación actual de las ciencias sociales*. Disponible en: http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf. Acceso en: 19 sept. 2012.

A MUDANÇA CLIMÁTICA E O IMPACTO NA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS: Alguns Elementos de Análise da Realidade Brasileira e Argentina

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.32-43>

Recebido em: 7/9/2020

Aceito em: 19/9/2020

Daniel Rubens Cenci

Pós-Doutor em Geopolítica Ambiental Latinoamericana. Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento. Professor do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais e do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – Unijui. Coordenador da Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos. Coordenador do projeto de pesquisa CNPq “O direito ambiental no contexto da sociedade de risco: em busca da justiça ambiental e da sustentabilidade”. <http://lattes.cnpq.br/2325516905314833>. danielr@unijui.edu.br

Cristian Lorenzo

Doutor em Relações Internacionais (Universidad del Salvador, Argentina). Investigador-adjunto del Centro Austral de Investigaciones Científicas (Cadic – Conicet). Docente investigador-adjunto del Instituto de Ciencias Polares, Ambiente y Recursos Naturales (ICPA) – Universidad Nacional de Tierra del Fuego, Ushuaia, Tierra del Fuego, Argentina. <http://lattes.cnpq.br/7967696680293051>. clorenzo@conicet.gov.ar

RESUMO

O tema central do presente ensaio versa sobre a mudança climática e seu impacto na agricultura e pecuária brasileira e argentina, especialmente no que respeita à geopolítica da mudança climática e a produção de alimentos. A metodologia de trabalho foi a análise crítica de documentos e legislações que dão o suporte ao atual modelo de desenvolvimento da agricultura e pecuária nos monocultivos de grande extensão, com o objetivo de compreender o alcance da adoção de práticas voltadas para a produtividade de quantitativos e o abandono da dimensão qualitativa do modelo de desenvolvimento. O enfoque da sustentabilidade emerge no texto como princípio norteador da análise e como objetivo a ser buscado e trabalhado como resultado de práticas que devem ser introduzidas como condição *sine qua non* para a mitigação dos impactos da mudança climática e processos de adaptação. As possíveis conclusões apontam para a necessidade de mudanças na racionalidade econômica e adoção de práticas identificadas com a racionalidade ambiental, que primem por atender às necessidades alimentares da região, comprometidas com o bem-estar das gerações presentes e futuras, promovendo sustentabilidade.

Palavras-chave: Mudanças climáticas. Produção agrícola. Sustentabilidade.

EL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL IMPACTO EN LA PRODUCCIÓN DE ALIMENTOS: ALGUNOS ELEMENTOS DEL ANÁLISIS DE LA REALIDAD BRASILEÑA Y ARGENTINA

RESUMEN

El tema central de este ensayo es sobre el Cambio Climático y su impacto en la agricultura y ganadería brasileña y argentina, especialmente en lo que respecta a la geopolítica del cambio climático y la producción de alimentos. Tomando como metodología de trabajo el análisis crítico de documentos y legislación que sustentan el modelo actual de desarrollo de la agricultura y ganadería, en monocultivos de gran escala, con el fin de comprender los alcances de la adopción de prácticas orientadas a la productividad de los procesos cuantitativos y el abandono de la dimensión cualitativa del modelo de desarrollo. El enfoque de la sostenibilidad emerge en el texto como principio rector del análisis y como objetivo a buscar y trabajar como resultado de prácticas que deben ser implementadas como condición *sine qua non*, para mitigar los impactos del cambio climático y los procesos de adaptación. Las posibles conclusiones apuntan a la necesidad de cambios en la racionalidad económica y la adopción de prácticas identificadas con la racionalidad ambiental, que se enfoquen en satisfacer las necesidades alimentarias de la región, comprometidas con el bienestar de las generaciones presentes y futuras, promoviendo la sostenibilidad.

Palabras clave: Cambio climático. Producción agrícola. Sustentabilidad.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Dos riscos e incertezas ao Antropoceno. 3 Mitigação e adaptação às mudanças climáticas. 3.1 Estratégias no contexto da agricultura brasileira. 3.2 Estratégias no contexto da agricultura argentina. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o aumento gradual da temperatura média do planeta e graves consequências para a humanidade e para a vida na Terra, tem sido tópico recorrente no cenário internacional. Embora a ciência contemporânea seja capaz de apontar os danos gerados pelo aquecimento global com inédita precisão, no âmbito político internacional não há reconhecimento e cooperação efetiva entre as nações para que o cuidado com o planeta seja compromisso de todos, com o consequente investimento nas políticas locais e mundiais de combate à mudança climática. Seus efeitos são nefastos em muitas áreas. No presente artigo, toma-se o enfoque do impacto destas mudanças na produção de alimentos e o comprometimento na segurança alimentar e alimentícia da humanidade como um todo. Com o objetivo de dar complementariedade ao conjunto de análises, toma-se o recorte brasileiro tanto dos principais impactos quanto das políticas locais e a (in)efetiva adesão aos projetos globais de combate à mudança climática e seus impactos.

O relatório científico divulgado pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas – IPCC –, de enorme referência, divulgado no dia 8 de outubro de 2018 na Coreia do Sul, analisa as perspectivas de limitar o aquecimento global a 1,5°C em relação ao período pré-Industrial e desta necessidade crítica de uma ação climática urgente. Aprovado por 195 governos, o documento destaca a pequena janela de oportunidades que temos para sair do perigoso caminho de aquecimento em que o mundo se encontra. O Relatório Especial sobre o Aquecimento Global indica o aumento da temperatura acima de 1,5°C. É o texto científico mais importante sobre a mudança climática, porquanto reúne centenas de especialistas dos diferentes países do mundo, construindo olhares críticos e fundamentados sobre os atuais contextos, e deve orientar as tomadas de decisão dos governos no aprimoramento de seus compromissos climáticos nacionais em relação ao Acordo de Paris, que vem sendo instituído desde sua edição em 2015. Este relatório cumpre um importante papel histórico construído mediante duras negociações entre governos após análise dos dados apresentados pelos cientistas, mas as promessas atuais dos países para reduzir as emissões são insuficientes para limitar o aquecimento global a 1,5°C, com índices que representariam colapsos em muitos ecossistemas e grandes ameaças para a humanidade.

Anthony Giddens (2010), no livro *A política da mudança climática*, aponta as causas do aquecimento global, seus possíveis efeitos e quais as soluções crê serem cabíveis na mudança de cultura necessária para que as condições climáticas não culminem numa nova grande crise ambiental com o colapso da sobrevivência humana.

Segundo o autor, as principais consequências desse aquecimento seriam: o derretimento da água congelada na cobertura de montanhas e em geleiras, a elevação dos oceanos em razão desse derretimento e da expansão térmica da água, o aumento da quantidade de nuvens, vapor de água e, consequentemente, da quantidade de chuvas, alteração das características do ambiente em diferentes regiões, entre elas o deslocamento de chuvas e ausência delas, resultando em cheias ou secas como acontecimentos extremos causados pela mudança climática. As consequências traduzem-se nos impactos em múltiplas dimensões, como altos índices de chuvas em reduzido período de tempo, agravado pelas impermeabilizações, resultando em inundações e deslizamentos com grandes impactos nas cidades, bem como a alteração de clima e umidade e a consequente modificação das condições atmosféricas com grande impacto no processo de produção agrícola e pecuária, definindo, assim, um novo momento para a produção agrícola e a segurança alimentar nas distintas regiões, entre outras.

O presente artigo apoia-se na metodologia do tipo exploratória, com análise de algumas obras de pesquisadores do tema e dados dos principais documentos internacionais, em especial estudos do IPCC, pela densidade e amplitude de seus documentos, e trata do tema das mudanças climáticas, tecendo considerações a respeito do viés socioeconômico e seus impactos para as políticas públicas que demandarão transformações de adaptabilidade aos novos contextos que a mudança climática exige, no sentido de dar sustentabilidade aos sistemas econômicos, sociais e ambientais.

2 DOS RISCOS E INCERTEZAS AO ANTROPOCENO

Os avanços referentes à coleta de dados climáticos têm facilitado a apuração do impacto das mais diversas atividades diárias contemporâneas e sua contribuição para o aumento da temperatura média do planeta. O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas das Nações Unidas (*Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC*) foi criado em 1988 e é, atualmente, referência nos estudos das variações do clima no planeta.

Os estudos constataram que o aumento da temperatura do planeta tem acelerado o degelo em regiões de congelamento permanente, nas quais a superfície gelada constitui uma espécie de capa protetora de grandes quantidades de vegetação decomposta, que, se exposta, irá liberar na atmosfera grande quantidade de dióxido de carbono. Outra causa do aumento da temperatura é o aquecimento das águas oceânicas, que as tornam mais ácidas e também aumentam o nível da emissão de gases geradores do efeito estufa, além de causar dano – que não se tem ao certo a extensão, mas sabe-se que é catastrófico – na fauna e flora marinha (IPCC, 2007).

Por mais que o aquecimento descontrolado da temperatura do planeta apresente desde já resultados preocupantes, mesmo que não apocalípticos, e a sociedade os conheça, as massas populacionais não sentem a necessidade de mudar os hábitos correntes nem de tomar posição a respeito do que acontece. Revela-se uma certa preocupação e curiosidade sobre as novas realidades, sem, entretanto, entender a gravidade da crise e distante de adotar atitudes mitigatórias. Aparenta uma não consciência dos riscos, da gravidade da crise ambiental e uma percepção de que “alguém” poderá ser afetado e “alguém” deverá tomar atitudes, mas sempre na perspectiva de que “alguém” são outros. Os riscos são iminentes, no entanto não geram comoção social suficiente para que o mercado modifique suas praxes e passe a adotar, como regra, as energias limpas, nem preste a devida atenção nas práticas de consumo cotidianas. Flui um comportamento de lucrar sobre as catástrofes, sobre os eventos extremos, sobre a desgraça alheia.

Os números são contundentes. Segundo o relatório do IPCC (2007), entre 1970 e 2004 as emissões globais de CO₂, CH₄, N₂O, HFCs, PFCs e SF₆, ponderadas pelo seu potencial de aquecimento global, aumentaram em 70% (24% entre 1990 e 2004), passando de 28,7 para 49 gigatoneladas de equivalentes de dióxido de carbono (GtCO₂-eq)². As emissões desses gases aumentaram em taxas diferentes. As emissões de CO₂ cresceram em cerca de 80% entre 1970 e 2004 (28% entre 1990 e 2004) e representaram 77% do total das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em 2004.

Esta medição do impacto das ações humanas mensurada entre 1970 e 2004, representa bem a mudança radical das práticas humanas e sua capacidade de gerar impacto no ambiente. Neste texto nos apoiamos nestes dados para identificar a principal causa da mudança climática, conforme milhares de estudos comprovam, em oposição àqueles que preferem apoiar-se apenas em dúvidas ou alguns poucos estudos, para seguir negando a dimensão antropogênica da crise atual. Assim, reconhecendo que haverá sempre na ciência um grau de incertezas, é com as clarividências que estamos trabalhando, porque sobre estas também podemos atuar, enquanto a dúvida serve apenas para aqueles que se beneficiam dela, e a grande maioria acumula impactos negativos.

De acordo com Giddens (2010), falta de consideração aos riscos inerentes às mudanças climáticas tem a ver com o “desconto do futuro”. Os maiores danos causados pela alteração da temperatura estão situados no futuro, por isso geram menos preocupação para a sociedade em geral do que os problemas do presente. A maioria das pessoas reconhece o problema do aquecimento global como real, porém não possui motivação para ativamente lutar contra suas causas, preferindo uma recompensa imediata, mesmo que isso signifique abrir mão de, futuramente, ser recompensado com algo melhor.

Uma série de políticas sobre mudança do clima estão sendo criadas mundo afora, especialmente na área da segurança energética e desenvolvimento sustentável, primeiro por ser uma área de grande contribuição para a emissão de gases estufa, segundo porque trata-se de novo produto de mercado, a energia limpa. Tais políticas têm sido parcialmente eficazes na redução das emissões de gases de efeito estufa em diferentes setores e em muitos países. A escala dessas medidas, contudo, ainda não foi grande o suficiente para fazer frente ao aumento das emissões globais, quiçá, pelo modelo de crescimento econômico que requer a cada dia mais energia e mais barata, em nome da geração de produtos com potencial de concorrência entre indústrias e, ao final, submetendo-se à lógica de mercados.

Os combustíveis fósseis têm papel central no desenvolvimento econômico desde a Revolução Industrial e do avanço das técnicas de extração, respectivamente. O crescimento da economia, porém, perde sentido no momento em que deixa de considerar os aspectos de bem-estar, social e individual. Neste ponto, os visíveis efeitos do aquecimento global demonstram que, apesar de se possuir reservas de combustíveis fósseis para as próximas décadas, não é recomendável que a utilização destes se mantenha como a principal fonte energética, pela sua condição limitada e pelas suas características e potencial altamente impactante e contaminante.

Igualmente, o carvão representou a ascensão da indústria no modelo que se apresenta hoje em dia, reduzindo consideravelmente a necessidade do emprego de força humana na produção em massa. No contexto social estadunidense, a energia gerada por um ser humano, em contraponto à gerada pelo combustível que alimenta as mais diversas máquinas usadas no dia a dia, chega-se à conclusão de que o cidadão médio, para manter seu estilo de vida, usa, por meio de combustíveis, a energia produzida pelo equivalente a 150 seres humanos. Do ponto de vista energético é um combustível seguro, por outro lado, do ponto de vista ambiental tem potencial devastador, seja pela fuligem, seja pelos gases que emite quando da queima. Apesar de conhecermos seus impactos nefastos ao ambiente, o carvão segue atualmente entre as principais fontes de energia da China, país hegemônico na atividade industrial internacional. Neste contexto, Jeremy Rifkin (2013) mostrou que o preço do barril de petróleo atingiu, em julho de 2008, o preço de US\$ 187, seu pico. O ocorrido deve-se ao fato de que a cada dia mais os produtos da cadeia industrial são feitos e/ou movidos por combustíveis fósseis. Além de ser matéria-prima de uma grande quantidade de combustíveis automotivos, é também ingrediente de fertilizantes, tintas, borrachas, plástico, entre outros. O petróleo movimenta grandes quantidades de capital, fato que dificulta o questionamento da dependência do mercado acerca deste; no entanto, crises enfrentadas pelo aumento do preço do barril abrem espaço para que se possa revisar as prioridades da indústria e reavaliar a segurança energética proporcionada pelo combustível fóssil em questão.

A importância de examinar o impacto dos combustíveis fósseis na economia mundial reside no fato de que, enquanto os lucros provenientes da exploração de atividades que contribuem com o aquecimento global superarem os lucros de qualquer outro setor da economia, será cada vez mais difícil adotar novos meios de geração de energia, como a eólica, termoelétrica, das ondas do mar, solar, biomassa, sem uma intervenção radical estatal globalizada. De outro lado, a mudança apenas na legislação e na tributação não trará os resultados almejados, pelo menos não a longo prazo, uma vez que os governos dos países democráticos possuem tempo determinado no poder, sendo necessário que a preocupação com a mudança climática transcenda os ideais políticos de cada vertente, além de o engajamento popular representar grande força nos debates. Neste sentido, Giddens propõe, entre outras, duas dimensões fundamentais: convergência política e convergência econômica.

A convergência política concerne na valoração positiva da política da mudança climática quando comparada a outros objetivos políticos. Diz respeito ao alcance desta política no âmbito social e à capacidade que tem de inovar e influenciar o modo de vida atual (GIDDENS, 2010). Por exemplo, políticas públicas que culminam na diminuição da emissão de carbono, tais como diminuição do uso de automóveis individuais. Já a convergência econômica trata das vantagens econômicas auferidas por aqueles que busquem inovar no sentido de aliar a redução da emissão com as táticas de mercado. Ou seja, evitar que empresas sejam prejudicadas na competição, que é o mercado, se buscar incorporar na sua filosofia de trabalho métodos que não contribuem com o aquecimento do planeta, ou com grande responsabilidade na mitigação deste impacto. Acredita, porém, que abstenções individuais não constituem o caminho mais eficaz para fazer frente ao aumento gradual da temperatura.

O problema deve transcender a dimensão do individualismo, em se tratando de buscar mudanças que afetarão diretamente a existência do ser humano no planeta. Igualmente não se pode rotular a luta contra a emissão de gases geradores do efeito estufa como sendo ideologicamente de esquerda ou de direita. Neste sentido, surgem os acordos internacionais. O mais recente deles, o Acordo de Paris de 2015, no seu artigo 2º estabeleceu os seus principais objetivos, sendo eles:

- (a) Manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e evitar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e os impactos da mudança do clima; (b) Aumentar a capacidade de adaptação aos impactos negativos da mudança do clima e promover a resiliência à mudança do clima e um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa, de uma maneira que não ameace a produção de alimentos; e (c) Tornar os fluxos financeiros compatíveis com uma trajetória rumo a um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa e resiliente à mudança do clima.

Este representou o primeiro acordo de caráter efetivamente global que diz respeito a como o mundo lidará com a mudança climática, reunindo, na ocasião, 195 países. O Brasil, ao prestar o compromisso de cumprir o acordo, vinculou-se às metas de reduzir a emissão de carbono em 37% até 2025 e 43% até 2030, tendo como referencial a quantidade emitida no ano de 2005 (BRASIL, 2015).

O debate sobre o controle de gases estufa é preocupante. O Protocolo de Quioto, de 1997, estabelece obrigações quantificadas de limitação ou redução diferenciadas de emissões para os países industrializados e os países não industrializados e diferentes obrigações em relação à mudança do clima. A própria Convenção reconhece que a parcela das emissões globais, originárias dos países em desenvolvimento, crescerá para que eles possam satisfazer suas necessidades sociais e econômicas. Em muitos desses países, as emissões podem aumentar em consequência das políticas de redução da pobreza, por exemplo, levar eletricidade às áreas rurais ou remotas. O objetivo comum, contudo, é um futuro em que o desenvolvimento se baseie em soluções menos intensivas em carbono, com base em critérios de sustentabilidade, o que requereria investimentos dos países desenvolvidos nos países em desenvolvimento, bem como transferência de tecnologias ambientalmente adequadas. Mesmo com documentos construídos em bom nível, sua efetivação nunca foi realidade pelo não cumprimento, especialmente a destinação dos recursos, que deveria ser realizada pelos países industrializados.

Segundo o Protocolo, o Brasil não tem o dever de estabelecer limites de emissões dos gases estufa, porém esta obrigatoriedade é estabelecida no Acordo de Paris. Conforme este acordo, o país assume a meta de redução de 37% nas emissões até 2025, tendo como ponto de partida as emissões de 2005 e a possível redução de 43% das emissões até 2030.

A análise do alcance da crise e colapso ambiental é preocupante. Também seus impactos na vida das pessoas e na economia de maneira geral. Dados do Fórum Global Humanitário (2009) mostravam que 325 milhões de pessoas sofriam em decorrência das mudanças climáticas, das quais 315 mil morrendo a cada ano por suas graves consequências; as perdas materiais anuais aproximavam-se de U\$S 125 bilhões; dos mais de 6 bilhões de seres humanos na Terra em 2010, hoje 7 bilhões, 4 bilhões estão ameaçados de alguma forma pelos efeitos das mudanças climáticas, e 500 milhões enfrentam risco extremo. De acordo com esse relatório, os efeitos das mudanças climáticas constituem o operar de uma crise silenciosa, que assume as formas de fome ou doenças, mas também se mostra em ciclones, inundações ou ondas de calor, impactando mais fortemente as populações economicamente mais desfavorecidas.

A humanidade modificou o Planeta Terra de forma tão intensa que entramos no antropoceno, a época em que humanos substituíram a natureza como a força ambiental dominante na Terra. Como característica marcante da vida no antropoceno, verifica-se o aumento da frequência dos fenômenos climáticos extremos. Isso já está acontecendo. O ano de 2015 bateu uma série de recordes climáticos nunca antes registrados pela ciência. Registros de que foi o ano mais quente da história, com cerca de 1°C mais quente do que a temperatura do planeta antes da industrialização. Também é o ano que mais se registraram eventos extremos, como furacões, tornados e vendavais, das categorias mais fortes no mundo. Secas como as que acontecem em São Paulo e no Nordeste brasileiro, e tempestades como as que castigam o Sul do Brasil, serão mais frequentes, conforme já projetavam estudos do IPCC (2007).

A Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO) alerta para outros aspectos diretamente vinculados à produção de alimentos, como a perda da biodiversidade, cujos impactos podem causar perdas significativas na produção de alimentos se não forem tomadas providências imediatamente. Por um lado, pela perda direta da qualidade do solo, das águas e do ar, e, por outro, impactos indiretos, consequência dessas mudanças, como perda da biodiversidade em geral, tornando os processos menos férteis, nas florestas, campos, manguezais, águas de maneira geral. Tais impactos apontam para perdas superiores a 50% das plantas, 11% das aves, mais de 20% dos insetos polinizadores, e começam a comprometer a capacidade dos sistemas produtivos, sobremaneira a produção de alimentos.

Apesar do conjunto de impactos, estudos comprobatórios e evidências da grave crise ambiental e seus impactos, é possível que os sinais e evidências da mudança climática em curso sejam banalizados, provocando uma certa aceitação – como se fosse fatalidade – dificultando a elaboração e a instituição das necessárias políticas preventivas. Esse comportamento paradoxal é apontado por Giddens (2010) como um sinal de que a mudança climática ainda não é tangível no cotidiano das pessoas. Resulta daí que as pessoas não agem e, assim,

a dinâmica social na qual estão inseridas faz com que somente comecem a agir para enfrentar os efeitos das mudanças climáticas quando já forem visíveis, o que faz com que seus impactos sejam, então, possivelmente catastróficos.

É neste sentido que se analisa o colapso ambiental e as possibilidades mitigatórias e de adaptação à nova realidade, porquanto, se trata de uma mudança multidimensional, socialmente estrutural, dos processos de produção ao consumo de cada cidadão, pois mudanças para sair de uma crise estrutural, nunca antes imaginada, exigirá alterar as lógicas históricas de crescimento, desenvolvimento, prosperidade e bem-estar, numa revisão da relação do homem com a natureza, com o manejo nos processos produtivos e com a compreensão de que o planeta é, efetivamente, uma casa comum e requer atitude de todos os atores.

3 MITIGAÇÃO E ADAPTAÇÃO ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Tomando por referência o papel central na produção de alimentos para a região da América Latina, bem como da capacidade e volumes de exportação do Brasil e da Argentina, construímos, a seguir, algumas análises referentes às políticas de desenvolvimento, produção de alimentos e os diferentes impactos das políticas aplicadas no setor agropecuário. Estes elementos permitem compreender alguns fundamentos do risco produzido e não assumido pelo denominado agronegócio na região, e, ao mesmo tempo, revelam as escolhas mercadológicas e os confrontos geopolíticos regionais e globais no debate sobre segurança alimentar e desenvolvimento.

3.1 Estratégias no Contexto da Agricultura Brasileira

As múltiplas manifestações da alteração do clima requerem responsabilidade e aprofundamento das análises para compreender, com a profundidade que o tema exige, os impactos no processo de produção agrícola e pecuária no contexto brasileiro.

Reconhecer que falar em mudanças do clima é uma maneira suave de falar do aquecimento global, da crise socioambiental multifacetada, do agravamento dos impactos e da utilização da palavra relativamente recente no trato do tema da mudança climática, que é o colapso dos sistemas naturais e sistemas produtivos de alimentos, justifica rememorar que o comprometimento da biodiversidade, do empobrecimento gradativo e acelerado do solo, da poluição da água e do ar, na confrontação com o aprofundamento das desigualdades, da superficialidade e fragilidade dos sistemas democráticos e da grande lacuna que se abre na distribuição da riqueza, tendo um crescimento demográfico desordenado, agrava o quadro de miséria no mundo.

Diante de tal realidade e da dificuldade de criação de medidas efetivas de mudanças nas práticas causadoras do aquecimento global, cabe abrir um novo período de análises para entender como é possível mitigar os impactos e construir capacidades de adaptabilidade ao período que estamos batendo à porta. Para além das catástrofes diárias que o mundo enfrenta, a vulnerabilidade urbana e rural, decorrente da realidade climática, requer novas condutas.

A nova realidade tem apresentado dificuldades de efetivação das metas de combate às causas da emissão dos gases estufa, especialmente na produção agrícola e pecuária, por meio do crescente desmatamento e das queimadas, respectivamente práticas vinculadas à produção de soja e da criação de gado. Tais práticas têm comprometido as metas 2020 e 2030 de estabilização e redução da emissão de gases estufa pelo Brasil, ocasionando, em primeiro lugar, um desrespeito aos compromissos assumidos internacionalmente, notadamente no Acordo de Paris, e, em segundo lugar, uma certa legitimação de práticas arcaicas no modelo de desenvolvimento que tem se mostrado perdulário com as temáticas ambientais, e em terceiro lugar perdas de biodiversidade geral que, apesar de evidentes, pouco são tomadas em consideração nos cálculos das perdas econômicas.

Assim, ante o aumento da pobreza e, portanto, da dependência interna de alguns países e mesmo externa entre países, cabe indagar se a região latino-americana, especialmente o Brasil, está preparado para adaptar-se a um processo de construção de outras alternativas ao modelo posto.

Nos sistemas de produção, baseados em práticas agrícolas de alto uso de produtos químicos, especialmente agrotóxicos, desenvolvidas em monoculturas de grande extensão, promovendo o avanço do desmatamento como estratégia de ampliar índices de produção, um avanço de produtividade com descontrolado

químico que tem dado causa à contaminação de águas, do solo, do ar, destruindo ecossistemas, no uso de energias não renováveis, que, fundamentalmente, seguem dando lastro ao aquecimento global, entre outros, a indagação é se queremos e se temos decisão política para instituir outros modelos de produção, respeitosos com a natureza e com o ritmo de produção e produtividade suficientes para garantir segurança alimentar, sistemas que respeitem a estrutura agroflorestal e as dinâmicas da natureza, com a radicalidade necessária para falar em sistemas sustentáveis.

Um estudo denominado “Aquecimento Global e a nova Geografia da Produção agrícola no Brasil”, realizado por pesquisadores da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) e da Universidade Federal de Campinas (Unicamp) (ASSAD; PINTO, 2008), apresenta importantes informações acerca de como o aquecimento global pode alterar a geografia da produção agrícola do Brasil. O estudo avaliou os impactos que o aquecimento global deverá causar às principais culturas agrícolas do país nas próximas décadas.

Foram estudadas as culturas do café, algodão, arroz, cana-de-açúcar, feijão, girassol, mandioca, milho e soja, além das pastagens e gado de corte. Segundo o estudo, nas próximas décadas as mudanças do clima devem ser tão intensas que poderão ocasionar modificações na geografia da produção agrícola nacional, chegando ao ponto de municípios, que hoje figuram entre os grandes produtores de grãos, não o serem mais a partir de 2020, agravando-se a cada década com perdas significativas. De maneira geral, os pesquisadores observaram que o aumento de temperatura pode provocar uma diminuição de regiões aptas para o cultivo dos grãos e a migração da capacidade de produção dentro do território brasileiro, devendo ocorrer uma transferência de produção com a migração de cultivos para regiões que apresentem condições climáticas mais propícias às culturas. Isso implicaria o desaparecimento da cultura da mandioca na região do semiárido, com alto impacto na segurança alimentar, uma vez que é a principal fonte de alimentação humana em todo o nordeste brasileiro, e a diminuição do plantio do café no Sudeste, consequência da baixa condição de sobrevivência desta cultura na região. Por outro lado, a Região Sul passaria por uma grande mudança de cultivos, pois ao sofrer uma redução do risco de geadas se tornaria propícia ao plantio de mandioca, de café e de cana-de-açúcar. A região, no entanto, não seria mais apropriada ao cultivo da soja, por estar mais sujeita a estresses hídricos.

Trata-se, todavia, de cenários projetados a partir de uma condição de vulnerabilidade diversa apresentada, o que requer diferentes sistemas ou formas de produção agrícola que possam apresentar distintos graus de enfrentamento da vulnerabilidade aos efeitos da mudança climática, e podem ser, eventualmente, atenuados por intermédio do desenho de estratégias de adaptação apropriadas.

No que respeita à emissão dos gases de efeito estufa no Brasil, as atividades agropecuárias representam o maior desafio, pois emite-se o dobro da média global para esse tipo de emissão (FEPAM, 2010). Um inventário preliminar, entretanto, ainda não mostra o efeito das queimadas e desmatamento provenientes da expansão agrícola. O desmatamento, contudo, tem sido apontado como responsável por aproximadamente 60% das emissões dos gases de efeito estufa no Brasil e vinculado ao fato de que 75% das emissões de gás carbônico do país são provenientes das queimadas na Amazônia (MARENGO, 2007).

Observa-se um grave paradoxo, por um lado. Um modelo de desenvolvimento expansionista e com base nas monoculturas, requer áreas de terra mais amplas para aumentar a produção, enquanto esta expansão ocorre às custas da supressão de matas, especialmente a floresta amazônica, promovendo dois danos graves, sendo um a redução das florestas e outro a promoção de queimadas com altos índices de emissão de gases de efeito estufa. No caso brasileiro, agrava-se o quadro pelas posições adotadas pelo governo no âmbito federal, pois apresenta grande adesão ao discurso do agronegócio assentado nas práticas referidas e mesmo pela dificuldade de aceitar os dados científicos referentes ao aquecimento global e à interferência humana neste processo. Assim, o campo para pensar políticas agrícolas e agrárias que harmonizem os processos produtivos, com apoio aos sistemas agroflorestais com perspectivas de sustentabilidade, não faz parte dos recursos orçamentários no atual contexto. Ao contrário, a área ambiental tem sofrido frequentes e sucessivos cortes de recursos financeiros, redução de capacidade de trabalho em nome de ajustes estruturais, esvaziando este debate desde as pesquisas nos espaços acadêmicos até o corte de orçamento para a efetivação das políticas que vinham estimulando as iniciativas agroecológicas, orgânicas, solidárias, integradas, de âmbito familiar e local.

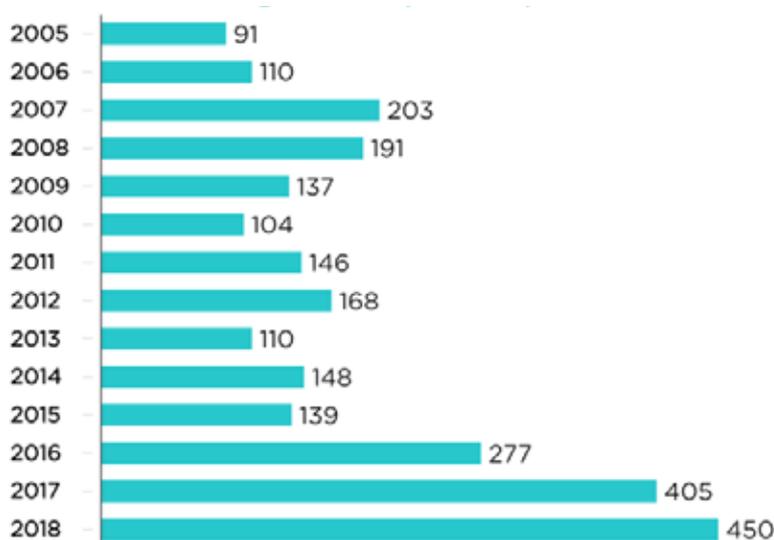
A lógica de avaliação do crescimento econômico pelo crescente aumento dos índices de produção constitui uma dimensão importante para o contexto geral, porém há um conjunto expressivo de contradições. Os impactos ambientais a médio e longo prazos estão comprometidos. O descolamento das preocupações com

o equilíbrio ambiental demonstra que ainda não está incorporado o conjunto das dimensões indispensáveis para pensar a sustentabilidade. A noção e o compromisso político na dimensão intergeracional e na necessária cooperação entre os povos para consecução dos objetivos do milênio, denotam um distanciamento comprometedor entre a crise e o colapso climático ambiental e a urgência de mudanças. Prepondera a quebra de compromissos políticos locais e globais pela opção político-ideológica de governos, distanciando-se dos propósitos de nação e de país com fundamental importância na região da América Latina, bem como sua pujança e importância pelos cenários internacionais.

É bem verdade que não é apenas um problema do Brasil e tampouco latino-americano. Temos assistido descompromissos com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nos diferentes temas e nas distintas regiões do mundo. Apresenta-se um quadro desafiador de reconstrução de compromissos comuns pela sustentabilidade. A lógica de mercado é insuficiente para estabelecer os compromissos ambientais que o contexto exige, bem como as atuações governamentais não têm dado conta de estabelecer limites satisfatórios nas práticas de produção, tanto industriais quanto agropecuárias. Veja-se o tema da oferta de produtos agrotóxicos proibidos em vários países e permitidos por vários países latino-americanos, destacadamente o Brasil. Não poderá a ciência e a política permanecerem inertes ou silenciadas pelo poder econômico mercantil que avança descontroladamente em grande parte das nações e imaginarmos um resultado adequado do ponto de vista das responsabilidades socioambientais. Casos como dos Estados Unidos da América, imitados pelo Brasil. As bancadas de poderes legislativos, pressionadas pelos grupos econômicos multinacionais, se submetem a laudos, nem sempre reconhecidos pela ciência, ou já reconhecidamente problemáticos pela comunidade acadêmica internacional, mas que por lobbies econômicos, vinculados ao denominado agronegócio, acabam aprovados e postos em circulação para consumo.

Os dados da realidade brasileira demonstram crescimento vertiginoso do uso das técnicas químicas como única prática para os processos de produção agropecuários. Veja-se alguns dados.

Gráfico 1 – Número de agrotóxicos aprovado por ano no Brasil



Fonte: MAPA (2019).

Segundo o Ministério da Agricultura, até 4 de março de 2019 o governo de Jair Bolsonaro (PSL) havia liberado 74 produtos relacionados a agrotóxicos, 58 deles já formalizados mediante publicação no Diário Oficial da União. Agora, o país passa a ter mais de 2.000 produtos agrotóxicos liberados para comercialização. De acordo com dados do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em 2018, durante o governo de Michel Temer (MDB), foram aprovados 450 registros, um recorde histórico. O Ministério da Agricultura afirmou ao jornal Folha de São Paulo que o aumento nos registros vem ocorrendo em razão de “uma maior agilidade da Anvisa nas análises toxicológicas”. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é responsável por avaliar o grau de toxicidade dos produtos.

As análises apontam para a necessidade de retomada dos debates sobre o tema da produção de alimentos no Brasil. Por outro lado, as possibilidades de delimitar as práticas de usos deliberados de produtos químicos restam profundamente fragilizadas, porquanto, fica clara a opção governamental do Brasil pela liberdade ao mercado, no sentido de não estabelecer controles e responsabilidades claras em prol dos consumidores, favorecendo apenas os negócios.

3.2 Estratégias no Contexto da Agricultura Argentina

A Argentina assinou o Acordo de Paris em 2015. Desde então, uma série de ações relacionadas foram realizadas. O referido acordo entrou em vigor em 1º de setembro de 2016, conforme Lei Nacional número 27.270/2016, pela qual foi criado o Gabinete Nacional de Mudanças Climáticas, o Compromisso Federal de Mudanças Climáticas, a Contribuição Nacional revisada (NDC) foi preparada, os planos de ação setoriais começaram a ser debatidos e foram elaborados um Plano Nacional de Mitigação e o Plano Nacional de Resposta às Mudanças Climáticas. Desde dezembro de 2019, a Argentina possui uma lei nacional sobre a mudança climática. Juntas, essas ações respondem pelas prioridades e decisões tomadas pelos governos argentinos (Mauricio Macri 2015-2019 e Alberto Fernández, desde 2019), que afetam o presente e o futuro do país, bem como pelos compromissos internacionais assumidos como Estado argentino. Ainda será necessário um desenho jurídico e institucional para a Argentina planejar seu comportamento futuro em diferentes setores da economia, bem como quais serão suas contribuições no âmbito regional e planetário. Tudo isso apresenta uma questão central na redução de emissões de gases estufa. Essa é uma primeira aproximação que requer mais investigações.

Um dos aspectos associados à assinatura do Acordo de Paris pela Argentina é sua articulação com a política climática na esfera doméstica. Aqui reside um dos seus desafios políticos. Isso inclui várias negociações entre atores em âmbito nacional para definir os compromissos que cada setor assumirá para a contabilidade nacional, referindo-se às emissões de gases emitidos para a atmosfera. Na mitigação, por exemplo, os setores em que essas reduções entram em jogo são Transporte, Indústria, Agricultura e Energia. Além disso, essas negociações referem-se a um processo que não está associado a uma revisão do pedido atual. Outro componente associado ao plano doméstico está relacionado ao estabelecimento de marcos regulatórios no âmbito das províncias.

Essa escala de análise é interessante em um país com as características e estrutura federal como a Argentina, mostrando que a perspectiva internacional não é necessariamente uma questão distante da vida das pessoas. Pelo contrário, os compromissos internacionais assumidos pelo Estado argentino estão relacionados à vida de seus habitantes. Em relação a este tópico, a contabilidade climática supramencionada abre uma discussão sobre modelos de desenvolvimento no plano provincial, em que, da mesma forma que no âmbito nacional, envolve propostas de interesse de atores, de diferentes setores e com diversas capacidades. Este é um processo que ainda está em construção, em aberto portanto.

Com relação ao impacto na mudança climática na Argentina, deve-se notar que ela não se manifesta de maneira homogênea em todo o seu território. Isso é importante por causa do impacto potencial que ela tem na agricultura, que é o setor que estamos enfatizando neste trabalho. Conforme indicado na comunicação da Argentina para a Convenção do clima, projetam-se cenários que aumentam as temperaturas altas e as chuvas extremas, como um elemento comum e transversal. Embora haja margens de incerteza associadas a essas estimativas, projeta-se que as maiores mudanças seriam relativas ao aumento da temperatura e não às chuvas. Além disso, em termos geográficos, o aumento projetado de temperatura é maior no norte do que no sul do país. Essa variabilidade, associada às mudanças climáticas, estabelece uma realidade que requer uma abordagem abrangente das políticas públicas, porque o que está em jogo é a vida das gerações presentes e futuras na Argentina.

Com relação ao setor agrícola, na Argentina, segundo a Direção Nacional de Estatísticas Externas – Indec –, o complexo de exportação mais importante, em 2019, foi a soja, com uma participação de 26% (16.943 milhões de dólares) do total. Nesse ano, suas principais parcerias comerciais foram a União Europeia (US \$ 3404 milhões), a Ásia (US \$ 3301 milhões), a China (US \$ 3,198 milhões) e a Índia (US \$ 1659 milhões). É possível conhecer a origem provincial das exportações associadas ao complexo de soja. O mesmo relatório indica que, de todas as exportações de 2019 (65.115 milhões de dólares), a região econômica do Pampa foi a mais relevante em termos de troca comercial em toda a Argentina, com 16.377 milhões de dólares. Essas estatísticas

mostram que, no perfil de inserção internacional da Argentina, o complexo de exportação de soja é predominante, e também indica que está concentrado em uma série de províncias da Argentina, localizadas no centro e no centro-leste do país. Mostra, ainda, que existe uma dependência focada na China e na Índia, países que importam uma quantia maior, em termos de milhões de dólares, para todos os países que compõem a União Europeia e a Ásia juntos.

Se o setor agrícola está ligado às mudanças climáticas na Argentina, é necessário levar em conta a capacidade setorial de emitir gases de efeito estufa na atmosfera. Das emissões totais consideradas no país, a agricultura representa 38% (138.934 MtCO₂eq) incluídas agricultura, pecuária e silvicultura. Esses dados mostram que se trata de um setor da economia que, apesar de gerar divisas para o Estado argentino, ao mesmo tempo é um dos setores mais poluentes do território. Um modelo de desenvolvimento que atualmente apoia a maneira de se inserir no mercado agroalimentar internacional que o Estado argentino possui e que deve ser questionado.

Compreender a ordem agrícola atual na Argentina exige levar em consideração sua dinâmica temporal. Nesse sentido, é nos anos 90 que esse modelo começa a surgir, cuja configuração exigia uma série de componentes, como decisões de políticas públicas que favoreciam a desregulamentação do setor agrícola, a introdução de sementes geneticamente modificadas e o uso de glifosato. Nesse modelo, os beneficiários passaram pelas empresas dedicadas à exportação de soja, muitas multinacionais. Assim, segundo Miguel Teubal ([2006?]).

A política mãe que possibilitou uma importante mudança institucional na política agrária e que serviu de base para essas transformações foi o decreto de desregulamentação de 1991. Com base nessa medida, foram eliminados os organismos que existiam entre os anos 1930 e este ano. O Conselho Nacional de Grãos, o Conselho Nacional de Carnes, a Direção Nacional do Açúcar etc., organizações cujo objetivo era regular a atividade agrária (por exemplo, manter os preços de apoio à produção de cereais em apoio aos produtores de pampas). Desde então, o setor agrícola argentino se tornou um dos menos regulamentados do mundo, sujeito como nenhum outro, aos altos e baixos da economia mundial. Essas e outras medidas adotadas durante os anos 90 contribuíram para o desaparecimento de inúmeras fazendas, principalmente as que possuíam menos de 200 hectares. Outro marco importante a favor do modelo da soja geneticamente modificada – GM, foi o lançamento da semente GM Roundup Ready (RR) no mercado em 1996. Desde então, o agronegócio de grandes empresas do sistema agroalimentar se consolidou no país. Foi assim que o Estado favoreceu o modelo de soja. Esse suporte foi estendido ao domínio inicial. Embora tradicionalmente houvesse um regime legal que permitisse aos produtores agrícolas reproduzir suas próprias sementes, surgiram pressões de grandes empresas internacionais de sementes (principalmente Monsanto) para limitar essa prerrogativa, forçando o produtor agrícola a pagar royalties pelo seu uso e proibindo a possibilidade de reproduzi-lo mesmo para uso próprio.

Esse modelo ainda persiste e, diante dos efeitos das mudanças climáticas na Argentina, é necessário prestar atenção a alguns sinais que fazem parte do presente e que estão criando novas possibilidades. Nesse sentido, até agora não se percebe que isso mudará no curto ou no médio prazos. De qualquer forma, isso não significa que seja o melhor possível em termos de sustentabilidade ambiental. Recentemente, o ministro do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Argentina, Juan Cabandié, no âmbito de uma reunião virtual da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Senado, questionou um dos pontos centrais do modelo de produção dominante do setor, afirmando que o glifosato, ou veneno, contamina os lençóis freáticos e o rosto das crianças é pulverizado em escolas rurais e centros urbanos. Existem mortes por glifosato. Se fizéssemos um exame de sangue, ficaríamos muito alarmados. Se fizéssemos um estudo com glifosato no prato de comida, ficaríamos alarmados. Infelizmente, isso não tem geografia. Isso atinge todos os lugares. A contaminação tem a característica de não ter lugar físico.

Diante dessas afirmações sobre o uso de agroquímicos, setores predominantes da agricultura intensiva, com base no uso de herbicidas, se opõem.

Para avaliar as possibilidades de mudar o modelo de produção, supramencionado, é necessário dar conta de um fato conjuntural: hoje estamos vivendo uma pandemia que afeta todos os setores da economia argentina. Nesse contexto, a revisão de um modelo de desenvolvimento parece improvável. De qualquer forma, é importante mencionar que não é a última alternativa possível. Como exemplo, diferentes municípios argentinos estavam trabalhando na construção de um paradigma alternativo, baseado na ideia de agricultura sem agrotóxicos. Essa forma de produção alternativa à de escala industrial é aquela construída em espaços como a

Rede Nacional de Municípios e Comunidades que promovem a Agroecologia – Renama. Desvendar a consolidação da forma produtiva dominante no âmbito agrícola, intimamente relacionada à inserção internacional da Argentina, requer tempo e, principalmente, uma situação favorável, no espaço político e econômico. Em todo esse contexto, é auspicioso que uma maneira de conceber a agricultura tenha sido institucionalizada, como alternativa à predominante. A isto se acrescenta que a Argentina possui experiências agroecológicas, que têm visibilidade internacional. Nesta linha de questionamento do modelo predominante, o canal de televisão alemão Deutsche Welle (também conhecido por seu acrônimo DW) publicou, em 12 de fevereiro de 2019, em seu *site*, um vídeo, no qual revelava uma leitura político-ecológica, clareando quais são os impactos que prevalecem na forma atual de produção e enfatizando o futuro possível que está em construção pela agroecologia.

A Argentina é o terceiro maior produtor mundial de alimentos e um dos principais exportadores de soja GM e seus derivados. Estima-se que 400 milhões de litros de agroquímicos são despejados por ano em suas lavouras, substâncias que por deriva ou aplicação direta também atingem alimentos, os quais, como o glifosato, são questionados por seus efeitos negativos na saúde humana. A sociedade civil começa a se mobilizar contra a agricultura industrial e o uso de agroquímicos (DEUTSCHE VELLE, 2020).

Enquanto isso, as prioridades associadas às mudanças climáticas estão vinculadas a outras que também fazem parte da agenda política do Estado argentino.

Embora enfrente-se um problema em escala global, cada um dos países tem seus próprios desafios no âmbito interno. A Argentina, assim como o Brasil, é um país muito rico em recursos naturais e com altos graus de desigualdade interna, com uma alta porcentagem da população abaixo da linha da pobreza. Soma-se a isso uma realidade estrutural financeira e conjuntural das economias, profundamente impactadas pela pandemia da Covid-19.

É para o conjunto desses elementos que o futuro dos países exige pensar em uma série de variáveis, dentre as quais, sem dúvida, a mudança climática, como uma questão transversal a todas as suas políticas públicas. As possibilidades, portanto, de construir um futuro sustentável, em um contexto de mudança climática, exigem a revisão da forma dominante de produção e o incentivo a alternativas que beneficiem a maioria das gerações atuais e futuras. As mudanças climáticas, nesse sentido, podem servir como um fator externo que exige mudanças para se adaptar a um futuro que, embora esteja sendo construído, ainda é incerto. Em um período de grandes avanços tecnológicos, da cultura da inovação e da adoção das novas tecnologias, é fundamental retomar princípios do meio ambiente que orientam desde o direito até as práticas produtivas, numa ecologia com biodiversidade preservada, com as estruturas de sustentação da vida tomadas em harmonia com os eixos da terra, água, ar, energia e calor, como condições de reprodução da vida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É urgente discutir os rumos do modelo de desenvolvimento do tempo presente. Os grandes avanços tecnológicos não equacionaram os problemas da pobreza e da miséria. Num tempo de acelerados processos produtivos, geramos produtos e mal podemos entender como as escolhas políticas ainda permitem que persista milhões de pessoas em estado de necessidade e morrendo, pois o acesso aos bens lhe é sonogado. Entre as conquistas do mundo natural e o domínio da natureza pela força humana, impera uma noção de poder que induz a civilização no que diz respeito ao uso da terra e aos cuidados com o meio em que habita. O Planeta Terra, ao longo de sua extensa cronologia, foi palco de grandes extinções. Sempre, no entanto, recuperou-se no intervalo de poucos milhões de anos, embora as populações nele residentes tenham tragicamente encontrado seu fim.

A crise atual mostra-se mais social que ambiental. Por um lado, porque a coesão social sobre a crise ambiental é muito frágil e acaba por potencializar a própria crise climática, pois as possibilidades de ações tornam-se fragmentadas e frágeis. Neste sentido, cabe repensar os eixos tomados para as análises que possam promover as mudanças capazes de mitigar efetivamente os impactos da mudança climática e realização das adaptações necessárias que permitam seguir vivendo o bem-estar no presente e preservando o ambiente para o bem-estar das futuras gerações, promovendo a sustentabilidade.

Mitos de fundamentar nos números da economia é o suficiente para satisfazer as necessidades humanas; é aposta numa verdade parcial e frágil. O discurso do desenvolvimentismo carrega sempre um propósito de que a exuberância da economia derramará benefícios para satisfazer às necessidades de todos. Assiste-se, entretanto, processos de acumulação de terras, de riquezas, de condições de vida, que, por um lado, produzem a opulência, e, por outro, a carência. Neste sentido, resta claro o argumento sempre presente de que, para atender às necessidades de todos, é preciso expandir usos da terra, da água e do ambiente em geral. Acreditamos, porém, que, sem garantir acesso à educação de qualidade para todos, serviços de saúde, segurança, trabalho com remuneração justa, seguiremos reproduzindo versões equivocadas de sociedade.

Outro campo que necessita avançar é a própria democracia, garantindo espaços de participação e construções coletivas de voluntariado social do conjunto da sociedade, para que analise e defina as ações capazes de solucionar os problemas. O Estado precisa garantir justiça social, não necessariamente pela sua atividade, mas pela ação inteligente e reguladora do modelo de sociedade e desenvolvimento. Enfim, não se trata apenas de problemas ecológicos e ambientais, mas socioambientais, reestabelecendo equações de equilíbrio do homem com a natureza, do uso respeitoso do ambiente como casa comum, para a qual cada um dedica o melhor de seus conhecimentos e ações para o bem-estar presente e futuro. Neste sentido, o sentimento de onipotência, característico do *homo sapiens*, deve ser reposicionado no campo dos saberes. Agregar às pautas políticas o enfrentamento das atividades causadoras do aquecimento global não é uma questão apenas de salvar o planeta, uma vez que a humanidade não é detentora do poder necessário para destruí-lo, mas de garantir que a qualidade de habitabilidade para seres humanos perdure por mais tempo do que o presente e revele compromisso com as gerações futuras no mais profundo sentido da sustentabilidade.

5 REFERÊNCIAS

- ACORDO DE PARIS. 2015. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/Acordo_Paris.pdf. Acesso em: 24 jul. 2018.
- ARGENTINA. *Lei 27.270 de 01/09/2016*. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27270-265554>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- ARGENTINA. *Lei 27.520, 19/12/2019*. Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Câmbio Climático Global. Acesso em: 25 ago. 2020. ASSAD, E. D.; PINTO, H. S. (coord.). *Aquecimento global e cenários futuros da agricultura brasileira*. São Paulo: Embrapa; Unicamp, 2008. 84 p.
- BRASIL. República Federativa do Brasil. *Pretendida contribuição nacionalmente determinada para consecução do objetivo da convenção-quadro das nações unidas sobre mudança do clima*. 2015. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/BRASIL_iNDC_portugues.pdf. Acesso em: 24 jul. 2018.
- COSTA, L. C. *Mudanças climáticas: vulnerabilidade na agricultura*. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.ecolatina.com.br/pdf/anais/6.../LuizClaudioCosta.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2019.
- DEUTSCHE WELT. Disponível em: <https://www.dw.com/es/los-guardianes-de-la-tierra-agroecolog%C3%ADa-en-argentina/av-48309045?maca=es-EMail-sharing>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- FEPAM. Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luis Roessler. *Inventário de GE*. Apresentação da metodologia. 7 maio 2010. Disponível em: www.fepam.rs.gov.br/Documentos_e_PDFs/GEE/InventarioGEE.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020.
- FÓRUM GLOBAL HUMANITÁRIO. 2009. Disponível em: <https://refunitebrasil.wordpress.com/2009/06/24/refugees-united-participa-do-forum-humanitario-global-2009/>.
- GIDDENS, Anthony. *A política da mudança climática*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. 314 p.
- IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. *Organization*. 2007. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/organization/organization.shtml>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- MARENGO, J. A. *O impacto das mudanças climáticas no Brasil*. CPTEC/INPE. 2007. Disponível em: http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Mudanca_clima_Brasil-IPCC_2001.pdf. Acesso em: 15 mar. 2019.
- MAPA. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. 2019. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expres-so/2019/03/11/Como-est%C3%A1-a-libera%C3%A7%C3%A3o-de-agrot%C3%B3xicos-no-governo-Bolsonaro>. Acesso em: 2 maio 2019.
- RENAMA. Rede Nacional de Municípios e Comunidades que promovem a Agroecologia. Disponível em: <http://www.renama.org/>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- RIFKIN, Jeremy. *Energizing the third industrial revolution*. 2013. Disponível em: <https://www.energy.siemens.com/us/pool/hq/energy-topics/publications/living-energy/pdf/issue-08/Industrial-Revolution-Rifkin-Living-Energy-8.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.
- TEUBAL, Miguel. *Expansión de la soja transgénica en la Argentina*. [2006?]. Disponível em: <https://www.vocesenelfenix.com/content/expansi%C3%B3n-de-la-soja-transg%C3%A9nica-en-la-argentina>.

PROPUESTAS DE RESISTENCIAS Y “RE-EXISTENCIAS” DESDE LA AMAZONÍA ECUATORIANA: El Caso del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku y las Luchas Antiextractivas¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.44-55>

Recebido em: 7/9/2020
Aceito em: 19/9/2020

Juliane Rodrigues Teixeira

Doctorado en Estudios Americanos, Universidad de Santiago de Chile. Bolsista de doctorado – Agência Nacional de Investigação e Desenvolvimento (Anid) – Governo do Chile. Investigadora visitante do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal. <http://lattes.cnpq.br/6299033315193253>. juliane.rt@gmail.com

RESUMEN

El artículo examina las acciones de resistencias y “re-existencias” propuestas desde la Amazonía ecuatoriana, destacando otras narrativas, epistemologías, ontologías y prácticas de algunos actores que luchan contra el modelo hegemónico extractivista y proponen alternativas, como los pueblos y nacionalidades indígenas de Ecuador. De esta forma, a través del examen al caso del Pueblo de Originario Kichwa de Sarayaku, ubicado en la Amazonía ecuatoriana y sus luchas de resistencia contra las transnacionales petroleras y el Estado ecuatoriano, y “re-existencias” por medio de propuestas como el *Sumak Kawsay*, el “buen vivir”, y el *Kawsak Sacha*, la ‘selva viviente’, se evidencian las alternativas construidas a partir de otras racionalidades, asociadas a sus sistemas propios de vida. La metodología utilizada es de carácter cualitativo, a partir de la revisión bibliográfica de fuentes primarias y secundarias provenientes de diferentes ámbitos de las Ciencias Sociales.

Palabras-clave: Amazonía. Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku. Resistencias. “Re-existencias”. Luchas antiextractivistas.

PROPOSTAS DE RESISTÊNCIA E “RE-EXISTÊNCIAS” DA AMAZÔNIA EQUATORIANA: O CASO DO POVO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU E AS LUTAS ANTE EXTRATIVISTAS

RESUMO

O artigo examina algumas ações de resistência e “re-existências” provenientes da Amazônia equatoriana, destacando outras narrativas, epistemologias, ontologias e práticas de alguns atores que lutam contra o modelo extrativista hegemônico e propõem alternativas, como é o caso dos povos e nacionalidades indígenas de Equador. Desta forma, por meio da análise do caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku, localizado na Amazônia equatoriana, abordam-se as suas lutas de resistência contra as empresas petrolíferas transnacionais e o Estado equatoriano e as propostas de “re-existência”, como *Sumak Kawsay*, o “bem viver”, e *Kawsak Sacha*, a “selva viva”, construindo alternativas desde outras racionalidades associadas aos seus próprios sistemas de vida. A metodologia ocupada é de caráter qualitativa, com base na revisão bibliográfica de fontes primárias e secundárias de diferentes áreas das Ciências Sociais.

Palavras-chave: Amazônia. Povo Originário Kichwa de Sarayaku. Resistências. “Re-existências”. Lutas antiextrativistas.

SUMÁRIO

1 Introducción. 2 Explotación del petróleo y el predominio del modelo extractivista en la amazonia ecuatoriana. 3 Las propuestas de resistencia: el caso sarayaku versus ecuador. 4 Las propuestas de “re-existencias”: el *sumak kawsay* y el *kawsak sachá*. 5 Consideraciones finales. 6 Referencias.

¹ Este artículo es producto de la tesis doctoral “La emergencia indígena y su incidencia en el pensamiento internacional latinoamericano: Un estudio de los casos de Ecuador y Bolivia en principios del siglo XXI”.

1 INTRODUCCIÓN

El artículo aborda las acciones de resistencias y “re-existencias” de pueblos y comunidades amazónicas, específicamente del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku, ubicado en la provincia de Pastaza, en la parte sur de la Amazonía ecuatoriana. Se resalta el caso emblemático de la lucha contra los consorcios transnacionales petroleros y el Estado ecuatoriano, buscando resistir y defender sus territorios, sistemas de vida ancestrales y cosmovisiones, así como las propuestas que emergen desde este mismo espacio, propuestas de “re-existencias” fundamentadas en los conceptos del *Sumak Kawsay* y *Kawsak Sacha*.

Precisamente, pensar desde la Amazonía permite insertar las voces de actores tradicionalmente silenciados en el mundo académico, posibilitando mirar la región desde una perspectiva poscolonial y decolonial que evidencia esta invisibilidad, pero que contribuye a inserir otras propuestas que trascienden el espacio académico, incidiendo en los debates políticos, en textos constitucionales y en la formación de políticas públicas que pueden ser alternativas a algunos problemas actuales.

Se destaca que, tradicionalmente, el poblamiento y el desarrollo de la región amazónica ha estado condicionado por el paradigma eurocéntrico y racionalista que fundamenta las relaciones duales entre la sociedad y naturaleza, apoyado en un modelo de crecimiento económico lineal e infinito sostenido por de la explotación constante de los recursos naturales, considerados como recursos inagotables. Por ende, se torna cada vez más importante modificar estos patrones de desarrollo mediante el uso racional de las riquezas naturales y de los saberes ancestrales de las poblaciones que habitan la Amazonía, tomando en cuenta los conocimientos acumulados a lo largo del tiempo, atribuyendo importancia a sus habitantes.

Justamente, la región amazónica se caracteriza por presentar varias dicotomías y disputas. Es un espacio en que se desarrollan distintos proyectos geopolíticos. Entre estas dinámicas se sobresalen la existencia de movimientos de oposición a la apropiación irracional de los recursos naturales llevados a cabo por diversos actores, como es el caso de los pueblos indígenas, que históricamente han luchado por sus derechos y han propuesto alternativas al modelo de desarrollo dominante.

En efecto, la región puede ser considerada como un espacio de encuentros y desencuentros en que se acentúan elementos como la diversidad humana, civilizacional, ambiental, epistemológica y ontológica, además de su rol estratégico para enfrentar la actual crisis ambiental global. Así, es un espacio de encuentro entre intereses globales y locales que traen consigo distintos saberes que disputan su significado junto a la presencia de dicotomías como explotación, protección; desarrollo, preservación; modernidad y ancestralidad.

Se considera importante abordar los conflictos que ocurren en países amazónicos, como es el caso de Ecuador, dado que es tanto un país amazónico, ya que la Amazonía representa casi 50% de su superficie geográfica, como un país petrolero que depende fundamentalmente de la extracción de este recurso para su economía, en que gran parte de las reservas se encuentran justamente en la región amazónica, lo que torna más complejo las dinámicas llevadas a cabo en la región. La situación se complica aún más en la medida en que se ha transformado en un Estado plurinacional, a partir de la Constitución de 2008, atribuyendo una mayor autonomía a los pueblos y nacionalidades indígenas del país, como es el caso del Pueblo Originario de Sarayaku.

Así, se tornan relevantes los múltiples actos de oposición de las comunidades ancestrales, como son las luchas contra la actuación de las transnacionales petroleras en función de la expansión neocolonial intensificada por el sistema neoliberal contemporáneo, como el caso de las luchas llevadas a cabo por el Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku, buscando preservar sus sistemas ancestrales de vida.

Además de la resistencia, proponen “re-existencias”. La expresión “re-existencia” está asociada con las propuestas de Catherine Walsh (2017), quien resalta los mecanismos y prácticas que contribuyen con la “re-significación” y la “re-definición” de aspectos básicos, apoyados en la “auto-determinación”. Están vinculadas con las acciones sociales, políticas y epistémicas que buscan romper con los postulados hegemónicos desde una perspectiva decolonial. La autora resalta las insurgencias, resistencias y “re-existencias” de diversos pueblos en contra del despojo, la desterritorialización y las lógicas del sistema global de acumulación del capital. Asocia la “re-existencia” desde diversos ámbitos, como física, simbólica, social, cultural, espiritual y cognitiva, precisamente lo que el caso del Pueblo Originario de Sarayaku proporciona.

La metodología ocupada es de carácter cualitativo, a partir de la revisión bibliográfica de fuentes primarias y secundarias, como documentos, artículos científicos, libros y tesis de posgrado que tratan del tema, provenientes de diferentes ámbitos del conocimiento, como Sociología, Estudios del Desarrollo, Derecho y Derecho Internacional. Se resalta el uso de documentos y artículos académicos elaborados por algunos de los propios miembros de la comunidad.

El trabajo está dividido en tres partes. Primeramente, se aborda la explotación del petróleo y el predominio del modelo extractivista en la Amazonía ecuatoriana, resaltando las contradicciones y los problemas enfrentados por este modelo de desarrollo. En seguida, se abordan las propuestas de resistencias, vinculadas con la demanda del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku contra el Estado ecuatoriano, y por fin, las propuestas de “re-existencias”, abordando conceptos como el *Sumak Kawsay* y el *Kawsak Sacha*.

2 EXPLOTACIÓN DEL PETRÓLEO Y EL PREDOMINIO DEL MODELO EXTRACTIVISTA EN LA AMAZONIA ECUATORIANA

La economía ecuatoriana depende fundamentalmente de la extracción del petróleo, en que gran parte de las reservas se encuentran en la región amazónica, región con gran diversidad socioambiental y cultural. Los ingresos petroleros han representado casi la mitad de la recaudación estatal, estando el proceso de desarrollo nacional fuertemente asociado a la volatilidad de los precios de la *commodities* a nivel internacional.

Luego, se considera que el desarrollo económico ecuatoriano está fundamentado en el extractivismo como un modo particular de extracción y explotación de los recursos naturales, como las extracciones mineras y petroleras. Generaron altos niveles de contaminación, deforestación e impactos sobre la biodiversidad y las formas de vida de las poblaciones locales al privilegiar las actividades económicas direccionadas a la exportación (GUDYNAS, 2015). Están inseridas en las lógicas del mercado global que requieren la aceleración del ritmo de la producción o explotación de los recursos, sin tomar en cuenta las consecuencias socioambientales y culturales de este proceso, llevando al agotamiento de los recursos e incluso al agotamiento de las capacidades de readaptación de la naturaleza, dado la forma irracional de la producción del sistema capitalista contemporáneo (BAUTISTA, 2019).

El caso del petróleo en Ecuador, así como ocurre en otros países de nuestra región, evidencia la “paradoja de la abundancia”, dado que la riqueza de recursos naturales no se transforma en desarrollo del bienestar de la amplia mayoría población, sino que distorsiona la estructura a partir de la asignación desigual de los recursos económicos obtenidos con los procesos extractivistas, concentrando la mayoría de los beneficios económicos en los sectores que detienen mayor poder, o incluso siendo transferidos a otros países, generalmente países del centro del sistema internacional. De este modo, los países extractivistas, cuyas economías se han desarrollado primordialmente a partir de la extracción y explotación de los recursos naturales difícilmente han logrado avanzar en el desarrollo económico y social de la mayoría de la población (BERRÍOS; CUEVAS, 2014).

En este sentido, Alberto Acosta (2011) hace referencia a la “paradoja de la abundancia” y a las experiencias históricas y las evidencias recientes que señalan el vínculo entre la pobreza de diversos países y la abundancia en recursos naturales, ya que la mayoría de los países ricos en recursos naturales sustentan sus modelos económicos en la extracción y exportación, generando problemas asociados a la dependencia de estos recursos para financiar sus modelos de desarrollo interno.

De acuerdo con el referido autor, el extractivismo puede ser considerado como un mecanismo de apropiación de los recursos naturales de carácter colonial y neocolonial, adquiriendo diversas formas a lo largo del tiempo al adaptarse a las exigencias de materias primas necesarias para el desarrollo industrial y el bienestar social del Norte Global, asociado con cada período histórico, generando pocos beneficios en las naciones extractivas. Ha sido una constante en la política, económica y social a lo largo de la historia de los países del Sur Global, con distintos grados de intensidad. Así, en América Latina, la dependencia durante el período colonial, a través de la extracción y exportación de materias primas se ha mantenido a lo largo de la historia, con otros matices (ACOSTA, 2011).

Pese que las actividades extractivistas poseen una historia que remonta a los tiempos coloniales, ha adquirido cada vez mayor relevancia en las últimas décadas, convirtiéndose en un elemento importante que incide en la reestructuración territorial, generando impactos ambientales a gran escala, así como efectos eco-

nómicos, políticos, sociales y culturales amplios, como es el caso de los conflictos en la Amazonía. Es un fenómeno que ocupa un papel central en las dinámicas políticas, económicas, sociales y culturales del continente (GUDYNAS, 2015).

Según el Pueblo Originario de Sarayaku (2009), los antecedentes de la actividad petrolera en la región, que remontan a principios del siglo 20, incidieron en los procesos de desarrollo y ocupación del territorio amazónico, definiendo las políticas públicas aplicadas para resguardar los intereses de las petroleras por encima de los derechos de los pueblos amazónicos. Luego, resaltan como la existencia de recursos petrolíferos ha condicionado y afectado gravemente el modo de vida de poblaciones ancestrales, llevando a la injerencia de poderes externos que buscan dominar la región.

Agregan que el boom petrolero corresponde al período de 1971 hasta 1981, momento en que la renta proveniente de la explotación del petróleo creció en la economía nacional, ampliando la exportación de petróleo y la dependencia hacia el producto. No obstante, resaltan las consecuencias negativas, como el aumento de la deuda externa y la injerencia de instituciones financieras internacionales en el país. De este modo, la actividad petrolera ha sido la principal fuente económica del país durante un largo período junto al crecimiento de la deuda externa, respaldado justamente por los ingresos del petróleo, problema que sigue hasta la actualidad (PUEBLO..., 2009).

En efecto, las consecuencias de las actividades extractivas en ecosistemas más frágiles, como es el caso de la Amazonía, inciden en las poblaciones que tradicionalmente han tenido modelos y sistemas de vida armónicos y en equilibrio con la naturaleza, siendo estas relaciones alteradas a partir del ingreso de las empresas extractivistas a sus territorios, estimulando la acción colectiva de resistencia de estos grupos, generando conflictos socioambientales que requieren, además de analizar los daños ambientales causados, examinar las violaciones a los derechos humanos y a los derechos colectivos de estos grupos (ARCOS HERVA, 2016).

Justamente, el Pueblo Originario de Sarayaku (2009) resalta los altos costos socioambientales vinculados al boom petrolero, especialmente los impactos negativos en la parte norte de la región amazónica, local donde se ha extraído mayor cantidad de petróleo: Texaco² como la transnacional protagonista del boom petrolero en el país, operando en la región amazónica desde 1964 hasta 1990, contaminó el territorio, las aguas y el aire de la región, transformando el boom petrolero en un posterior desastre socioambiental y cultural, vinculado con las inversiones mínimas en la búsqueda de mayores ganancias, sin tomar en cuenta los impactos ambientales y sociales generados a lo largo del período de explotación, siendo Petroecuador empresa que sigue con la operación, manteniendo la contaminación en la región.

Eduardo Gudynas (2015) resalta el notable aumento de las actividades extractivistas contemporáneamente en América Latina, apoyado en los altos precios de las materias primas en principios del siglo 21, junto al aumento de la demanda internacional, especialmente debido al ascenso de China en la economía global.³ Sin embargo, los cambios generados por los gobiernos progresistas⁴ en las actividades extractivas en las últimas décadas en la región no han logrado ser direccionados hacia la superación de la modalidad de acumulación y desarrollo económico extractivista. Siguen sustentados en la importancia de los sectores extractivistas como elemento central de sus modelos de desarrollo, generando nuevos modelos de extractivismos que mantienen la estructura de acumulación hegemónica (ACOSTA, 2011).

² Es importante destacar el juicio en contra de la compañía por parte de pueblos y nacionalidades indígenas y campesinos del Ecuador. Además de los daños ambientales, sociales y culturales a las comunidades, pueblos y nacionalidades ancestrales de la zona, como los Cofán, Kichwa, Secoya y Waorani, se destaca también la extinción de los pueblos ancestrales Tetete y Sansahuari. El juicio evidenció los problemas técnicos de la empresa al ocupar la tecnología a bajo costo para maximizar sus lucros, sin la preocupación por las consecuencias socioambientales generadas por la explotación del petróleo, ocupando métodos prohibidos por ley en Estados Unidos (ACOSTA, 2015).

³ No obstante, la llegada al fin del período de crecimiento económico en 2014 se da precisamente por la caída de los precios de las *commodities*, como reflejo de los cambios en la estrategia de desarrollo interno de China, que pasó a priorizar la expansión de su mercado interno, afectando América Latina (LARREA MALDONADO; BRAVO; SAÉNZ, 2017).

⁴ En el caso ecuatoriano, Larrea Maldonado, Bravo e Saénz (2017) resalta las políticas ambientales de carácter progresista que predominaron en los primeros años del gobierno de Rafael Correa, como el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza y la Iniciativa Yasuní ITT, propuesta en 2007, que proponía la preservación del área de explotación de petróleo a cambio de la instauración de un fondo internacional. No obstante, apunta a los cambios a partir de 2009, momento en que el gobierno pasó a ejecutar una estrategia de carácter extractivista, cancelando la Iniciativa Yasuní ITT en 2013, iniciando su explotación en 2016, sin tomar en cuenta la caída en el precio del petróleo en el mercado internacional. Resalta la extracción petrolera en nuevos campos, y el fuerte impacto ambiental, junto al bajo uso de tecnología con menores impactos en la explotación petrolera en el país.

De este modo, Acosta (2011) resalta el neoextractivismo. Señala que mantiene las formas de inserción internacional subordinada y funcional a la globalización hegemónica, beneficiando al capitalismo transnacional a costas de los impactos sociales y ambientales generados por la intensificación de las actividades extractivas. No obstante, apunta a algunos cambios importantes, como el incremento de la presencia y del papel activo del Estado en la actividad, a través de acciones directas de las empresas estatales, o indirectas, evidenciando una postura nacionalista que atribuye mayor importancia al acceso y control de los recursos naturales por parte del Estado, así como sobre los beneficios financieros originados por la extracción de estos recursos, llevado a una mejor redistribución de la renta petrolera en el país.

Considera que la postura de carácter nacionalista de los gobiernos progresistas cuestiona el control de los recursos naturales por parte de las transnacionales, buscando beneficios económicos que puedan ser redistribuidos entre toda la colectividad nacional, a través de la capitación de una mayor parte del excedente proveniente del sector. Entretanto, no problematiza la extracción, ni los problemas socioambientales y culturales generados en los territorios en que estas actividades son llevadas a cabo. Estos gobiernos utilizan estos recursos en los programas sociales, lo que legitima la manutención de las actividades de explotación, tornándose cada vez más indispensables para lograr combatir la pobreza y alcanzar el desarrollo de la región (ACOSTA, 2011).

En este mismo sentido, el intelectual boliviano Rafael Bautista (2019) considera que las acciones de los gobiernos progresistas pueden haber sido antineoliberales, pero siguieron sosteniendo el capitalismo en su modelo hegemónico, especialmente a partir de los ideales de la modernidad eurocéntrica, como es el progreso infinito, base epistémica de la racionalidad moderna que hoy está en crisis, teniendo en cuenta que la naturaleza, como proveedora de recursos naturales, no es infinita.

Carlos Larrea Maldonado (LARREA MALDONADO; BRAVO; SAÉNZ, 2017), asesor técnico de la Iniciativa Yasuní ITT⁵, resalta el boom económico vivenciado en Ecuador durante el período de 2004 hasta 2014, llevando al crecimiento económico y a la mejoría de la calidad de vida en el país. Pero, debido a la vulnerabilidad económica y social, la caída de los precios de las *commodities* en el mercado internacional ha llevado a la crisis, dado la baja diversificación económica y productiva llevada a cabo durante el período del boom económico.

De este modo, pese los logros y avances conquistados durante este período, el país no ha logrado superar los obstáculos de lo que denomina la “maldición de la abundancia”, lo que explica como los límites estructurales que son obstáculos para que los países cuyo desarrollo depende de la exportación de recursos primarios, como es el caso del petróleo y los minerales, de lograr un crecimiento económico estable a lo largo del tiempo⁶, logrando también diversificar su producción (LARREA MALDONADO; BRAVO; SAÉNZ, 2017).

Sobre la concepción de la naturaleza proveedora de recursos de modo infinito, el referido autor advierte sobre la disminución de la capacidad de extracción de petróleo en los campos petrolíferos más antiguos del país, así como el aumento de la demanda interna por el producto, lo que disminuyó la exportación de petróleo en los últimos años. Considera que las extracciones futuras de petróleo son restringidas en Ecuador, dado que las estimativas de reservas petroleras permiten la explotación continua de petróleo por solamente 20 años, lo que lleva a la posterior dependencia de la descubierta de otros yacimientos, así como los problemas

⁵ La Iniciativa Yasuní ITT fue un proyecto que buscó garantizar la protección de la Amazonía y de sus comunidades, propuesto por Rafael Correa en 2007, comprometiéndose a no explotar las reservas de petróleo ubicadas en el Parque Nacional Yasuní, en la Amazonía ecuatoriana, a cambio de la colaboración de la comunidad internacional a través de la compensación de 50% de los recursos que el país recibiría por la explotación del petróleo en esta zona, contribuyendo a la mitigación de cambio climático al no emitir gases efecto invernadero, tampoco explotar la parte del ecosistema vulnerable. Entretanto, fracasa, dado la falta de recursos obtenidos, llevando a la posterior explotación petrolera en la región (BERRÍOS; CUEVAS, 2014). Hidalgo-Capitán y Cubillo Guevara (2019) consideran que las acciones de resistencias, buscando la manutención del petróleo bajo tierra por parte de la comunidad de Sarayaku fue una influencia para iniciativa Yasuní ITT.

⁶ Según Carlos Larrea Maldonado, Bravo e Saénz (2017), a lo largo de 45 años, el desempeño económico del país ha sido de carácter tanto débil, como inestable, frente a las constantes fases de expansión y crisis. Resalta los períodos de crecimiento económico del país asociados al boom petrolero de 1972 hasta 1982, y del período neoextractivista de 2004 hasta 2014. Estas fases fueron seguidas por períodos largos de estancamiento económico y ajustes neoliberales, como el período entre 1982 y 2004, así como el período actual, asociado a una nueva baja en los precios de las *commodities* en el mercado internacional desde 2014.

asociados a la minería, dado la baja rentabilidad de las reservas de cobre y oro que se estima que existan, evidenciando cada vez más la inestabilidad e insostenibilidad de mantener el desarrollo del país fundamentado en el modelo extractivista (LARREA MALDONADO; BRAVO; SAÉNZ, 2017).

Además, señala los altos costos ambientales de las actividades extractivistas en los países periféricos, así como los conflictos socioambientales en estos territorios, planteando la importancia de buscar alternativas a partir de otros paradigmas alternativos al desarrollo. Considera necesario pensar el desarrollo asociado a la efectiva mejoría en la calidad de vida de la mayor parte de la población, respetando los límites de los ecosistemas naturales y la diversidad social y cultural existente a través de alternativas económicas que llevan a la equidad al mismo tiempo en que mantengan la sustentabilidad. En este sentido, resalta la biodiversidad única presente en el país, así como la diversidad cultural, asociadas al buen vivir, que pueden servir de alternativas económicas, pero que son desperdiciadas por los gobiernos de turno (LARREA MALDONADO; BRAVO; SAÉNZ, 2017).

En este mismo debate, Gudynas (2015) menciona las dimensiones del extractivismo, la local, asociada a territorios específicos, en que se generan las externalidades, y la apropiación de estos recursos por el mercado global. Asocia el extractivismo a las resistencias a los emprendimientos en territorios particulares, como es el caso de la Amazonía, vinculado con las movilizaciones ciudadanas que se intensifican contemporáneamente.

Por consiguiente, el mismo Pueblo Originario de Sarayaku (2009) destaca las resistencias indígenas frente los ingresos de las industrias extractivistas en su territorio buscando frenar la expansión de la frontera extractivista en la Amazonía ecuatoriana. Los conflictos empiezan en la década de 1980 en la región, ampliando la participación política de las organizaciones indígenas de la Amazonía.

3 LAS PROPUESTAS DE RESISTENCIA: EL CASO SARAYAKU VERSUS ECUADOR

El caso del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku puede ser considerado como un caso emblemático de una comunidad contra las políticas públicas que benefician a las grandes transnacionales, por encima de los derechos humanos y colectivos de los pueblos ancestrales que han tenido sus territorios intervenidos por estas empresas. Resalta la importancia de la comunidad y su resistencia a la actividad petrolera durante décadas, promoviendo una campaña internacional en contra de la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana, rechazando las ofertas económicas y los diálogos con las compañías, consolidando la resistencia a las actividades extractivistas.

De acuerdo con documentos de la propia comunidad presentados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la demanda contra el Estado de Ecuador, el problema se intensifica con la concesión petrolera del Estado a la Compañía General de Combustibles (CGC), de Argentina, sobre el Bloque 23 que comprende parte del territorio del pueblo de Sarayaku, en 1996. Este hecho ocurrió sin la debida participación de la comunidad a través de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado y sin la realización de estudios de impactos sociales y ambientales necesarios. De esta forma, destacan el rechazo del Pueblo de Sarayaku a la petrolera que no fue tomado en cuenta por el Estado. La entrada de la compañía al territorio ancestral con el apoyo estatal generó impactos en la biodiversidad y deforestación del territorio, incidiendo en la manutención del modo de vida comunitario, evidenciando las vulneraciones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas por parte del propio Estado ecuatoriano (PUEBLO..., 2009).

En 2002, tienen inicio las incursiones de la empresa petrolera al territorio de Sarayaku, sin tomar en cuenta la prohibición votada en la Asamblea de la comunidad, lo que ha llevado al pueblo de Sarayaku a tomar medidas legales en las instancias nacionales desde este entonces, logrando decisiones judiciales que suspendían las actividades del bloque. Entretanto, la empresa violó dichas prohibiciones al seguir con los trabajos en territorio ancestral (MELO, 2004). Las demandas buscaban la garantía de la integridad de su territorio, así como la integridad física de sus habitantes y el derecho a la libre circulación y ejercicio de la autonomía junto a la manutención de su sistema propio de vida (ARCOS HERVA, 2016).

La estrategia legal llevada a cabo por la comunidad, juntamente con la estrategia de incidencia política, ha logrado ampliar el espacio de visibilidad del caso en el ámbito nacional e internacional, incrementando la capacidad de resistencia frente al Estado y la petrolera, culminando con la demanda en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos luego que la justicia interna fuera incapaz de garantizar la preservación de los derechos humanos y colectivos de la comunidad. El caso fue elevado al ámbito internacional a partir

de 2003, logrando la concesión de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la CIDH, luego reafirmadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la posterior desistencia de la transnacional petrolera en seguir con las actividades extractivas (MELO, 2004).

La ampliación del conflicto entre el consorcio petrolero y la comunidad ocurre cuando se realizaron trabajos en la zona, tallando árboles considerados sagrados para la comunidad, sin consultarla. Esto fue visto como una agresión a la comunidad y su sistema de vida (HIDALGO-CAPITÁN; CUBILLO-GUEVARA, 2019). Además, la propia comunidad destaca el abandono de explosivos utilizados para la explotación sísmica, generando problemas ambientales y sociales que impiden el libre uso del territorio por parte de la comunidad, evidenciando un peligro para la salud y la vida de sus habitantes, afectando a zonas de caza, pesca y zonas sagradas y áreas con plantas medicinales esenciales para mantener el bienestar de la población. Esto ha incidido directamente también en la cultura y la espiritualidad del pueblo, afectando la cosmovisión y el sistema de vida comunitario (PUEBLO..., 2009). Hasta la fecha, los explosivos se mantienen enterrados en el territorio de Sarayaku, evidenciando una medida que no fue totalmente cumplida por parte del Estado ecuatoriano, establecida en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CARCELÉN, 2017).

La comunidad señala la concesión de medidas de protección por parte de la CIDH, reafirmadas por la Corte, concluyendo que existían violaciones cometidas en contra del pueblo de Sarayaku por parte del Estado. En 2003, la CIDH solicitó al Estado ecuatoriano adoptar medidas cautelares de protección a la integridad física y a la vida de sus integrantes, especialmente de los líderes de la comunidad, además de proteger el territorio a favor del pueblo de Sarayaku (PUEBLO..., 2009). Entretanto, los intereses prioritarios del gobierno estaban asociados con la ampliación de la frontera petrolera, minimizando la defensa de los derechos humanos y colectivos de la comunidad (MELO, 2004).

La sentencia fue emitida por la Corte, en 2012, a favor de la comunidad de Sarayaku, considerando que el Estado atentó en contra del derecho a la consulta de la comunidad, así como atentó en contra del derecho a la propiedad comunitaria indígena, y a los derechos de la vida, integridad y libertad personal de sus habitantes, culminando con la falta de garantías y protección judicial al pueblo de Sarayaku. La comunidad logró evidenciar la responsabilidad internacional de Ecuador por violaciones a sus derechos humanos y colectivos (ARCOS HERVA, 2016).

Luego, el caso de Sarayaku expone las debilidades en las políticas públicas de derechos humanos y colectivos de países dependientes de la explotación de recursos naturales, privilegiando los intereses de las industrias extractivas y las ganancias generadas por estas para financiar sus economías, pese la violación a los derechos humanos de una parte de la población. Así, este caso permite reflexionar sobre las estrategias de desarrollo económico adoptadas por los Estados sin la debida preocupación por las consecuencias socioambientales y culturales en los territorios donde las actividades extractivistas son llevadas a cabo, incidiendo negativamente en los sistemas de vida de las comunidades (MELO, 2004).

Al mismo tiempo, el caso evidencia la capacidad de organización del Pueblo Originario de Sarayaku y sus acciones de resistencia frente a las actividades extractivistas en su territorio. Son acciones que trascienden el espacio nacional al llegar a las instancias internacionales buscando resguardar su territorio de acuerdo con sus concepciones propias de vida y de mundo, construyendo formas de “re-existencias”.

4 LAS PROPUESTAS DE “RE-EXISTENCIAS”: El *Sumak Kawsay* y el *Kawsak Sacha*

El Pueblo Originario de Sarayaku (2009) destaca la importancia del contacto con la naturaleza y la constante búsqueda por preservar sus tradiciones y regenerar la flora y fauna de la región. Su cosmovisión está apoyada en el *Kawsak Sacha*, es decir, en la ‘selva viviente’, el espacio en donde se producen emociones psicológicas, físicas, espirituales y la vida, como elemento esencial de sus cosmovisiones. Para sus habitantes, la selva y todo lo que se encuentra en el territorio poseen vida y dimensión espiritual, así la tierra y la selva son proveedores de energía y de vida.

De esta manera, se resalta la dimensión espiritual sagrada del territorio que está presente en su cosmovisión, en que el mundo animal se encuentra protegido por los espíritus superiores. Engloba a todos los elementos, como ríos, montañas y la tierra como espacios donde habitan los espíritus considerados fuentes de vida, de conocimiento y de identidad. Por ende, dentro del *Kawsak Sacha*, todo está entrelazado, actuando

en reciprocidad y complementariedad a través de una red que conecta a todos los seres vivos presentes en la selva, razón por la cual apuntan a la preservación de la vida en todos los sentidos, dado que todo posee energía y vida, como los seres humanos (PUEBLO..., 2009).

Franco Viteri (2004), uno de los líderes del Pueblo Originario de Sarayaku, destaca las formas de resistencias desde los ámbitos políticos y jurídicos, en que se encuentra presente la connotación espiritual de las luchas, asociada a la cosmovisión del pueblo que apunta a la naturaleza como la base fundamental del sistema de vida comunitario. Así, enfatiza las dimensiones de las luchas y las resistencias de Sarayaku, contribuyendo a la construcción del Estado plurinacional⁷ a través de otras formas de construcción del orden económico, apoyadas en la justicia social, y en los derechos económicos, políticos, sociales y culturales propios de los pueblos indígenas, asociadas a las históricas demandas de autodeterminación de los pueblos y nacionalidades indígenas del país.

José Gualinga (2017), otro de los líderes del Pueblo Originario de Sarayaku, resalta la importancia del *Kawsak Sacha*, la ‘selva viviente’, para lograr el *Sumak Kawsay*. Floresmilto Simbaña (2011), uno de los líderes del movimiento indígena ecuatoriano considera que el *Sumak Kawsay* es un concepto que está generando diversos debates en los ámbitos políticos y académicos al formar parte de la estructura normativa de las Constituciones de Ecuador y Bolivia⁸ y ser un elemento importante en los discursos del movimiento indígena frente al neoliberalismo. Está asociado a la memoria histórica de los pueblos originarios.⁹

Considera que el *Sumak Kawsay* forma parte de un sentido de vida que ha estado presente en la memoria larga de las comunidades indígenas de la región andina y amazónica como un modelo ético que organiza la vida en comunidad, precisamente el sistema de vida andino y amazónico. Antes de la colonización europea, este sentido de vida auxiliaba en la organización de las comunidades. El *Sumak Kawsay* ha sido rescatado después de siglos de intervención colonial, volviendo a ser practicado por las comunidades (SIMBAÑA, 2011).

Los pilares del *Sumak Kawsay* expuestos por el Pueblo Originario de Sarayaku, para la construcción del propio buen vivir hacen hincapié en los rechazos a las actividades petroleras en su territorio; plantea la autodeterminación; la implementación de un modelo económico propio en equilibrio con la selva amazónica; el desarrollo de sus propios conocimientos, salud propia y energías alternativas; busca contribuir a la construcción del Estado plurinacional y democrático en el país. El concepto también es ocupado por otros sectores del movimiento indígena en sus reivindicaciones (CRESPO, 2017).

Vale la pena también mencionar las tensiones entre la concepción del *Sumak kawsay*, inicialmente propuesta por el movimiento indígena ecuatoriano y la posterior traducción al ‘buen vivir’ y la incorporación al proyecto de desarrollo del gobierno de Rafael Correa, simbolizando un concepto en disputa. En este sentido, se observan las dificultades de traducir conceptos que no encuentran correspondencia exacta en otros idiomas, lo que puede tornar sus significados más amplios. Esto es precisamente lo que sucedió con las traducciones del *Sumak Kawsay* y *Suma Qamaña* para el “buen vivir”, presente en la Constitución de Ecuador, y el ‘vivir bien’, presente en la Constitución de Bolivia (LLASAG, 2017).

De esta manera, el *Sumak Kawsay* de los pueblos amazónicos, asociado a la cosmovisión indígena, animista y holística, señala la importancia de la selva que abarca los habitantes, tanto humanos, como no humanos, que deben mantenerse en relación de armonía. Desde esta visión, los seres humanos no son considerados seres superiores a la naturaleza, por lo tanto, no poseen el derecho de apropiarse de ella. En el contexto actual, puede expresarse en las acciones que buscan recuperar la identidad y resaltar las formas de resistencia de los pueblos indígenas, especialmente frente al despojo de sus territorios (LARREA MALDONADO; BRAVO; SAÉNZ, 2017).

⁷ La plurinacionalidad transforma la institucionalidad tradicional del Estado-nación moderno eurocéntrico, confiriendo una mayor autonomía y derechos colectivos a los pueblos y nacionalidades indígenas sobre sus territorios. Así, puede ser considerado un modelo contemporáneo de organización política que surge en América Latina, reconociendo la autonomía de los pueblos y nacionalidades indígenas, al mismo tiempo en que contribuye al proceso de emancipación de estos grupos tradicionalmente excluidos de los espacios políticos durante siglos en la región, estando asociados con sus luchas históricas (BERNAL-MEZA, 2016).

⁸ En el caso de Ecuador, la Constitución de 2008 reconoce la interculturalidad, la plurinacionalidad y la naturaleza como sujeto de derechos, representando un logro para las nacionalidades y pueblos indígenas del país, además de apuntar a posibilidades de cambios paradigmáticos a partir de la introducción de conceptos filosóficos kichwas, como es el caso del *Sumak Kawsay*, el ‘buen vivir’ (CASTRO MUNIZ; CÁRDENAS PIEDRAHÍTA, 2018).

⁹ Carmen Seco Pérez (2017) considera que cada pueblo indígena posee aspectos propios, entretanto, comparten elementos que son recogidos por la visión del *Sumak Kawsay* que busca reestructurar la vida y las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza, así como las acciones de resistencia de estos pueblos.

De acuerdo con Carlos Viteri Gualinga (2002), político y uno de los primeros intelectuales indígenas a tratar del concepto, precisamente desde el Pueblo Originario de Sarayaku, señala que en la filosofía de los pueblos kichwas amazónicos no existen las dicotomías occidentales de desarrollo y subdesarrollo, tampoco los conceptos de riqueza y pobreza asociados a la acumulación de bienes materiales. Resalta el carácter holístico de esta filosofía que asocia tanto las condiciones materiales, como las condiciones espirituales para la vida humana, construyendo lo que considera como el “buen vivir” y la “vida armónica” provenientes del *allí káusay* y del *súmac káusai* del mundo kichwa.

Por consiguiente, el *Sumak Kawsay* construido desde los pueblos indígenas está asociado al proyecto político y social que busca resaltar sus indogeneidades en la sociedad capitalista globalizada, rescatando sus diferencias en medio de los intentos de homogeneización impuestas por la globalización neoliberal. Es una herramienta que busca salvaguardar las formas de vida de estos pueblos a través de las voces y las resistencias que buscan recuperar la soberanía de la vida en la Amazonía por medio de la autonomía y las relaciones de equilibrio con la naturaleza (SECO PÉREZ, 2017).

Adicionalmente, puede ser considerado una herramienta de organización del pensamiento y de la acción, con base en la ancestralidad y sus cosmovisiones que apunta a la descolonización y al quiebre de las dicotomías entre los seres humanos y la naturaleza, entre otras. Resalta las resistencias de los pueblos amazónicos frente a las amenazas del desarrollo extractivista como el fundamento para su materialización, junto con el reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades indígenas para lograr la protección integral de sus territorios (SECO PÉREZ, 2017).

Desde el punto de vista decolonial, apunta a la importancia del proceso de desprendimiento que es necesario para comprender la sabiduría y el modo de vida de estos pueblos, desprendiéndose de la mirada colonial presente en el pensamiento que considera que la única forma de vida existente y válida es el modelo de organización social occidental. Así, se torna necesario el reconocimiento de la existencia y la validez de otras formas de vida (CASTRO MUNIZ; CÁRDENAS PIEDRAHÍTA, 2018).

Dichas formas de vida apuntan al pluriverso, asociado a la coexistencia de diversos mundos que buscan resistir a la globalización hegemónica neoliberal por medio de las luchas de los movimientos sociales, las cuales también pueden ser consideradas luchas ontológicas, buscando inserir nuevamente la diversidad existente en el mundo, ocultada por la construcción del mundo singular de acuerdo con el pensamiento eurocéntrico. Visibiliza otros modos de ser, ver, estar y conocer el mundo, como las ontologías políticas relacionales que caracterizan las cosmovisiones y los sistemas de vida ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas del país. Los modelos de visión de mundo relacionales de los pueblos indígenas consideran la existencia de diversos mundos interconectados, resaltando las conexiones existentes entre el mundo de los seres humanos y el mundo natural y espiritual (ESCOBAR, 2018).

Precisamente, conforme menciona José Gualinga (2017), desde el Pueblo Originario de Sarayaku, el *Sumak Kawsay* está estrechamente relacionado con la concepción del *Kawsak Sacha*, la ‘selva viviente’. Este último concepto señala la vida, la energía, la sabiduría y la colectividad presentes en la selva. Considera que son fuentes para la existencia de los propios seres humanos, espacios llenos de riquezas y biodiversidad. Así, todo lo que compone el *Kawsak Sacha* está interrelacionado, incluso la vida de los antepasados y las vidas actuales están intrínsecamente asociadas al entorno natural. De esta manera, la destrucción de la ‘selva viviente’ es una amenaza a la vida de todos los seres.

Resalta los fundamentos importantes de la propuesta de reconocimiento de la selva como “selva viviente”. En este sentido, plantea la necesidad de avanzar hacia la protección de la naturaleza, tanto a nivel nacional, como internacional, ya que, pese que Ecuador reconozca la naturaleza como sujeto de derecho, siguen los avances extractivistas¹⁰, especialmente la minería y las petroleras, apoyados por el propio Estado, afectando la vida, la cultura y los territorios de los pueblos amazónicos (GUALINGA, 2017).

¹⁰ Larrea Maldonado, Bravo e Saénz (2017) resalta la ampliación de la frontera petrolera en el sur de la Amazonía, con la licitación de la XI Ronda petrolera y la explotación del Parque Nacional Yasuní, con dos bloques, el ITT y el bloque 31, a partir de 2013. La ampliación de la frontera petrolera sigue hasta la actualidad, a través de la subasta de diversos bloques petroleros por parte del Estado ecuatoriano.

Así, la propuesta del Pueblo Originario de Sarayaku apunta al reconocimiento de la “selva viviente” como categoría jurídica que amplíe la protección de los territorios indígenas, trascendiendo las fronteras de Ecuador, de forma a transformar estos territorios en zonas libres de petróleo y minería, permitiendo la consolidación de los valores del *Sumak Kawsay*, es decir, permitiendo la autodeterminación y la ejecución de planes de desarrollo propios de las comunidades (GUALINGA, 2017).

Añade la necesidad de implantar un nuevo modelo de valores y de riquezas para el *Sumak Kawsay* a través de la construcción de planes de vida. Apunta a los objetivos del plan de construcción de la categoría de “selva viviente”, buscando generar un modelo de desarrollo alternativo, resaltando las potencialidades científicas, culturales y tecnológicas propiciadas por la gran biodiversidad presente en la Amazonía. En este sentido, resalta la importancia de la administración propia de la biodiversidad de la región, juntamente con la manutención del territorio y de los ecosistemas preservados, libres de contaminación, especialmente petrolera. Considera que la propuesta de construcción de la categoría de “selva viviente” es una propuesta que posee carácter global, apunta a transformaciones a escala global, preservando los territorios de los pueblos originarios de todo el planeta, contribuyendo a la consolidación de la naturaleza como sujeto de derechos también en el ámbito global (GUALINGA, 2017).

Dicha propuesta está amparada por instrumentos legales, tanto nacionales, como internacionales. En el ámbito interno, se resalta la Constitución de 2008 de Ecuador que reconoce la plurinacionalidad, la interculturalidad y la naturaleza como sujeto de derecho; reconoce la naturaleza como el lugar en que se produce, se reproduce y se realiza la vida, en que todos pueden exigir el respeto a los derechos de la naturaleza; también reconoce los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, como el derecho a la identidad propia, a la conservación de sus territorios, así como la consulta previa, libre e informada y la participación en las decisiones que involucren sus territorios; el derecho a la educación intercultural bilingüe; el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice el buen vivir. En el ámbito externo, está amparada por el Convenio 169 de la OIT que asegura el derecho a la protección de los territorios de los pueblos indígenas, que debe ser garantizado por los Estados; así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, que, pese no ser vinculante, genera aportes para los debates ambientales y para las jurisprudencias a nivel internacional, como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SANTI; GHIROTTTO SANTOS, 2020).

El artículo académico escrito por Daniel Santi, coordinador general de la propuesta del *Kawsak Sacha*, integrante del propio Pueblo Originario de Sarayaku, y la antropóloga brasileña Marina Ghirotto Santos, resalta la necesidad de proceder con el diálogo de saberes de carácter intercultural entre las concepciones occidentales, y las concepciones del mundo amazónico, que denominan de concepciones *runas*, que en kichwa significa “seres humanos” (SANTI; GHIROTTTO SANTOS, 2020).

Ellos consideran que Sarayaku propone la construcción de una nueva categoría de conservación en territorios indígenas,¹¹ teniendo en cuenta que aún no se ha garantizado la manutención de sus sistemas propios de vida, ni la autonomía sobre la totalidad del territorio, dado que los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo, como el petróleo, siguen en manos del Estado. Estos planteamientos están asociados a la larga trayectoria de luchas y resistencias a las actividades extractivistas y a la defensa de sus territorios, también vinculado con la capacidad de la comunidad en generar categorías y propuestas propias, presentadas tanto al Estado, como a las organizaciones internacionales, como es el caso de las Naciones Unidas (SANTI; GHIROTTTO SANTOS, 2020). Estas categorías están asociadas a las formas de “re-existencias” propuestas por Catherine Walsh (2017).

Hidalgo-Capitán y Cubillo-Guevara (2019) vinculan con las históricas presiones realizadas por el movimiento indígena amazónico sobre los reclamos territoriales, buscando negociar con el Estado ecuatoriano la ampliación de sus derechos. Así, buscan obtener el control del territorio, desde su superficie, impidiendo la entrada de colonos; también buscan el control del espacio aéreo, evitando la entrada de las petroleras en sus territorios, teniendo en cuenta la entrada de la compañía petrolera CGC, a través de helicópteros; y, so-

¹¹ Considera que esta categoría de conservación puede ser una alternativa a las categorías de conservación de carácter occidental, vinculadas al mercado, especialmente al mercado de carbonos que sigue mercantilizando la naturaleza y no soluciona los problemas de la explotación de recursos naturales a nivel global (SANTI; GHIROTTTO SANTOS, 2020).

bre todo, buscan el control del subsuelo con sus recursos naturales. Así, plantean la concepción del territorio como un elemento integral, conteniendo estas tres dimensiones: la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo, de acuerdo con sus cosmovisiones, buscando garantizar la preservación territorial en toda su integralidad (HIDALGO-CAPITÁN; CUBILLO-GUEVARA, 2019).

La propuesta ha sido presentada en espacios nacionales e internacionales, especialmente en las últimas Conferencias de las Partes, las COP, realizadas en el marco de las reuniones y debates de las Naciones Unidas sobre el cambio climático. Apoyada en su propia concepción de vida, naturaleza y cosmovisión espiritual, busca ser una alternativa al modelo de conservación del medio ambiente y de desarrollo como forma de combatir el calentamiento global, contribuyendo a la internacionalización de la comunidad, así como de sus pensamientos (ARCOS HERVA, 2016).

Está asociada a lo que proponen varios intelectuales, como Rafael Bautista (2019), quien apunta a la necesidad de ocupar formas más racionales de producción, como las formas ancestrales de la región, atendiendo, primeramente, a las necesidades de la propia región, antes que del centro del sistema internacional. Teniendo en cuenta que los recursos de la naturaleza no son infinitos, estas propuestas no serían solamente un *slogan*, sino que la apuntan a la percepción de que es necesario lograr una relación de equilibrio entre la sociedad en general y la naturaleza, dado que la vida humana depende de la naturaleza. Son horizontes de sentido que pueden contribuir a la construcción de otras racionalidades económicas, proponiendo otras formas de relaciones entre los seres humanos y la naturaleza con proyección global.

5 CONSIDERACIONES FINALES

A través del análisis del caso del Pueblo de Originario de Sarayaku, de sus resistencias y “re-existencias”, se ha tratado de visibilizar otros papeles que pueden ser ocupados por la región amazónica, que además de ser rica en biodiversidad y recursos naturales, es también un espacio de disputa de significados y generación de conocimientos propios en que se sobresalen las prácticas llevadas a cabo por otros actores, como los pueblos y nacionalidades indígenas, con gran capacidad de agencia política para visibilizar postulados que permiten considerar la naturaleza y otros seres como entidades dotadas de vida, racionalidad y capacidad política, transitando hacia el pluriverso al resaltar la existencia de otros mundos.

Precisamente, el Pueblo Originario de Sarayaku nos invita a ver el pluriverso a través de la lucha llevada a cabo contra las transnacionales petroleras y el Estado ecuatoriano, proponiendo alternativas a la globalización hegemónica por medio de propuestas de globalización contrahegemónica que evidencian la existencia de otros mundos, como es el caso del *Kawsak Sacha*, la “selva viviente”, y el *Sumak Kawsay*, el buen vivir y la vida en plenitud, con posibilidad de trascendencia global, justamente desde sus cosmovisiones ancestrales. Su accionar evidencia la resistencia y la “re-existencia” al proponer otras concepciones.

El *Sumak Kawsay* ha sido integrado a la Constitución ecuatoriana, fundamentado en las luchas históricas del movimiento indígena del país, con la participación destacada de los líderes provenientes del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku. Entretanto, es importante mencionar que la introducción de algunas de sus propuestas, y la consiguiente construcción formal del Estado plurinacional, no ha significado la verdadera emancipación de los pueblos y nacionalidades indígenas del país, sino que ha sido un punto importante en la continuidad de sus luchas históricas. Ahora buscan la aplicación efectiva de estos conceptos, así como la construcción de otros, como el *Kawsak Sacha*, la “selva viviente”, a ser transformada en derechos, contribuyendo a resguardar los derechos de los seres humanos, los *runas*, y los derechos de la naturaleza. Así, se pone de relieve la importancia de las acciones políticas y las propuestas epistémicas de este sector que contribuyen a los procesos de descolonización en los más distintos ámbitos, a través de las luchas, resistencias y “re-existencias” políticas, sociales, epistemológicas y ontológicas, tan necesarias frente a las constantes crisis del modelo de desarrollo hegemónico que enfrentamos.

6 REFERENCIAS

ACOSTA, A. Extractivismo y Neoextractivismo: dos Caras de la Misma Maldición. In: LANG, M.; GUDYNAS, E. (ed.). *Más Allá del Desarrollo*. Abya Yala: Universidad Politécnica Salesiana: Fundación Rosa Luxemburg, 2011. p. 83-120.

ACOSTA, A. Amazonia: Violencias, Resistencias, Propuestas. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 107, p. 39-62, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/Rccs.6004>.

- ARCOS HERVA, V. *El Papel de las Redes Transnacionales de Defensa de los Derechos Humanos en el Conflicto Socioambiental Producido por la Explotación Petrolera en Sarayaku*. 2016. Tesis (Maestría En Relaciones Internacionales con Mención en Negociación y Cooperación Internacional) – Flacso Ecuador, 2016. Disponible en: [Http://Repositorio.Flacsoandes.Edu.Ec/Bits-tream/10469/8932/1/Tflacso-2016vah.Pdf](http://Repositorio.Flacsoandes.Edu.Ec/Bits-tream/10469/8932/1/Tflacso-2016vah.Pdf).
- BAUTISTA, S. R. *El Tablero del Siglo XXI: Geopolítica Des-Colonial de un Nuevo Orden Post-Occidental*. [S.l.]: Yo Soy Si Tú Eres Ediciones ; El Taller De La Descolonización, 2019.
- BERNAL-MEZA, R. Contemporary Latin American thinking on International Relations: Theoretical, conceptual and methodological contributions. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 59, n. 1, p. 1-32, 2016.
- BERRÍOS, C.; CUEVAS, V. El Petróleo y La Resistencia Indígena en Ecuador. Desafíos a la Políticas Neo-Extractivistas en América Latina. In: *Saltar La Barrera: Crisis Socio-Ambiental, Resistencias Populares y Construcción Alternativas Latinoamericanas Al Neoliberalismo*. Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz, 2014. p. 109-126.
- CARCELÉN, J. *Estado de Cumplimiento de Medidas Reparativas: Caso Sarayaku*. 2017. Trabajo de Grado (Relaciones Internacionales) – Universidad Internacional Del Ecuador. Disponible en: [Http://Repositorio.Uide.Edu.Ec/Handle/37000/2453](http://Repositorio.Uide.Edu.Ec/Handle/37000/2453).
- CASTRO MUNIZ, M. L.; CÁRDENAS PIEDRAHÍTA, A. M. Geo-Grafías Decoloniales y el Pensamiento Femenino Indígena. Tejiendo y Modelando Resistencias y Re-Existencias en la Amazonía Ecuatoriana. In: CANALES TAPIA, P.; VARGAS, S. (ed.). *Pensamiento Indígena en Nuestramérica: Debates y Propuestas en la Mesa de Hoy*. Ariadna Ediciones, 2018. p. 101-158.
- CRESPO, J. M. Sistematización Conceptual del Buen Vivir: del Sumak Kawsay al Buen Vivir. In: LARREA MALDONADO, C.; GREENE LÓPEZ, N. (ed.). *Buen Vivir como Alternativa al Desarrollo: una Construcción Interdisciplinaria y Participativa*. Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar, 2017. p. 12-32. Disponible en: [Http://Repositorio.Uasb.Edu.Ec/Handle/10644/5964](http://Repositorio.Uasb.Edu.Ec/Handle/10644/5964).
- ESCOBAR, A. *Designs for the Pluriverse: Radical Interdependence, Autonomy, and the Making of Worlds*. Durham, Carolina do Norte, EUA: Duke University Press, 2018.
- GUALINGA, J. Reconocimiento de Kawsak Sacha – Selva Viviente – Como Nueva Categoría de Protección a los Territorios Indígenas en la Amazonía Centro – Sur. In: LARREA MALDONADO, C.; GREENE LÓPEZ, N. (ed.). *Buen Vivir como Alternativa al Desarrollo: una Construcción Interdisciplinaria y Participativa*, 2017. p. 106-112. Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar, 2017. Disponible en: [Http://Repositorio.Uasb.Edu.Ec/Handle/10644/5964](http://Repositorio.Uasb.Edu.Ec/Handle/10644/5964).
- GUDYNAS, E. *Extractivismos: Ecología, Economía y Política de un Modo de Entender el Desarrollo y la Naturaleza*. Cochabamba, Bolívia: Cedib – Centro de Documentación e Información Bolivia, 2015.
- HIDALGO-CAPITÁN, L.; CUBILLO-GUEVARA, A. P. *El Origen del Buen Vivir: el Plan Amazanga de la Opip*. Huelva, Guatemala: Ediciones Bonanza, 2019.
- LARREA MALDONADO, C.; BRAVO, A. L.; SAÉNZ, M. El Neo-Extractivismo en el Ecuador: Crisis y Alternativas. In: GREENE LÓPEZ, N. (ed.). *Buen Vivir Como Alternativa al Desarrollo: una Construcción Interdisciplinaria y Participativa*. Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar, 2017. p. 136-154. Disponible en: [Http://Repositorio.Uasb.Edu.Ec/Handle/10644/5964](http://Repositorio.Uasb.Edu.Ec/Handle/10644/5964).
- LLASAG, R. *Constitucionalismo Plurinacional En Ecuador Y Bolivia A Partir De Los Sistemas De Vida De Los Pueblos Indígenas*. 2017. Tesis (Doctorado en Poscolonialismo y Ciudadanía Global) – Universidad de Coímbra. Disponible en: [Http://Hdl.Handle.Net/10316/36285](http://Hdl.Handle.Net/10316/36285).
- MELO, M. El Caso Sarayaku y los Derechos Humanos: ¿Por Qué Sarayaku Constituye un Caso Emblemático de Exigibilidad de Derechos a Nivel Internacional? In: *Pueblos en Lucha: Raposa Sierra del Sol – Camisea – Awás Tingni – Sarayaku*. Memoria del Foro: Casos Emblemáticos de Defensa de Derechos Indígenas. 2004. p. 42-54. Disponible en: [Http://Bibliotecavirtual.Clacso.Org.Ar/Ar/Libros/Derecho/Libro3.Pdf](http://Bibliotecavirtual.Clacso.Org.Ar/Ar/Libros/Derecho/Libro3.Pdf).
- PUEBLO originario Kichwa de Sarayaku. *Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador – Caso n. 12.465*, 2009. [Http://Www.Corteidh.Or.Cr/Docs/Casos/Sarayaku/Esap.Pdf](http://Www.Corteidh.Or.Cr/Docs/Casos/Sarayaku/Esap.Pdf).
- SANTI, D.; GHIROTTI SANTOS, M. Kawsak Sacha-Selva Viviente: Perspectivas Runas sobre Conservación. *Vivência: Revista de Antropologia*, 1(53), 2020. Disponible en: [Https://Doi.Org/10.21680/2238-6009.2019v1n53id20911](https://Doi.Org/10.21680/2238-6009.2019v1n53id20911).
- SECO PÉREZ, C. Sumak Kawsay: ¿Concepto Sagrado o Instrumento? Caminando la Plenitud: Sumak Kawsay desde las Voces en Resistencia de la Amazonía Ecuatoriana. In: C. LARREA MALDONADO, C.; GREENE LÓPEZ, N. (ed.), *Buen Vivir Como Alternativa al Desarrollo: una Construcción Interdisciplinaria y Participativa*, 2017. p. 75-97. Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar. Disponible en: [Http://Repositorio.Uasb.Edu.Ec/Handle/10644/5964](http://Repositorio.Uasb.Edu.Ec/Handle/10644/5964).
- SIMBAÑA, F. El Sumak Kawsay Como Proyecto Político. In: LANG, M.; GUDYNAS, E. (ed.). *Más Allá Del Desarrollo*. Abya Yala: Universidad Politécnica Salesiana; Fundación Rosa Luxemburg, 2011. p. 219-226.
- VITERI, F. La Lucha de Sarayaku. In: *Pueblos en Lucha: Raposa Sierra Del Sol – Camisea – Awás Tingni – Sarayaku*. Memoria del Foro: Casos Emblemáticos de Defensa de Derechos Indígenas. 2004. p. 19-23. Disponible en: [Http://Bibliotecavirtual.Clacso.Org.Ar/Ar/Libros/Derecho/Libro3.Pdf](http://Bibliotecavirtual.Clacso.Org.Ar/Ar/Libros/Derecho/Libro3.Pdf).
- VITERI GUALINGA, C. Visión Indígena del Desarrollo en la Amazonía. *Polis – Revista Latinoamericana*, 3, 2002. Disponible en: [Https://Polis.Ulagos.Cl/Index.Php/Polis/Article/View/183/275](https://Polis.Ulagos.Cl/Index.Php/Polis/Article/View/183/275).
- WALSH, C. E. (2017). Gritos, Grietas Y Siembras De Vida: Entretejeres De Lo Pedagógico Y Lo Decolonial. En C. Del P. Cuevas Marín (Ed.), *Pedagogías Decoloniales: Prácticas Insurgentes De Resistir, (Re)Existir Y (Re)Vivir* (Pp. 17-48). Abya Yala.

UM OLHAR DECOLONIAL SOBRE A TERRITORIALIDADE DOS PESCADORES TRADICIONAIS DO ANGARI

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.56-65>

Recebido em: 7/9/2020

Aceito em: 19/9/2020

Vera Lucia Santos Alves

Doutoranda em Ciências da Linguagem pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestre em Ecologia Humana e Gestão Socioambiental pela Universidade do Estado da Bahia (Uneb, 2014) e em Didática do Ensino Superior (Realiza). Especialista em Ensino da Comunicação (Universidade do Estado da Bahia) e em Didática do Ensino Superior (Realiza Projetos Educacionais Pesquisa e Extensão). Graduada em Licenciatura Plena em Letras pelo Centro de Ensino Superior do Vale do São Francisco (Cesvasf, 1998) e em Comunicação Social – Jornalismo em Múltiplos Meios (Uneb, 2008). Professora do Ensino Básico, Técnico, Tecnológico e Superior do Instituto Federal do Sertão Pernambucano – Campus Floresta. <http://lattes.cnpq.br/8391760534371346>. <https://orcid.org/0000-0002-1175-9886>. vlmedeiros1@hotmail.com

Moab Duarte Acioli

Doutor em Saúde Pública pela Universidade Estadual de Campinas (2001). Mestre em Antropologia Cultural pela Universidade Federal de Pernambuco (1990). Especialista em Psiquiatria pela Universidade Federal de Pernambuco (1986). Graduado em Medicina pela Universidade Federal de Pernambuco (1983). Atua como professor-adjunto II da Universidade Católica de Pernambuco no curso de Medicina do Centro de Ciências Biológicas e da Saúde. Professor, pesquisador e orientador do Mestrado e Doutorado em Ciências da Linguagem da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Comitê de Ética da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Núcleo Docente Estruturante do curso de Medicina da Universidade Católica de Pernambuco. Professor, orientador e preceptor da Residência em Saúde Mental da Universidade de Pernambuco. Vem desenvolvendo pesquisas com alunos de Graduação e Pós-Graduação em torno de um campo interdisciplinar envolvendo Antropologia da Saúde, Saúde Pública, Saúde Mental, Psicopatologia e Linguagem. <http://lattes.cnpq.br/4739234093928207>. <https://orcid.org/0000-0002-2404-7634>. moabacioli@gmail.com

RESUMO

Este estudo aborda o pensamento decolonial como uma referência de apoio à discussão sobre os direitos de comunidades e povos tradicionais no Brasil, tomando, como base, a comunidade de pescadores do Angari, localizada no Submédio São Francisco, no sertão baiano. O objetivo é observar como a colonialidade instituiu e ainda institui a segregação de povos e comunidades tradicionais, afastando-os de seus direitos cidadãos. Também analisamos como o pensamento decolonial pode fortalecer a mudança desse cenário. Utilizamos, como metodologia, a Análise do Discurso Ecológica (ADE), teoria nascida na Escola Ecolinguística de Brasília, considerando os três elementos da Estrutura Fundamental da Língua (Povo, Língua e Território) e os Atos de Interação Comunicativa (AIC). Observamos como as colonialidades do poder, do ser e do saber, conceitos-chave no debate decolonial, têm sido responsáveis pelas tentativas de desterritorialização desses coletivos, a exemplo do que ocorre com os pescadores do Angari. Por fim, este trabalho denota a importante contribuição que a teoria do grupo Modernidade/Colonialidade – abraçada por estudiosos da Antropologia, do Direito, da Linguística e de várias outras áreas brasileiras – tem dado à intensificação pela efetiva busca dos direitos humanos no Brasil.

Palavras-chave: Decolonialidade. Angari. Análise do discurso ecológica. Direitos humanos.

UNA MIRADA DECOLONIAL SOBRE LA TERRITORIALIDAD DE LOS PESCADORES TRADICIONALES DE ANGARI

RESUMEN

Este estudio aborda el pensamiento decolonial como referencia en apoyo de la discusión sobre los derechos de las comunidades y pueblos tradicionales en Brasil, Tomando, como base, la comunidad de pescadores de Angari, ubicada en el Submédio de San Francisco, en el sertón de Bahía. El objetivo es observar cómo la colonialidad instituyó e incluso instituyó la segregación de los pueblos y comunidades tradicionales, distanciándolos de los derechos de sus ciudadanos. También analizamos cómo el pensamiento decolonial puede fortalecer el cambio en este escenario. Utilizamos, como metodología, el Análisis del Discurso Ecológico (ADE), teoría nacida en la Escuela Ecolinguística de Brasília, considerando los tres elementos de la Estructura Fundamental de la lengua (Personas, Lengua y Territorio) y los Actos de Interacción Comunicativa (AIC). Observamos cómo las colonialidades del poder, el ser y el conocimiento, los conceptos clave en el debate decolonial, han sido responsables de los intentos de desterritorializar estos colectivos, como es el caso de los pescadores angari. Por último, este trabajo denota la importante contribución que la teoría del Grupo Modernidad/Colonialidad – abrazado por académicos de Antropología, Derecho, Lingüística y varias otras áreas brasileñas, ha dado lugar a una intensificación por la búsqueda efectiva de los derechos humanos en Brasil

Palabras-clave: Descolonialidad. Angari. Análisis del discurso ecológico. Derechos humanos.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Análise do discurso ecológica e suas categorias. 3 O pensamento decolonial e o grupo modernidade/colonialidade. 4 Pescadores artesanais: a comunidade do Angari. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, no período pós-guerra, aponta para a tomada de consciência quanto à luta pela unificação de direitos. Espelhada na força dessa Declaração, a Constituição Brasileira de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, passou a refletir o que desejamos não apenas no tocante a aspectos políticos e legais, mas também no que se refere às nossas ideologias, nosso projeto como sociedade, como povo. A demarcação de um novo olhar sobre as questões de direitos humanos fortalece, na promulgação da nova ordem constitucional, o caráter democrático que o país buscava firmar após duas décadas de regime totalitário, posto que, como afirma Sousa Santos (1996), não é possível a uma nação efetivar uma democracia sem garantir os direitos de todos os seus cidadãos:

O acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos. Estes, por sua vez, não existem, se o sistema jurídico e o sistema judicial não forem de livre e igual acesso a todos os cidadãos, independentemente de sua classe social, sexo, raça, etnia e religião (SOUSA SANTOS, 1996, p. 483).

Podemos contextualizar, nesse cenário de acesso à cidadania, a discussão sobre os direitos territoriais. No Brasil, tal questão nunca foi pacificada nem do ponto de vista legal nem no âmbito ideológico.

A “tese do marco temporal” que, desde 2005, determina posse do território aos indígenas somente se estes estivessem habitando as terras em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Carta Magna Brasileira, tem sido, por exemplo, ponto de grande conflito tanto entre indígenas e não índios quanto entre juristas e defensores dos direitos humanos, tendo como base os princípios previstos no artigo 231 da Constituição Federal:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (BRASIL, 1988).

Para decolonialistas, é óbvio que o “marco temporal” atende a princípios colonizadores, posto que a anulação de demarcações de territórios indígenas atende à perpetuação de uma matriz de poder colonialista que, legalmente, perdurou até a promulgação da Constituição de 1988, mas que, na prática, ocorre até hoje pela negação dos saberes tradicionais e dos direitos dos povos a seus territórios.

Lembremos que foi baseado no artigo 231 da Constituição Federal que, em maio de 2012, por ocasião do julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre as terras dos indígenas Pataxó Hã-Hã-Hã, a Suprema Corte decidiu-se pelo reconhecimento do direito daquele povo às terras da reserva Caramuru-Catarina Paraguassu, no sul da Bahia.

O então presidente do STF, Carlos Ayres Brito, lançou sobre a questão do território o conceito de territorialidade, afirmando que, “Para os índios, a terra não é um bem mensurável. Para eles, a terra não é uma coisa. Ela é um ser, é um espírito protetor”. Sob essa visão, o presidente decidiu pela nulidade de todos os títulos de propriedades concedidos a fazendeiros e agricultores sobre glebas localizadas dentro da reserva de 54 mil hectares.

No caso dos pescadores tradicionais, a regularização do território não ocorreu com a aprovação e publicação da Lei nº 11.959 de 2009, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca e regula as atividades pesqueiras. No artigo 3º, § 1º, fala-se em garantir a permanência e a continuidade da pesca artesanal, mas nenhuma menção se faz à questão territorial: “O ordenamento pesqueiro deve considerar as peculiaridades e as necessidades dos pescadores artesanais, de subsistência e da aquicultura familiar, visando a garantir sua permanência e sua continuidade” (BRASIL, 2009).

Considerando o aspecto citado pelo ministro Carlos Ayres Brito, no que diz respeito à relação do povo tradicional com seu território, seu sagrado, seus costumes e valores, seguimos ao conceito de território/territorialidade, que, de acordo com o pensamento decolonial, pode ser um importante mediador de conflito, baseado na discussão de como a colonialidade do poder tem imposto a povos e comunidades tradicionais regimes de apagamento e negação históricos no Brasil.

Isso porque o olhar colonizador sobre o espaço sempre foi de exploração, de acentuada mercantilização da natureza. A desterritorialização é reflexo, portanto, do desprezo pelas culturas tradicionais, pelos valores de povos que sempre foram negados pela hegemonia eurocêntrica em nossa formação, produzindo-se, assim, as estruturas hierárquicas que fundamentaram e fundamentam a tríade da colonialidade: poder, ser e saber (Figura 1).

Figura 1 – Eixos da Colonialidade



Fonte: Autoria própria com base em FARRÉS; MATARÁN (2012).

A identidade de um povo está ligada a elementos culturais como os ritos, costumes, mitos, linguagem, além da sua forma de economia, política e estrutura socioambiental. É exatamente a junção de todos esses elementos que formata seu perfil cultural. De acordo com Hall (2000, p. 8), as identidades culturais são “aqueles aspectos de nossas identidades que surgem de nosso “pertencimento” a culturas étnicas, raciais, linguísticas, religiosas e, acima de tudo, nacionais”. Esses aspectos desenham, também, num espaço de construção simbólica, os conhecimentos científicos, os sistemas de crenças e os valores sociais, obedecendo a dinâmicas próprias, mesmo ante o fato de a sociedade pós-moderna estar sob a pressão da tentativa de unificação de uma cultura global. Hall (2000, p. 20) refuta a ideia de “identidade mestra” nesta geração globalizada (começa-se a releitura da colonização) e vê legitimidade na diversidade de identificações, que se tornam plurais, menos fixas e descentralizadas.

A questão de território e territorialidade também se vê na abordagem Ecolinguística. Segundo Couto e Albuquerque (2009), há três meios ambientes da língua: em primeiro plano há o meio ambiente social (a sociedade); no segundo, o cérebro, onde, materialmente, a língua se localiza; e o terceiro, que é o meio ambiente, o território e as pessoas que estão nesse território. Esse universo léxico-linguístico está em constante transformação em razão das incidências da vida cotidiana, permeada pelos costumes, pelo trabalho e pela luta de cada povo.

Nesse processo de interação, em que também a linguagem e a ecologia se encontraram, o campo chamado de Análise do Discurso Ecológica tem se mostrado eficiente na construção analítica de uma renovação do olhar antropológico tradicional sobre os povos estudados. Nesse aspecto, a ADE encontra-se com a revisão crítica de Viveiros de Castro (2015, p. 20) a respeito do tema “O que deve conceitualmente a antropologia aos povos que estuda?” O antropólogo, considerando o desejo de uma revisão sobre o papel histórico da Antropologia, revela a busca pela decolonialidade do pensamento do próprio pesquisador. Em sua obra “Metafísicas canibais”, ele afirma que “A antropologia está pronta para assumir integralmente sua verdadeira missão, a de ser a teoria-prática da descolonização permanente do pensamento” (VIVEIROS DE CASTRO, 2015, p. 20).

O autor faz uma análise da relação do homem com o planeta e aponta a abordagem metafísica como consequência do elo que se perdeu nesse contexto homem-natureza e natureza-cultura na modernidade colonizada. Ele defende que os “estilos de pensamento praticados pelos povos que estudamos são a força motriz da disciplina” (p. 24). Essa visão de Viveiros de Castro converge tanto com os eixos da decolonialidade quanto com a tríade que sustenta a Ecolinguística – centros temáticos desta pesquisa. Considerando uma nova possibilidade de decolonização do pensamento, o autor lança luz sobre o novo papel da antropologia:

Se há algo que cabe de direito à antropologia, não é a tarefa de explicar o mundo de outrem, mas a de multiplicar nosso mundo, “povoando-o de todos esses exprimidos que não existem fora de suas expressões”. Pois não podemos pensar como os índios; podemos, no máximo, pensar com eles. E a propósito – tentando só por um momento pensar “como eles” –, se há uma mensagem clara do perspectivismo indígena, é justamente a de que não se deve jamais tentar atualizar tal como exprimido nos olhos alheios (VIVEIROS DE CASTRO, 2015, p. 231).

Assim, tanto o pensamento decolonial quanto a Ecolinguística (que contextualiza a Análise do Discurso Ecológica) têm papel relevante na construção e disseminação de novos saberes e do novo pensamento epistêmico.

2 ANÁLISE DO DISCURSO ECOLÓGICA E SUAS CATEGORIAS

A linguística ecossistêmica, no contexto da chamada Escola Ecolinguística de Brasília, nasce dos estudos de Couto (2013), que propôs uma extensão da disciplina, inicialmente chamada de Linguística Ecossistêmica Crítica (LEC), por sugestão tanto da Ecolinguística Crítica quanto da Análise do Discurso Crítica. O nome mais comum para esse tipo de estudo, entretanto, passou a ser Análise do Discurso Ecológica (ADE).

As categorias principais da ADE a serem observadas com o objetivo de conduzir a investigação do discurso são as seguintes: a endoecologia e exoecologia; a ecologia da interação comunicativa (EIC) e os atos de interação comunicativa (AIC); as regras interacionais e regras sistêmicas; os três ecossistemas da língua (mental, natural e social); e os três elementos da EFL (P-L-T), conforme afirmam Couto e Albuquerque (2015):

As categorias principais da ADE a serem observadas pelo pesquisador, com o objetivo de conduzir sua investigação, são as seguintes: a endoecologia e exoecologia; a ecologia da interação comunicativa (EIC) e os atos de interação comunicativa (AIC); as regras interacionais e regras sistêmicas; os três ecossistemas da língua (mental, natural e social); os três elementos da EFL (P-L-T) (p. 501).

As categorias endoecológicas são típicas do universo da Ecologia interna, e a exoecológica pertence à ecologia externa – ligada ao aspecto dialógico da linguagem ao modo como as formas linguísticas “conversam” com outras vozes externas ao texto. A Rede de Interações Orgânicas (RIO) diz respeito ao caráter dialógico da enunciação. Os Atos de Interação Comunicativa (AIC), relevantes nas análises feitas neste estudo, focalizam as condições em que as interações ocorrem. A interação comunicativa pressupõe um conjunto de hábitos interacionais que chamamos de regras interacionais e sistêmicas. Isso constitui a ecologia da interação comunicativa (EIC), que é um dos componentes mais importantes da linguística ecossistêmica, contextualizada no que Couto *et al.* (2016) chamam de “rede de interações”:

[...] a língua em si não é um organismo, embora apresente organização interna e externa. Ela tem uma ecologia interna (endoecologia), mas faz parte da ecologia externa (exoecologia). A primeira troca matéria, energia e informação com a segunda. Aí está a diferença fundamental entre a linguística tradicional e a linguística ecossistêmica. Esta prefere lidar com o termo organização, constituída de uma rede de interações orgânicas (RIO) (p. 37).

Neste estudo, a conexão entre a análise decolonial de territorialidade de pescadores tradicionais une-se ao aspecto da Estrutura Fundamental da Língua – Povo, Território e Língua – que compõe a Análise do Discurso Ecológica. Isso porque o conhecimento tradicional de um povo é refletido em sua linguagem, em suas manifestações culturais e nos seus saberes relacionados a terra. Essa construção formaliza o caráter de territorialidade, tema que nos é caro nesta pesquisa. Tais aspectos denotam a exemplariedade do discurso decolonial no que se refere à afirmação identitária e à valorização dos saberes que, no processo de não existência promovido pela colonialidade do poder, do saber e do ser, subalternam indivíduos e suas culturas, crenças e, conseqüentemente, tiram-lhes direitos cidadãos.

Para Couto (2012), considerado o pai da Ecolinguística no Brasil, “como o discurso é construído, o ethos do enunciador, a ideologia e o estudo do contexto sócio-histórico são meios de afirmação identitária”. São elementos que consideramos aqui na relação dos pescadores com o rio e com sua prática diária.

3 O PENSAMENTO DECOLONIAL E O GRUPO MODERNIDADE/COLONIALIDADE

Sousa Santos (2010) reitera a importância de se denunciar a supressão de saberes e existências ocorrida pelas práticas e visões eurocêntricas que dominaram e dominam povos, obrigados a reproduzir ideologias. Para Mignolo (2017), “a colonialidade é o lado mais obscuro da modernidade”. Essa defesa nasce da análise dos chamados dois lados da modernidade: a narrativa da modernidade e a lógica da colonialidade, que, segundo o autor, membro do grupo Modernidade/Colonialidade (Quadro 1), constrói a matriz colonial de poder.

Quadro 1 – Perfil dos membros do Grupo Modernidade/Colonialidade

INTEGRANTE	ÁREA	NACIONALIDADE	INSTITUIÇÃO ACADÊMICA
Anibal Quijano	Sociologia	peruana	Universidad Nacional de San Marcos, Peru
Enrique Dussel	Filosofia	argentina	Universidad Nacional Autónoma de México
Walter Mignolo	Semiótica	argentina	Duke University, EUA
Immanuel Wllenstein	Sociologia	estadounidense	Yale University, EUA
Santiago Castro-Gómez	Filosofia	colombiana	Pontfícia Universidad Javeriana, Colômbia
Nelson Maldonado-Torres	Filosofia	porto-riquenha	University of California, Berkeley, EUA
Ramón Grosfóguel	Sociologia	porto-riquenha	University of California, Berkeley, EUA
Edgardo Lander	Sociologia	venezuelana	Universidad Central de Venezuela
Arthuro Escobar	Antropologia	colombiana	University of North Carolina, EUA
Fernando Coronil	Antropologia	venezuelana	University the New York, EUA
Catherine Walsh	Linguística	estadounidense	Universidad Andina Simón Bolívar, Equador
Boaventura de Sousa Santos	Direito	portuguesa	Universidade de Coimbra, Portugal
Zulma Palermo	Semiótica	argentina	Universidad Nacional de Salta, Argentina

Fonte: Autoria própria com base em BALLESTRIN (2013, p. 98).

Na análise do Grupo, instituído por pesquisadores de vários países, a colonização terminou, mas a colonialidade permaneceu norteando olhares, saberes e existências na América pós-colonização. Os componentes do grupo afirmam que a ideia de civilizar os povos primitivos da América continuou sendo a prática ideológica e política na modernidade. Desse modo, os domínios entrelaçados, que remontam ao controle da economia, do território, da autoridade, do gênero e sexualidade, do conhecimento e subjetividade, foram construindo cenários de colonialidade em que colonizados passaram a reproduzir o discurso de colonizadores.

Para Mignolo (2017), essa colonialidade é constitutiva da modernidade e não simples consequência desta:

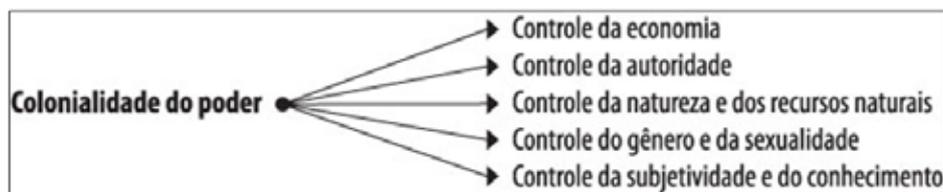
[...] não há modernidade sem colonialidade. Por isso, a expressão comum e contemporânea de “modernidades globais” implica “colonialidades globais” no sentido exato de que a MCP é compartilhada e disputada por muitos contendores: se não pode haver modernidade sem colonialidade, não pode também haver modernidades globais sem colonialidades globais (p. 2).

Assim, a desterritorialização histórica de saberes, de identidades, por meio de formas variadas de poder, tem sido construída sob o discurso do moderno. A ADE conversa com o pensamento decolonial também na afirmação de que é possível convergir os sistemas de saberes científicos com os saberes nascidos da vivência diária dos povos com a natureza. É possível unir o mundo das ciências com o universo da sabedoria dos povos tradicionais, respeitando a existência do outro. Parte-se da noção de ideologia ecológica (ecoideologia), tendo como base a Ecologia profunda, para uma perspectiva que se propõe defender o equilíbrio de um ecossistema, ressaltando, nos discursos postos em circulação, enunciados que se articulam de forma contrária e noções ecológicas, como diversidade, holismo, adaptação. Decerto, está nessa relação o fio para se chegar ao conhecimento da profundidade daquilo que se nomina a complexidade dos sistemas ecológicos (COUTO, 2013).

O conceito de colonialidade do poder, inicialmente abordado pelo sociólogo Aníbal Quijano (1992), aponta o fato de que a colonização na América Latina findou, mas a colonialidade ainda faz emergir uma estrutura simbólica de poder que estrutura um sistema de subalternidade. Para Quijano (1992), a legitimação do moderno/colonial construiu-se sobre o imaginário da superioridade do colonizador e a característica bárbara do colonizado, que precisava do poder disciplinar daquele para se civilizar.

Em 2010, o argentino Walter Mignolo ampliou esse conceito de colonialidade (Figura 2), partindo do pensamento de Quijano (1992). Mignolo observou que, sob a força retórica da modernidade, a segregação é legitimada em nome da economia e de outros aspectos que, supostamente, trazem a igualdade, mas que são, efetivamente, estratégias de poder colonizante.

Figura 2 – Matriz de reformulação do pensamento colonial do poder



Fonte: BALLESTRIN, 2017.

De acordo com Ballestrin (2017), a ideia de formulação da matriz que configura o pensamento colonialista de poder deu-se com a “invenção da América e da americanidade, com a introdução de quatro novidades: colonialidade, etnicidade, racismo e a noção de novidade em si” (QUIJANO; WALLERSTEIN, 1992). Seria, segundo Ballestrin (2017), a base mundial da dominação que classifica povos quanto à sua cor da pele e quanto à fundamentação da divisão de trabalho e perpassa o que se chama de “colonialismo”. Para a autora, em consonância com os pensadores decoloniais, isso significa que o processo de descolonização nunca se concluiu na América do Sul.

As relações intersubjetivas, pautadas no contexto de colonialidade, tomaram formas diversas, desenvolvendo a coisificação, em que os indivíduos vão perdendo a relação com suas terras, seus sagrados, seus costumes. É o caminho traçado para colonialidade do ser, na qual a colonização dos corpos (não nos referimos ao corpo biológico, mas social das relações) intensifica questões como racismo, misoginia e outras formas de construção ideológica do outro. Walter Mignolo propôs a expressão “decolonialidade do ser”, observando, em sua análise, como o apagamento sistemático do outro e a desconstrução identitária se fizeram porta para a utilização do colonizado como mero instrumento de produção por parte do colonizador.

4 PESCADORES ARTESANAIS: A COMUNIDADE DO ANGARI

Desde a promulgação da Constituição de 1988, a conceituação do que vem a ser “Povos Tradicionais” tem avançado muito, legitimando, cada vez mais, o caráter das identidades coletivas e de territorialidade. Esse conceito é, hoje, uma categoria jurídica e um objeto de política pública, consolidando um amplo conjunto de grupos sociais e ressaltando características próprias quanto aos seus modos de vida e especificidades culturais e históricas.

As características de uma comunidade tradicional estão bem definidas no Decreto 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, e define, no artigo 3º, que:

Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (BRASIL, 2007).

Os pescadores da comunidade do Angari, Colônia de pescadores artesanais situada no sertão da Bahia, às margens do Rio São Francisco (Figura 4), ajustam-se a tais padrões, visto ter a vida cotidiana pautada no contato direto com recursos naturais vindos do rio na sustentação econômica oriunda da pesca e na construção identitária firmada nessa relação homem-ambiente. A Comunidade está localizada no município de Jua-

zeiro, no norte da Bahia, a 430 quilômetros da capital, Salvador. Nasceu dez anos depois de o lugarejo chamado Juazeiro ter sido elevado ao *status* de cidade, em 1878, pela Lei nº 1.814 de 15 de julho. No decorrer das gerações, a atividade da pesca tornou-se a forma de subsistência de mais de 200 famílias que vivem no local.

Figura 4 – Imagem aérea do Bairro Angari, comunidade ribeirinha dos pescadores artesanais da cidade de Juazeiro (BA)



Fonte: Google Maps.

Apesar disso, os Angari ainda não possuem registro oficial como comunidade tradicional, que é concedido pelo Ministério do Meio Ambiente. Para Alves (2014), não há razão para que os Angari ainda sejam ignorados, tendo negada a sua identidade:

É coerente afirmar que o registro do domínio cognitivo dos pescadores e suas famílias sobre a história do Bairro, a partir da memória coletiva e das práticas sociais articuladas culturalmente e ambientalmente pode ser um caminho importante de luta pela efetivação do registro oficial como território de comunidade tradicional e também de direitos já constituídos por lei, mas pouco cumpridos pelos poderes públicos (p. 64).

Nesse contexto, devem-se entender os valores de pertencimento e de construção social de seus indivíduos que os mantêm atrelados às coisas da terra, do espaço, do meio social, cultural e ambiental. No conceito da ADE, esse domínio cognitivo, que se confirma no ato central do ecossistema linguístico, que é a interação, os membros da comunidade promovem a ecologia comunicativa que constrói a identidade ideológica e simbólica dos pescadores. Isso formata-se em sua relação com o ecossistema e com o universo da pesca, ligados a costumes ancestrais de saber-fazer e do sentimento de posse capaz de permitir a permanência sociocultural dos pescadores, ao longo dos anos, no seu ambiente.

Mesmo ante a realidade identitária da comunidade, os Angari têm enfrentado grandes desafios que os ameaçam. Um deles é a degradação do rio, com mais de 40% dos esgotos da cidade despejados, sem tratamento, diretamente nas águas do São Francisco (MPF, 2012). Também tem se tornado uma grave ameaça à existência da comunidade do Angari as recentes construções de edifícios nas imediações da Colônia (Figura 4), desconfigurando as características da comunidade, impondo a esta perdas não apenas de caráter espacial (com instalação de áreas de lazer privadas), mas, sobretudo de territorialidade, impondo a negação de sua existência e saberes.

Para Sousa Santos (2007), essa forma de violentação é instrumentalizada pela colonialidade abissal, a qual divide a realidade social em duas linhas inexistentes e invisíveis, impossibilitando a copresença de ambos os lados da linha. O autor afirma que, quando essas linhas se tornam “naturais”, configura-se a desumanização do outro, a negação dos corpos, dos saberes, pois tudo o que está do outro lado da linha é produzido como invisível e “produzido como inexistente, excluído de forma radical, porque permanece exterior ao universo que a própria concepção aceite de inclusão considera como sendo o Outro” (SOUSA SANTOS, 2007, p. 10).

Acentua, ainda mais, as ameaças sofridas pela comunidade do Angari o fato de os pescadores artesanais ainda não viverem sob lei específica aprovada, como possuem os quilombolas e os indígenas no que se refere à posse de território. Isso vem colocando em estado de vulnerabilidade diversas comunidades pesqueiras em vários Estados brasileiros.

De acordo com a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que aderiu à Campanha Nacional pela Regularização do Território das Comunidades Tradicionais Pesqueiras (lançada em junho de 2012), não há como manter direitos das comunidades sem que estas tenham garantia legal de acesso ao seu território. O aspecto da especulação imobiliária continua sendo o ponto mais abordado quando se trata das opressões sofridas pelos pescadores artesanais em todo o país.

Sem a garantia do acesso à terra, elemento base da cultura e da economia dessas populações, elas continuarão a sofrer opressão, marginalização, exclusão e expulsão, promovidas por empresas depredadoras, pelo turismo, a especulação imobiliária, o agronegócio e pelos projetos governamentais, como as grandes barragens, que têm invadido áreas cultivadas, alterando o ciclo da vida dos rios e provocando o despovoamento de suas margens (CNBB, 2012).

A Campanha, difundida em todo o país a partir de junho de 2012, quando foi lançada em Brasília (DF) acabou, por meio de milhares de assinaturas colhidas, dando origem ao Projeto de Lei 131/2020, que já está tramitando em regime de prioridade na Câmara dos Deputados Federais. A elaboração do texto final, que contou com a participação de organizações sociais, de juristas e de acadêmicos, foi entregue no Congresso em novembro de 2019 e prevê o reconhecimento do direito territorial aos pescadores tradicionais:

Dispõe sobre o reconhecimento, proteção e garantia do direito ao território de comunidades tradicionais pesqueiras, tido como patrimônio cultural material e imaterial sujeito à salvaguarda, proteção e promoção, bem como o procedimento para a sua identificação, delimitação, demarcação e titulação (COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, 2020).

Para Sousa Santos e Meneses (2010, p. 12-13), “a negação de uma parte da humanidade é sacrificial, na medida em que constitui a condição para a outra humanidade se afirmar enquanto universal”. Isso reflete a força do poder econômico, em que os grupos subalternizados – termo empregado por Walsh (2007) ao analisar as sociedades capitalistas – caracterizam-se pela hierarquização cultural baseada no papel que os indivíduos desempenham e nas relações que estabelecem entre si.

A luta dos pescadores por essa afirmação territorial é busca pela decolonialidade do saber, visando o impedimento da negação de seus saberes tradicionais como meio de afirmação de identidade – esta que está intimamente ligada ao seu território. A ADE trata esse homem em busca do seu lugar como “sujeito ecológico”. Ele está à procura não apenas de realização própria, mas também dos demais seres, reclamando para si e defendendo para todos o direito à vida, lutando contra a dor e o sofrimento”. Esse homem é analisado “pelas condutas que condizem com os valores ecológicos, de forma que suas atitudes entrem em harmonia com os ecossistemas nos quais está inserido” (COUTO *et al.*, 2016, p. 151-152).

A Análise do Discurso Ecológica preceitua que o homem faz parte da natureza (ênfase na relação do povo com o seu território) e ressalta a necessidade de um novo posicionamento do conhecimento científico, que deve estar orientado para a desconstrução total da visão fragmentada dos saberes, direcionando-a ao holismo, como forma eficiente de se discutirem e resolverem as crises ambientais, a afirmação identitária e a valorização das comunidades tradicionais e seu modo de vida. Essa representatividade fortalece o caráter da territorialidade dessas comunidades tradicionais, aspecto imprescindível para a fundamentação do sentimento de pertencimento dos indivíduos em relação ao meio ambiente em que está inserido, como afirma Almeida (2004, p. 1): “Territorialidade funciona como fator de identificação, defesa e força: laços solidários e de ajuda mútua informam um conjunto de regras firmadas sobre uma base física considerada comum, essencial e inalienável, não obstante disposições sucessórias porventura existentes”.

5 CONCLUSÃO

Assim como preceituam os decolonialistas, a negação de seres e saberes na sociedade moderna são frutos do eurocentrismo que formatou nossa sociedade, nossa visão de mundo, nossa existência e nossos valores. Desse modo, é inegável que o papel de reavaliação do pensamento, articulando a decolonialidade como

padrão, é determinante para desfazer o assujeitamento a que são submetidos povos e comunidades tradicionais. Além do racismo epistêmico a que a América foi submetida com a força colonialista, também vivenciamos o racismo étnico-estrutural no Brasil. Por essa razão, a subalternidade de indivíduos e comunidades ainda se impõe, de modo a negar a milhares de brasileiros o acesso a seus direitos previstos em nossa Constituição ou ver efetivadas as leis que lhes concedam a legitimação de sua identidade – a exemplo do que ocorre com a comunidade de pescadores tradicionais do Angari. Observamos como as colonialidades do poder, do ser e do saber, conceitos-chave no debate decolonial, têm sido responsáveis pelas tentativas de desterritorialização desses coletivos.

Notadamente, o sentimento de pertencer, a relação do homem com a terra, seus conhecimentos e saberes tradicionais, vêm modificando muitas realidades, inclusive por meio dos dispositivos constitucionais e também dos infraconstitucionais. Para tanto, é notório que a contribuição de pensadores pós-coloniais tem se colocado como mecanismo importante de mudança de posturas, pensamentos e discursos, situando o cidadão numa atitude ecológica de vida – a que considera o outro como parte de si no que se refere às conquistas sociais.

6 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras tradicionalmente ocupadas – Processos de territorialização e movimentos sociais. *R. B. Estudos Urbanos e Regionais*, v. 6, 2004.
- ALVES, V. L. S. *Retrato ecolinguístico dos pescadores artesanais do Angari, ribeirinhos do São Francisco*. 2014. 154f. Dissertação (Mestrado em Ecologia Humana e Socioambiental) – Universidade do Estado da Bahia, Paulo Afonso, BA, 2014.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio/ago. 2013.
- BALLESTRIN, Luciana. Modernidade/Colonialidade sem “Imperialidade”? O elo perdido do giro decolonial. *Dados, Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/001152582017127>.
- BRASIL. Decreto Federal nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 316, 8 ago. 2007a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm.
- BRASIL. Lei nº 11.445. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico... e dá outras providências. *Publicado no DOU*, em 5 de janeiro de 2007. 2007b.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.
- BRASIL. Lei n. 11.959, de 29 de Junho de 2009. Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras, revoga a Lei n. 7.679, de 23 de novembro de 1988, e dispositivos do Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L11959.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.
- COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA. Projeto de Lei nº 131/2020. *Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário*. Brasília, 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236610>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- CNBB. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. *Boletim da 50ª assembleia geral em Aparecida (SP)*. 2012. Disponível em http://www.ihu.unisinos.br/noticias/508837-emdefesadosterritoriosedossdireitosdos_povosindigenasquilombolaspescadore-sartesanaisedemaispopulacoestracionais.
- COUTO, E. K. N. N. *Ecolinguística e imaginário*. Brasília: Thesaurus, 2012.
- COUTO, E. K. N. N. *Ecolinguística: Um diálogo com Hildo Honório do Couto*. Campinas: Pontes, 2013.
- COUTO, E. K. N. N.; ALBUQUERQUE, D. B. Análise do discurso ecológica: fundamentação teórico-metodológica. *Revista de Estudos da Linguagem*, v. 23, p. 485-509, 2015.
- COUTO, E. K. N. N.; ALBUQUERQUE, D. B. *Ecolinguística (Ecolinguistics)*. Brasília: UnB, 2009.
- COUTO, E. K. N. N.; ALBUQUERQUE, D. B. Linguística ecossistêmica crítica ou análise do discurso ecológica. In: COUTO, Elza N. N. do; DUNCK-CINTRA, Ema M.; BORGES, Lorena A. O. (org.). *Antropologia do imaginário, ecolinguística e metáfora*. Brasília: Thesaurus, 2014. p. 27-41.
- COUTO, Hildo H. do; COUTO, Elza N. N. do; BORGES, Lorena A. O. *Análise do discurso ecológica (ADE)*. Campinas: Pontes Editores, 2015.
- COUTO, Hildo et al. (org.). *O paradigma ecológico para as ciências da linguagem: uma coletânea de ensaios*. Goiânia: Editora UFG, 2016.

- FARRÉS, Delgado Yasser; MATARÁN Alberto Ruiz. Colonialidad territorial: para analizar a Foucault en el marco de la desterritorialización de la metrópoli. *Tabula Rasa*, Bogotá, Colombia, n. 16, p. 139-159, enero/jun. 2012.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.
- MIGNOLO, Walter. Desafios decoloniais hoje. Trad. Marcos de Jesus Oliveira. In: *Epistemologias do Sul: Pensamento Social e Político em/Desde/Para América Latina, Caribe, África e Ásia*, Foz do Iguaçu/PR: Universidade Federal da Integração Latino-Americana, v. 1, n. 1, p. 12-32, 2017.
- MPF. Ministério Público Federal. *Ação Civil Pública nº 0001584-96.2012.4.01.3305* – Vara Única de Juazeiro. 2012. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pe/sala-de-imprensa/noticias-pe/despejo-de-esgoto-no-rio-sao-francisco-e-alvo-de-acao-do-mpf>.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/razionalidad. *Perú Indígena*, Lima, v. 13, n. 29, 1992.
- QUIJANO, Aníbal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como Concepto, o América en el Moderno Sistema Mundial. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, v. XLIV, n. 4, p. 583-591, 1992.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça – a função social do Judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1996.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 79, nov. 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Editora Cortez, 2010. 637 p.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Metafísicas canibais: elementos de antropologia pós-estrutural*. São Paulo: Cosac Naify, 2015.
- WALSH, Catherine. *Interculturalidade Crítica e Pedagogia Decolonial: in-surgir, re-existir e re-viver*. Equador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS: A Racionalidade Econômica como Razão do Estado Brasileiro

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.66-76>

Recebido em: 7/9/2020

Aceito em: 19/9/2020

Maria Sueli Rodrigues de Sousa

Doutora em Direito, Estado e Constituição – UnB; mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente – Ufpi; advogada popular; professora da Ufpi (Graduação e Direito e Pós-Graduação em Sociologia e Gestão Pública) e secretária da Comissão Nacional da Verdade da Escravidão Negra – OAB. <http://lattes.cnpq.br/5572267892704240>. <https://orcid.org/0000-0003-4611-2262>. msrs@ufpi.br

Lorena Lima Moura Varão

Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) na área de concentração Direito Econômico. Pesquisadora jurídica do CFOAB. Doutoranda em Direito pela UnB. <http://lattes.cnpq.br/9734049782893779>. <https://orcid.org/0000-0003-1171-6090>. lorena.varao@oab.org.br

RESUMO

O presente artigo visa a discutir os impactos das atividades minerárias em terras indígenas e as garantias constitucionais dos povos indígenas que estão sendo violadas sob um manto discursivo institucional de legalidade. A discussão do artigo tem como objetivo denunciar a violação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e discutir sobre qual modelo de desenvolvimento ou quais modelos a CF/88 instituiu. O itinerário discursivo do texto se fez com diagnóstico dos impactos da mineração nas terras indígenas, discussão de cosmovisão que orienta a relação da vida humana com outras vidas e a natureza jurídica da cultura e territorialidade indígenas tratados como unicidade pelo Estado brasileiro, com destaque para as instituições que realizam o licenciamento e o Poder Judiciário. O texto foi produzido com pesquisa bibliográfica e documental, apresentando como resultados: impactos da mineração nas terras indígenas que aferem a incompatibilidade entre a realização da prática nos moldes ocorridos com violação de direitos fundamentais; e o avanço em texto de leis que não se tornam realidade em razão de não ser considerada a cosmovisão indígena e a não inclusão ou má inclusão de povos indígenas em atos que lhes afetam diretamente.

Palavras-chave: Mineração. Terras indígenas. Desenvolvimento. Direitos humanos.

MINERÍA EN TIERRAS INDÍGENAS: LA RACIONALIDAD ECONÓMICA COMO RAZÓN DEL ESTADO BRASILEÑO

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo discutir los impactos de las actividades mineras en tierras indígenas y las garantías constitucionales de los pueblos indígenas que están siendo violadas bajo un discurso institucional de legalidad. La discusión del artículo tiene como objetivo denunciar la violación de la Constitución Federal de 1988 (CF / 88) y discutir qué modelo de desarrollo o qué modelos instituye el CF/88. El itinerario discursivo del texto se realizó con un diagnóstico de los impactos de la minería en tierras indígenas, discusión de una cosmovisión que orienta la relación de la vida humana con otras vidas y la naturaleza jurídica de la cultura y territorialidad indígena tratada como unicidad por el Estado brasileño, con énfasis en la instituciones que llevan a cabo la concesión de licencias y el poder judicial. El texto fue elaborado con investigación bibliográfica y documental, presentando como resultados: impactos de la minería en tierras indígenas que evalúan la incompatibilidad entre la práctica en la forma que ocurrió con la violación de derechos fundamentales; el avance en el texto de leyes que no se hacen realidad porque no se considera la cosmovisión indígena y la no inclusión o pobre inclusión de los pueblos indígenas en actos que los afectan directamente.

Palabras-clave: Minería. Tierras indígenas. Desarrollo. Derechos humanos.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Territorialidade indígena e mineração: a impossível conciliação. 3 Direito indígenas e desenvolvimento: duas cosmovisões tratadas como unicidade pela cultura ocidental do Estado brasileiro. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da positivação de normas, afirma o modelo de desenvolvimento hegemônico vigente como razão de existir da nação. O artigo 3º, III, da CF/88, ao definir os objetivos da nação Brasil, declara como objetivo o desenvolvimento nacional enquanto ontologia do Estado brasileiro. Além disso, na legislação infraconstitucional há garantias para a produção e acumulação, portanto uma visão economicista para justificar o estabelecimento de grandes empreendimentos extrativistas em territórios tradicionais indígenas.

A CF/88, ao tratar da questão indígena, não deixou de estabelecer regras a respeito da exploração de recursos naturais em terras indígenas. Em seu artigo 49 especifica a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos, bem como a pesquisa e a lavra de riquezas minerais em terras indígenas. Soma-se a este dispositivo a leitura do artigo 231, § 3º, da CF/88, que garante a competência do Congresso Nacional para avaliar a necessidade da atividade minerária em terras indígenas, levando em conta a prevalência dos interesses indígenas (CURI, 2005), pois a execução de tais atividades, assim como a autorização do Congresso Nacional, só podem ocorrer nas condições específicas estabelecidas em lei (artigo 176, § 1º). Embora, no entanto, seja um debate antigo no Congresso, ainda hoje a matéria não foi regulamentada.

Em contraposição ao que foi estabelecido pela CF/88, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) determina a aplicação do direito comum, isto é, o Código de Mineração vigente, considerando que as terras indígenas são públicas e desconsiderando a posse e o usufruto exclusivo indígena, salvo para lhes atribuir as indenizações e participação na renda, mas vale dar ênfase à perspectiva de superioridade da Constituição, o que torna inválida normas que com esta não combine. Partindo do texto constitucional, quatro especificidades em relação à exploração minerária em terras indígenas estão estabelecidas: a) autorização do Congresso Nacional; b) consulta às comunidades indígenas afetadas; c) participação nos resultados da lavra; e d) necessidade de uma lei específica que regule a atividade minerária em terras indígenas.

Apesar, no entanto, da especial proteção dada pela Constituição às terras indígenas e a evidente limitação imposta às concessões de pesquisa e lavra de minérios, a Agência Nacional de Mineração (ANM) concedeu direitos minerários preferenciais em praticamente toda a Amazônia, incluídas as terras indígenas, muitas vezes sob a alegação de que, enquanto não houver lei, não poderá ser aplicado o texto constitucional supracitado (SOUZA FILHO, 2009), o que justifica o discurso de necessidade de regulamentação da lei.

Em meio a esse contexto, tramitam no Congresso Nacional vários projetos de lei que propõem regulamentar a exploração de recursos minerais em territórios indígenas. Ganha destaque, todavia, o PL n. 191/20, que prevê a impossibilidade do poder de veto, a não exigência de autorização do Congresso Nacional para a realização de estudo técnico prévio e a compensação financeira como possibilidade para os povos habitantes em áreas de extração (VENTURA, 2020).

É oportuno lembrar que a urgência em aprovar esse projeto de lei vem na esteira da aprovação do novo marco regulatório da mineração, que tem como principal objetivo ampliar a exploração mineral no Brasil, sob o pretexto do “crescimento econômico” do país (BRASIL, 1996). Na realidade, trata-se de mais uma medida que reforça o modelo de desenvolvimento neoextrativista e desconsidera outros modos de vida presentes em zonas que possuem minérios.

O discurso de uma ausência de regulamentação coloca os povos indígenas em constantes ameaças. Segundo o Instituto Socioambiental (ISA), um quarto das terras indígenas registra processos minerários na ANM. São mais de 4.000 processos de requerimento minerário incidindo sobre 177 terras indígenas entre 1969 e 2016. No Brasil, existem 1.296 Terras Indígenas (TIs) que perfazem um total de 13% do território nacional. Desse montante, 98% das TIs do país ficam na Amazônia Legal e 34% dessas terras têm interesses relacionados à mineração. Ao todo, existem 4.777 processos incidentes em territórios indígenas na Amazônia Legal (BARROS; BARCELOS; BRESSANE, 2016). Só no Pará registraram-se 2.357 títulos minerários concedidos pelo poder público, abrangendo desde autorizações de pesquisa às concessões de lavra. Alguns territórios, como as TIs Sawré Muybu, Xikrin do Rio Caeté, Kayapó e Arara, têm sua área praticamente coberta por interesses minerários.

O território indígena mais afetado é o dos Yanomamis, onde algumas aldeias já contam com cerca de 92% das pessoas contaminadas por mercúrio, usado na mineração de ouro. Ademais, cerca de 56 TIs têm mais de 60% de sua área requerida por processos. Em áreas indígenas menores, esses processos ocupam facilmente mais de dois terços de seus territórios, e 8 terras indígenas terão mais de 90% de sua área comprometida (BARROS; BARCELOS; BRESSANE, 2016).

O cenário é desolador. Essa atividade não implica tão somente a abertura de enormes minas, mas também pressupõe a utilização de diversos produtos tóxicos durante a exploração, causando a contaminação de solos e águas superficiais. Davi Kopenawa narra seu primeiro contato com os garimpeiros em território Yanomami:

Todos os igarapés estavam cheios de lama amarelada, sujos de óleo de motor e cobertos de peixes mortos. Nas margens, desmatadas, havia máquinas rugindo com um barulho ensurdecedor e sua fumaça empestava a floresta nos arredores. Era a primeira vez que eu vi garimpeiros trabalhando (KOPENAWA; BRUCE, 2015, p, 339).

Para defender a floresta, os povos que habitam a floresta amazônica tentam expulsá-los, contudo temem por suas crianças, mulheres e velhos. Afinal, Davi Kopenawa afirma ser “perigoso se opor aos garimpeiros. Eles são muitos e todos carregam facas, espingardas e revólveres. Também têm dinamites, aviões, helicópteros e rádios. Nós só temos nossos arcos e flechas” (KOPENAWA; BRUCE, 2015, p. 352). Trata-se de uma luta desigual. De um lado, temos um grupo apoiado pelo Estado e pelo setor minerário, de outro, temos uma população vulnerabilizada historicamente, desumanizada pelo Estado e refém de um modelo de desenvolvimento imposto e completamente incompatível com os modos de vida dos povos da floresta.

A interpretação ilícita da Constituição pela ANM leva a situações danosas, por exemplo, a existência de direito adquirido dos concessionários de mineração em terra indígena. Partindo-se do princípio de que não há direito adquirido contra a Constituição, seria possível afirmar que é simples a solução para este caso: o cancelamento das concessões (SOUZA FILHO, 2009, p. 140).

Neste cenário, o presente artigo visa a discutir as atividades minerárias em terras indígenas e as garantias constitucionais do povo indígena que estão sendo violadas sob um manto discursivo institucional de legalidade. A discussão do artigo tem o objetivo de denunciar a violação da CF/88 e discutir sobre qual modelo de desenvolvimento ou quais modelos a mesma institui.

2 TERRITORIALIDADE INDÍGENA E MINERAÇÃO: A IMPOSSÍVEL CONCILIAÇÃO

Entre os inúmeros tipos de atividade econômica existentes, a mineração talvez seja a mais impactante ambiental, social e territorialmente. Essa atividade não implica tão somente a abertura de enormes minas, mas também pressupõe a utilização de diversos produtos tóxicos durante a exploração, causando a contaminação de solos e águas superficiais. Desse modo, por ser uma atividade de cunho empresarial, a exploração de minérios necessita de uma infraestrutura que possibilite a extração em esferas industriais e que permita a recuperação do investimento ao longo dos anos (VALLE, 2002).

Já na fase de pesquisa minerária, que busca definir a jazida e determinar a exequibilidade do seu aproveitamento econômico (BRASIL, 1967, artigo 14), é necessária a abertura de estradas, o deslocamento de terra, a presença de máquinas e a convivência com técnicos que ali se instalam para verificar a viabilidade da exploração naquele local. As maiores alterações ocorrem, contudo, na fase de lavra, que implica operações que vão desde a extração das substâncias minerais úteis contidas na jazida até o seu beneficiamento (BRASIL, 1967, artigo 36).

Eduardo Gudynas (2016, p. 24) alerta para a existência dos “efeitos derrame” das atividades extrativas. Segundo o autor, os impactos da mineração não se restringem somente ao local da jazida, pois são mais amplos e afetam a estrutura, dinâmica e institucionalidade das estratégias de desenvolvimento, das políticas setoriais (como a econômica ou comercial) e inclusive as visões sobre natureza, justiça e democracia. Deve-se ressaltar, também, que os impactos não se restringem à época em que a extração está sendo realizada. Em-

bora a Constituição exija, em seu artigo 225, §2º, a recuperação da área degradada, o que se observa é que as empresas mineradoras, após esgotarem as jazidas, abandonam o passivo ambiental¹ construído durante o tempo de extração (ALIER, 2007, p. 293).

Além dos danos ambientais provocados pela intervenção na natureza, são notórios os impactos sociais e econômicos que recaem sobre as populações atingidas por tais empreendimentos, quais sejam: a interrupção do acesso a áreas produtivas ou a recursos de subsistência; o desemprego em razão da mudança de dinâmica econômica após a abertura ou fechamento da mina; o aumento de preço das terras, moradia e alimentos; e a exposição a situações de risco, tais como a prostituição, o tráfico de drogas e a violência, criadas depois da chegada de novos trabalhadores (MILANEZ, 2012, p. 41).

Ao criar mecanismos que assegurem o aumento no ritmo de exploração, o Estado, ainda que em nome da necessidade de gerar divisas que viabilizem políticas de redução da pobreza e desigualdade social, “impulsiona um processo de despossessão dos grupos sociais nos territórios” (MALERBA, 2012, p. 12). No caso específico dos povos indígenas, a terra não é encarada como propriedade no formato jurídico clássico, mas, sim, como uma extensão da identidade desses povos, de sua relação com a natureza e a cultura.

O Estado, de modo geral, entretanto, estrutura o planejamento das políticas agrárias sob uma perspectiva individual e, por esse motivo, é um dos principais responsáveis pelo acirramento dos conflitos socioambientais territoriais (MOREIRA, 2017, p. 25). A atuação do Estado no agravamento de tais conflitos se expressa, principalmente, pela produção de normas que reforçam o caráter privado da terra, encarando-a como mercadoria a ser apropriada.

Segundo Garavito (2012, p. 13), pode-se caracterizar as terras indígenas da Amazônia Legal, principais afetadas por interesses minerários, como “campos sociais minados”. Estes, segundo o autor, seriam típicos de economias extrativas que giram em torno da exploração de minas, onde ocorre uma acentuada desigualdade entre as empresas e as comunidades indígenas e a ausência de mediação estatal.

O processo de avanço da mineração sobre terras indígenas envolve vários mecanismos, como a mercantilização da terra, a expulsão dos povos e a flexibilização das normas de regulação, de modo a favorecer a rentabilidade dos investimentos (CURI, 2005). Isso acontece em vários países da América Latina, onde, apesar de haver algumas políticas de caráter distributivo, adere-se à fórmula do modelo de desenvolvimento neoxtrativista.

O caráter conflituoso, violento e altamente assimétrico dos campos sociais minados, faz com que os povos indígenas tenham “escasso poder de negociação e um mínimo poder de decisão” ao longo do processo de consulta (GARAVITO, 2012, p. 46). No caso específico do Brasil, a desigualdade presente nos campos sociais minados é reforçada pelo modo como é estruturado o licenciamento ambiental, em que as empresas e o Estado retêm o poder de definir os significados das categorias envolvidas nos licenciamentos e execuções das obras, sem que sejam previstas fases adequadas para a participação dos povos indígenas.

Para Andréa Zhouri (2008, p. 101), em situações semelhantes, o processo de licenciamento ambiental não cumpre sua função principal, deixando de ser um instrumento de avaliação da sustentabilidade socioambiental das obras para ser mero instrumento viabilizador de um projeto de sociedade que tem no meio ambiente um recurso material a ser explorado economicamente, seguindo a lógica da racionalidade econômica que não leva em consideração o potencial produtivo da natureza e da cultura dos povos indígenas.

Diante do exposto, tal constatação revela a ausência de entendimento institucional que, de fato, considere as demandas e o conhecimento das comunidades na caracterização dos impactos socioambientais de um empreendimento, apesar de a legislação prever o contrário (ZHOURI, 2008, p. 102). Geralmente, quando as comunidades são comunicadas sobre a possibilidade da instalação de um empreendimento minerário, o processo de licenciamento já encontra-se em estágio avançado e pouco pode ser feito. Muitas vezes, as decisões já foram tomadas e acordos já foram estabelecidos entre o poder local e os empreendedores, retirando das comunidades afetadas o direito à informação e à participação, garantidos pelo artigo 231, § 3º, da CF/88, bem como da Convenção nº 169 da OIT.

¹ O conceito de “passivo ambiental” surgiu na América Latina com base em casos concretos de contaminação provocados pela atividade mineradora e pela extração de petróleo (ALIER, 2007, p. 293).

Assim, ao considerarmos o processo de exclusão a que os povos indígenas estão submetidos, observa-se que ele se dá principalmente pela retirada do poder de participação nas tomadas de decisão acerca dos significados, destinos e usos dos recursos naturais existentes nos territórios. Como ressalta Zhouri, isso ocorre pela forma como é estruturado o processo de licenciamento ambiental no Brasil. Sabe-se que o licenciamento ambiental não somente deveria garantir o cumprimento da legislação e das normas em vigor, mas também possibilitar a participação das comunidades afetadas nas tomadas de decisão, mormente por meio de audiência pública (ZHOURI, 2008, p. 105).

O licenciamento ambiental tem como objetivo efetuar o controle ambiental das atividades efetiva e potencialmente poluidoras, por intermédio de um conjunto de procedimentos a serem determinados pelo órgão administrativo de meio ambiente competente, com o intuito de garantir o equilíbrio ecológico e a defesa da qualidade de vida da coletividade. Essa busca pelo controle ambiental manifesta-se por meio de uma série de exigências e de procedimentos administrativos que o Poder Público impõe para que seja permitida uma atividade potencialmente nociva ao meio ambiente, posto que existem normas e padrões de qualidade ambiental a serem respeitados (FARIAS, 2015, p. 26).

Andréa Zhouri, Klemens Laschefski e Ângela Paiva (2005, p. 109-110) afirmam que a função do licenciamento ambiental seria garantir que as decisões políticas referentes à instalação, localização, ampliação e funcionamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras, se enquadrem nos regulamentos da sociedade. Somente dessa forma os povos impactados por determinado empreendimento ficariam, de fato, protegidos das consequências das decisões tomadas a partir de critérios políticos e não de critérios técnicos.

Desde a década de 90 do século 20, contudo, o processo de licenciamento ambiental vem sofrendo uma campanha negativa, por parte do setor energético, que reforça o papel do licenciamento enquanto um obstáculo ao processo de desenvolvimento do país. Dentro dessa ótica, Zhouri (2008, p. 102) assevera que a falta de transparência é um dos principais empecilhos à participação das comunidades impactadas. Assim, sem o conhecimento das reais dimensões dos impactos dos projetos, as comunidades não têm informações suficientes para um posicionamento sobre a proposta apresentada.

Diante dessa conjuntura, é imperioso destacarmos que os povos indígenas não se constituem como vítimas passivas desse processo. Ao contrário, lutam para abrir novos espaços de confrontação, negociação e combinação relacionados com as tomadas de decisão relativas à apropriação da natureza e à participação social na gestão de seus territórios. Assim, em virtude de suas próprias concepções de desenvolvimento e da relação que estabelecem com seus territórios, os povos habitantes das regiões ricas em recursos naturais reagem fortemente à intervenção do governo e/ou do mercado. Consoante a isso, Leff (2006) afirma:

Esses novos movimentos se caracterizam por suas novas demandas de participação social, pela obtenção de bens simbólicos e pela recuperação de estilos tradicionais de vida, pela defesa de novos direitos étnicos e culturais, ambientais e coletivos. Reivindicam também o seu patrimônio ancestral de recursos ambientais. Suas lutas por dignidade e pela democracia, contra a sujeição e superexploração de grupos sociais, são, ao mesmo tempo, por um direito de reapropriação de seus territórios e de autogestão de seus recursos naturais (p. 454).

Dessa maneira, redefinem-se os direitos humanos vinculados à posse, propriedade e usufruto dos bens e serviços da natureza (LEFF, 2006, p. 460). Além disso, as novas lutas por um novo modelo de desenvolvimento associam-se às lutas pela democracia. Povos indígenas tentam construir a possibilidade de tomadas de decisão a partir dos seus próprios valores, garantindo a participação direta na gestão de seus recursos produtivos.

Assim, diante da conjuntura nacional de intercâmbio ecologicamente desigual² (ALIER, 2007, p. 346), os povos indígenas apresentam a proposta de um projeto social baseado na produtividade da natureza, naquilo que é necessário para manter a vida humana em sintonia com todas as vidas, nas autonomias culturais e na democracia participativa (LEFF, 2006, p. 460). Desse modo, o Bem Viver, a cosmovisão das civilizações que

² Refere-se ao fato de o capital estrangeiro importar produtos dos países periféricos sem levar em consideração o esgotamento dos recursos naturais e as externalidades locais.

aqui habitavam na invasão colonialista, apresenta-se como um paradigma alternativo de desenvolvimento, no qual os recursos ambientais convertem-se em potenciais capazes de reconstruir o processo econômico dentro de uma nova racionalidade produtiva.

Na América Latina, a construção desse novo paradigma parte do reconhecimento oficial por parte dos Estados nacionais da diversidade cultural que existe dentro de suas fronteiras. No plano econômico, porém, existe um desafio maior: elaborar padrões de desenvolvimento econômico que levam em conta essa riqueza cultural.

Por sua vez, a história da mineração no Brasil e a experiência em curso de expansão dessa atividade na América Latina, demonstram que a prioridade, em nome de um suposto interesse público, que é dada pelos governos às atividades minerais em relação a outros usos econômicos e culturais dos territórios, longe de ser construída mediante processos democráticos, muitas vezes é instituída por meio da violência e da criminalização (ACOSTA, 2011, p. 175). Ela tende a provocar a perda das bases de reprodução socioeconômica dos grupos locais dado o caráter de controle e reorganização do espaço que a dinâmica mineral impõe aos territórios.

Compreendemos, assim, que a construção de um modelo de desenvolvimento democrático deve ter o objetivo de fortalecer uma visão endógena, voltada para satisfazer as necessidades básicas locais e garantir a participação direta dos povos nas decisões sobre o destino das riquezas naturais contidas em seu território. Esse modelo deve deixar, contudo, de desconstruir o discurso de que as práticas tradicionais dos povos indígenas constituem um obstáculo ao desenvolvimento, bem como de repensar o ambiente como um potencial para um desenvolvimento alternativo que integre a natureza e a cultura como forças produtivas.

No âmbito jurídico, a disputa pela proteção aos direitos humanos dos povos indígenas deve partir de outra concepção de direito. Um direito coletivo construído sob as bases dos modos de vida dos diversos povos é imprescindível para que possamos desenhar outra história para os povos indígenas no Brasil.

3 DIREITO INDÍGENAS E DESENVOLVIMENTO:

Duas Cosmologias Tratadas Como Unicidade Pela Cultura Ocidental do Estado Brasileiro

Violações de direitos humanos em projetos de mineração são uma realidade recorrente no Brasil, o que se relaciona inevitavelmente ao modelo de desenvolvimento adotado pelo país e à arquitetura legal e institucional que se estruturou em decorrência dessa opção. Em outras palavras, o modelo de desenvolvimento neoextrativista criou um aparato jurídico e institucional voltado para legitimar grandes empreendimentos de mineração no Brasil.

No processo de instalação de atividades extrativistas, o prejuízo causado pelas mesmas tem sido justificável perante a promessa do desenvolvimento. Desse modo, intensificam-se os impactos ambientais nos ecossistemas e nos territórios, mas também a ameaça e o enfraquecimento dos direitos humanos, gerando riqueza para seus acionistas e colaboradores e pobreza para a população local, fragilização da diversidade cultural e biológica, deterioração das condições ambientais e apropriação privada dos recursos naturais.

No centro desse conflito, os povos indígenas denunciam a insustentabilidade da atividade minerária com suas práticas históricas de ocupação e uso do território. Ademais, cabe destacarmos que a experiência das comunidades, assentadas nos territórios onde esses projetos se instalam, é o sistemático desconhecimento dos direitos fundamentais, a perturbação de sua vida individual e social, a fragilização dos processos identitários e o deslocamento forçado, situação que se agrava quando se trata de comunidades étnicas, que têm grande dependência cultural e social de seus territórios ancestrais (O'DWYER, 2010).

O aparato jurídico responsável pela resolução dos conflitos socioambientais oriundos do choque entre mineração e povos indígenas, todavia, não é capaz de apresentar uma solução, “pois é baseado em um modelo jurídico historicamente fundado em um sujeito de direito liberal-burguês – o que implica na incorporação das falácias da neutralidade, da abstração e da generalização” (BRUZACA, 2014, p. 107).

Segundo Souza Filho (2009, p. 65), o sistema jurídico estabelece uma dicotomia entre direito público e direito privado. No meio dessa dicotomia encontram-se os direitos territoriais dos povos indígenas. Assim,

a cultura constitucional clássica não podia aceitar a introdução, nas constituições, do reconhecimento dos direitos de povos indígenas a um território e à aplicação neste território de seu Direito próprio, porque entendia que seria um Estado dentro do Estado (SOUZA FILHO, 2009, p. 68).

Desse modo,

[...] as terras indígenas não são públicas à luz do sistema jurídico, porque não estão destinadas a um fim estatal, nem a um uso público geral. Muito menos são privadas, porque não há sobre elas um ou muitos titulares de Direitos definidos. Sobre ela não incidem nem podem incidir, os institutos clássicos do Direito privado, como a compra e venda, sucessão hereditária, prescrição, registro, etc. Não sendo públicas nem privadas, estas terras ficaram numa espécie de limbo jurídico (SOUZA FILHO, 2009, p. 65).

Diante dessa dicotomia presente na natureza jurídica das terras indígenas, o Estado, ao lidar com conflitos coletivos, reduz todas as territorialidades a uma relação individual. Nos conflitos envolvendo grandes mineradoras e povos indígenas, por exemplo, o conflito é reduzido a uma lide entre o direito de propriedade da empresa mineradora contra o direito subjetivo possessório da tribo superficial.

Assim, ao legitimar o modelo de desenvolvimento hegemônico, a racionalidade jurídica imperante exclui os direitos coletivos dos povos tradicionais. Essa exclusão se dá em virtude de o pensamento moderno, eurocêntrico e colonial desconsiderar a existência de outros povos culturalmente diversos. Trata-se de mais uma tentativa de homogeneizar os vários povos para que estes se enquadrem em um perfil de cidadão universal.

Wolkmer (2013, p. 38) ressalta que é necessário “instituir formas de produção do conhecimento que partam da práxis democrática pluralista” desses povos. A construção de uma nova cultura jurídica mais democrática deve fundar-se no direito à diferença, à identidade coletiva, à autonomia e à igualdade de acesso a direitos.

Ainda segundo o autor, a construção dessa nova cultura jurídica deve se expressar na “coexistência de normatividades diferenciadas [...] podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado” (WOLKMER, 2013, p. 43). Nesse ínterim, o direito interno de cada povo indígena seria considerado para fins de qualquer intervenção do Estado em seus modos de vida.

Nesse sentido, Flores (2009, p. 25) afirma que “os direitos humanos constituem a afirmação da luta do ser humano para ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado”. Desse modo, um aparato jurídico pensado fora da realidade dos povos indígenas não vai cumprir com a função de protegê-los enquanto povos culturalmente diferenciados.

A mineração em terras indígenas é em si mesma uma prática violadora dos direitos humanos e direitos fundamentais dos povos indígenas. Os impactos negativos, ocasionados pela extração dos minérios, deixam uma onda de devastação nos territórios. É importante destacar que o novo marco regulatório da mineração foi pensado fora das instâncias decisórias desses povos. O único momento que estabelece a oportunidade de esses povos serem ouvidos, se dá durante o processo de licenciamento ambiental; processo este construído sob a racionalidade econômica ocidental, fazendo com que os povos indígenas estejam automaticamente excluídos das decisões a serem tomadas no que diz respeito à execução de grandes obras em seus territórios.

Em resposta a essa exclusão, povos indígenas reivindicam novos direitos políticos, construídos em torno de suas autonomias e territórios como espaços de autodeterminação. Além disso, vêm disputando normas jurídicas para o acesso e usufruto de seu patrimônio de recursos naturais (LEFF, 2012, p. 348).

Essa disputa, no entanto, vem sendo travada sob fortes conflitos, pois o aparato jurídico do Estado brasileiro nega a possibilidade de convivência, no mesmo território, de sistemas jurídicos diversos. Isso se deve à crença de que “o Direito estatal sob a cultura constitucional é único e onipresente” (SOUZA FILHO, 2009, p. 71), a despeito dos artigos 215 e 216 da CF/88. Assim,

os sistemas jurídicos nacionais, inclusive a Convenção 169 da OIT considera que a aplicação das regras jurídicas indígenas, mesmo nos territórios e na convivência da comunidade, é possível apenas de forma secundária ao Direito Estatal, tolerada quando a lei for omissa ou desnecessária. Quer dizer, os Estados até admitem que existe um Direito próprio dos povos indígenas, mas inferior porque deve se pautar pelos direitos estabelecidos pelo sistema jurídico nacional ou pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Isto equivale a dizer que estes Direitos não têm autonomia frente ao nacional (SOUZA FILHO, 2009, p. 74).

A legitimidade da ordem jurídica funda-se na submissão das leis ao poder hegemônico. Este gera os dispositivos jurídicos e formula as leis que são impostas e devem ser obedecidas (LEFF, 2012, p. 349), o que demanda, para a regulação da atividade minerária em território indígena, a necessidade de repensar o modelo de desenvolvimento vigente.

Em vista disso, os direitos ambientais, étnicos, culturais e coletivos ou comunitários devem definir-se em relação direta com os modos de vida dos povos tradicionais que habitam o planeta. Esses direitos, segundo Leff (2012, p. 350), germinam no campo das lutas sociais prioritariamente. Assim, a “justiça ambiental dirime-se mais na arena política do que nas procuradorias ambientais e nas instâncias do poder judicial” (LEFF, 2012, p. 350). Nesse mesmo sentido,

hoje as lutas sociais e a construção dos novos direitos se debatem no terreno de uma epistemologia política. São lutas por definir e fazer valer conceitos – de povo, autonomia, território – que haverão de demarcar não só o espaço do ser e da propriedade da terra, mas toda uma racionalidade que há de traduzir-se em leis e normas, em procedimentos legais e em regras judiciais (LEFF, 2012, p. 351).

A construção de uma racionalidade aberta à diversidade cultural implica transformar a ordem jurídica em favor da legitimidade desses novos direitos, por meio de um confronto de interesses e sentidos, num jogo estratégico entre ordens societárias diferentes e racionalidades contrapostas (LEFF, 2012, p. 357). Com efeito, o conflito resultante do choque entre racionalidades divergentes faz com que a legislação brasileira consagre direitos, mas não dispõe de cultura com entendimentos que viabilizem a percepção dos direitos coletivos ou comunitários. Assim, essa imprecisão “permite que grupos hegemônicos deslegitimem as pretensões de segmentos historicamente marginalizados, baseando-se no mesmo conjunto de legislações e direitos” (BRUZACA, 2014, p. 108-109).

Na realidade, a não percepção dos direitos coletivos e comunitários não é resultado do mero acaso. Trata-se da ontologia que conforma a cultura ocidental. Assim, para enfrentá-la é necessário desenvolver outra cultura social e jurídica. Aqui destacamos também a ausência de regulamentação de mineração em terras indígenas, que acaba dando espaço para que o ANM autorize a pesquisa e a lavra em territórios tradicionais, sob o argumento de que sem regulação não há proibição expressa, conforme já mencionamos anteriormente, mesmo violando a CF/88, o que compreendemos como uma ação política do Estado que autoriza a invasão dos territórios indígenas por meio de uma suposta omissão despreocupada. Sobre isso, Flores (2009) ressalta que

O problema [...] refere-se à racionalidade que está na base da ideologia jurídica e política hegemônica, predominantemente neoliberal e neoconservadora. Dessa perspectiva tradicional, justifica-se o (des)cumprimento dos direitos humanos no mundo utilizando indicadores que fixam as liberdades individuais e o Estado formal de direito acima dos direitos sociais e do Estado social de direito (p. 98).

No que se refere ao direito dos povos indígenas ao seu território, temos que “os vínculos entre natureza e cultura, comunidade e território, saber e apropriação, parecem relações impossíveis de nomear, de delimitar, de prescrever” (LEFF, 2012, p. 365). Ao atribuir seu caráter de “difusividade”, os interesses econômicos das empresas e dos Estados encontram livre-acesso para se apropriarem dos recursos naturais presentes nos territórios tradicionais.

A CF/88, ao estabelecer a possibilidade de mineração em terras indígenas mediante a participação nos resultados da lavra, reitera o caráter economicista do modelo de desenvolvimento adotado pelo Estado, mas uma interpretação, com base nos direitos fundamentais, combinado com os artigos 215, 216 e 225, dá conta de afirmar a ilegalidade do ato hermenêutico praticado.

A legislação brasileira reconhece os territórios tradicionais como “espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais” (artigo 3º, II, Decreto 6.040/07). Na prática, contudo, as dimensões culturais, espirituais e ambientais do território não são consideradas pelo Judiciário, que, muitas vezes, compreende que realocar esses povos para outro espaço geográfico, ou compensá-los financeiramente, substitui a perda cultural ocorrida em virtude de uma intervenção em seus territórios tradicionais.

Sobre isso, Souza Filho (2009, p. 84) reforça que essa prática constitui uma forma de colonialismo do Estado brasileiro que impõe uma concepção de desenvolvimento sob a perspectiva da cultura dominante. Desse modo, o direito ao uso coletivo dos recursos fica subordinado ao interesse definido pelo Estado que, por sua vez, “cede à racionalidade do mercado que cada vez mais se impõe a partir dos centros de poder que governam a globalização econômica” (LEFF, 2012, p. 368).

Diante do exposto, podemos constatar que vivemos um paradoxo. Ao mesmo tempo em que surgem mais mecanismos jurídicos de proteção aos direitos humanos dos povos indígenas, estes encontram-se cada vez mais imersos em uma situação de pobreza e desigualdade, principalmente pelo fato de não existir “desenvolvimento se não se respeitam os direitos humanos no mesmo processo de desenvolvimento” (FLORES, 2009, p. 77). Para isso, é necessário que esses povos passem a controlar seus destinos.

Aqui, voltamos à necessidade de aliar as lutas por um novo modelo de desenvolvimento que estabeleça processos efetivamente democráticos de participação. Nesse mesmo sentido, Flores (2009, p. 142) afirma que deve haver a “inter-relação entre os conceitos de desenvolvimento e de democracia como base para uma necessária politização da reflexão sobre os modelos de desenvolvimento”.

Sobre a relação entre desenvolvimento e democracia, Zhouri (2018, p. 17) ressalta que “a flexibilização das normas e o retrocesso institucional colocam em questão a própria noção de democracia e configuram um dos ‘efeitos derrame’ da mineração”. Segundo a autora, “os espaços da política são transformados em instâncias de judicialização e criminalização de atingidos e lideranças que lutam em defesa de seus territórios e modos de vida a eles associados”.

Nessa mesma linha, Flores (2009, p. 65) afirma que uma teoria crítica do direito deve se sustentar no “empoderamento dos grupos mais desfavorecidos ao lutar por novas formas, mais igualitárias e generalizadas, de acesso aos bens protegidos pelo direito”. A construção, portanto, de um modelo de desenvolvimento que agregue e efetive os direitos territoriais indígenas, perpassa, necessariamente, pela participação de tais povos no processo decisório das políticas instituídas pelo Estado e na autogestão de seus recursos produtivos.

Pensar um novo marco regulatório do setor minerário pressupõe a participação direta das comunidades atingidas por grandes empreendimentos de mineração e demanda a formação de cultura jurídica capaz de proteger, no caso concreto, a vida, os territórios e a cultura dos povos indígenas.

Vale mencionar que as reivindicações dos povos indígenas vão além do respeito à sua diversidade cultural. Atualmente, as lutas se dão pela reapropriação de seus territórios e pelo direito ao aproveitamento de seus recursos naturais. Dessa forma, “redefinem-se os direitos humanos vinculados à posse, propriedade e usufruto dos bens e serviços da natureza” (LEFF, 2006, p. 470). Essa redefinição baseia-se na desconstrução do conceito clássico de propriedade, fruto da criação do capitalismo. Segundo Moreira (2017),

daí que existe uma pertinência na compreensão da propriedade privada moderna, como instituto eurocêntrico fundado na homogeneização das formas de relação com a terra, exclusão de terceiros e no domínio pleno da terra, cujas raízes teóricas estão fortemente fincadas na formação dos Estados e do Direito modernos em suas relações com o capitalismo emergente no seio da sociedade burguesa ascendente (p. 219).

Conforme afirma Moreira (2017), o direito de propriedade é um dos principais pilares do sistema moderno liberal e fora reiteradamente repetido nas constituições e documentos de Direitos Humanos desde então, a partir de uma concepção preponderantemente individualista (p. 224). A concepção de Direitos Humanos hegemônica, no entanto, é eurocêntrica e, portanto, colonial, surgida no Ocidente como fruto das “reações sociais e filosóficas que pressupunham a consciência da expansão global de um novo modo de relação social baseada na constante acumulação de capital” (FLORES, 2009, p. 42).

Trata-se de uma concepção que surgiu em um contexto particular, porém difundiu-se por todo o mundo numa perspectiva homogeneizante. Os direitos humanos, todavia, não podem ser compreendidos fora dos contextos sociais, econômicos, políticos e territoriais nos quais e para os quais se dão (FLORES, 2009, p. 52). Daí surge a necessidade de construir uma concepção de direitos humanos gestada no seio da conjuntura econômica, política e cultural da América Latina.

Nos países de capitalismo periférico latino-americano, a construção de uma nova concepção de direitos humanos exige a “redefinição das relações entre poder centralizador de regulamentação do Estado e pelo esforço desafiador de autorregulação dos movimentos sociais e múltiplas entidades voluntárias excluídas”

(WOLKMER, 2013, p. 43). É imperioso, portanto, consolidar a afirmação de direitos humanos numa perspectiva integral, local e intercultural (WOLKMER, 2013, p. 46). Essa afirmação prescinde da negação da “natureza individualista, essencialista, estática e formalista dos direitos” e parte para uma redefinição multicultural de Direitos Humanos (FLORES, 2009, p. 130).

Nessa linha, os povos indígenas articulam-se jurídica e politicamente para denunciar o capitalismo como um “sistema de fabricação de pobreza” e desigualdades (KRENAK, 2015, p. 332). Para isso, utilizam-se do aparato jurídico internacional, a exemplo da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), para visibilizar outras concepções do mundo no processo judicial e contribuir para revelar outras pluralidades normativas que confrontam o caráter individualista e privado do ordenamento jurídico brasileiro (SIERRA, 2017).

Ao abrir a possibilidade de um diálogo de saberes no espaço judicial (SIERRA, 2017, p. 172), os povos indígenas inserem a linguagem de suas cosmovisões e de seu direito próprio na argumentação jurídica. Com isso, disputam não só uma noção coletiva dos direitos, mas, também, “um conjunto semântico não ocidental que remete às construções culturais dos povos indígenas; quer dizer, propicia uma ecologia de saberes” (SIERRA, 2017, p. 179) dentro do jogo judicial.

A concepção de sujeito, enquanto indivíduo deslocado da natureza, é confrontada pela memória de povos que sobrevivem há séculos em total conexão com seu território, e compreendem que não são os únicos seres que têm o direito de habitarem este organismo vivo chamado Planeta Terra. Ao abrirem espaço para dialogar com o direito nacional e internacional, o povo Yanomami tem se reinventado e, conseqüentemente, “a luta jurídica trouxe consigo um fortalecimento das identidades coletivas (...) e propiciou uma reconfiguração das normas e do direito próprio” (SIERRA, 2017, p. 180). Trata-se de uma tática gestada coletivamente e que reverbera positivamente na manutenção dos laços comunitários, possibilitando, na medida do possível, um diálogo com o Estado brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, concluímos que o aparato jurídico construído para proteger o direito territorial dos povos indígenas em zonas de extração de recursos naturais, não é efetivo. Sua não efetividade se dá em virtude de uma cultura jurídica que é incapaz de reconhecer o direito protegido na norma quando não se trata da ontologia ocidental e também por falta de inclusão dos povos indígenas nas instâncias decisórias dos povos. Tanto a CF/88 quanto a Convenção nº 169 da OIT são interpretadas na perspectiva de um direito privado e individualista que tenta adaptar os institutos jurídicos indígenas às fórmulas clássicas dos direitos civis e políticos. Diante disso, é necessário repensarmos a questão jurídica, sobretudo no que diz respeito à sua produção e aplicação.

Os povos indígenas devem ter o direito de autogerirem seus recursos e modos de vida. O Estado brasileiro deve abrir meios de participação política para que tais povos, dentro de suas práticas internas, possam influenciar na formulação de políticas públicas que recaiam sobre seus territórios de vida.

Por fim, reiteramos que a atividade minerária necessariamente desrespeita os direitos territoriais dos povos indígenas. Não há compatibilidade entre o modelo de desenvolvimento neoextrativista e o modelo de desenvolvimento do “viver bem” desses povos, pois ambos são frutos de racionalidades contrapostas.

5 REFERÊNCIAS

- ACOSTA, A. *Extractivismo y neoextractivismo; dos caras da mesma maldición. Mas allá del desarrollo*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2011.
- ALIER, J. M. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. São Paulo: Contexto, 2007.
- BARROS, C.; BARCELOS, I.; BRESSANE, C. *Em terra de índio, a mineração bate à porta*. São Paulo: Apública, 2016. Disponível em: <https://apublica.org/2016/06/em-terra-de-indio-a-mineracao-bate-a-porta-2/>. Acesso em: 12 ago. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 6 nov. 2020.
- BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Poder Executivo, 21 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

- BRASIL. *Plano Nacional de Mineração 2030: geologia, mineração e transformação mineral*. Brasília: Ministério de Minas e Energia, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRUZACA, R. D. *A tutela do modo de vida tradicional de remanescentes de quilombos e a atuação do Judiciário no contexto maranhense da duplicação da estrada de Ferro Carajás*. 2014. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014.
- CURI, M. V. *Mineração em terras indígenas: caso terra indígena Roosevelt*. 2005. Dissertação (Mestrado em Geociências) – Universidade de Campinas, Instituto de Geociências, Administração e Política de Recursos Minerais, 2005.
- FARIAS, T. A atividade minerária e a obrigação de recuperar a área degradada. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 79, n. 20, p. 157-187, 2015.
- FLORES, J. H. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- GARAVITO, C. R. *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2012.
- GUDYNAS, E. Extractivismos en América del Sur: conceptos y sus efectos derrame. In: ZHOURI, A.; BOLADOS, P.; CASTRO, E. (org.). *Mineração na América do Sul: neoextrativismo e lutas territoriais*. São Paulo: Annablume, 2016.
- KOPENAWA, Davi; BRUCE, Albert. *A queda do céu: palavras de um xamã yanomami*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- KRENAK, Ailton. Paisagens, territórios e pressão colonial. *Espaço Ameríndio*, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 327-343, jul./dez. 2015.
- LEFF, E. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- LEFF, E. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- MALERBA, J. Para que um novo código mineral? In: MALERBA, J. (org.). *Novo marco legal da mineração no Brasil: Para quê? Para quem?* 1. ed. Rio de Janeiro: Federação de Órgãos para a Assistência Social e Educacional, 2012. p. 9-16.
- MILANEZ, B. *O novo marco legal da mineração: contexto, mitos e riscos*. In: MALERBA, J. (org.). *Novo marco legal da mineração no Brasil: Para quê? Para quem?* 1. ed. Rio de Janeiro: Federação de Órgãos para a Assistência Social e Educacional, 2012. p. 9-16.
- MOREIRA, E. C. P. *Justiça socioambiental e direitos humanos: uma análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- O'DWYER, E. C. Terras de Quilombo no Brasil: direitos territoriais em construção. *Cadernos de Debates Nova Cartografia Social: Territórios Quilombolas e Conflitos*, Manaus, v. 1, n. 2, p. 41-48, 2010.
- SIERRA, Maria Teresa. El pueblo me'phaa confronta el extractivismo minero. In: *Ecología de saberes en la lucha jurídica in Etnicidad, territorio y pueblos indígenas: paradojas y desafíos de las políticas neoliberales. e-Cadernos*, 28, 2017.
- SOUZA FILHO, C. M. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2009.
- VALLE, R. S. T. Mineração em território quilombola: uma análise jurídica do problema. In: LIMA, A. (org.). *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- VENTURA, Manoel. Projeto do governo libera exploração econômica em terras indígenas. *O globo*. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/projeto-do-governo-libera-exploracao-economica-ampla-em-terras-indigenas-1-24184572>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- WOLKMER, A. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, A. C.; VERAS, F. Q.; LIXA, I. M. (org.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37-50.
- ZHOURI, A.; LASCHEFSKI, K.; PAIVA, A. Uma sociologia do licenciamento ambiental: o caso das hidrelétricas de Minas Gerais. In: ZHOURI, A.; LASCHEFSKI, K.; PEREIRA, D. B. (org.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos ambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.
- ZHOURI, A. Justiça ambiental, diversidade cultural e accountability: desafios para a governança ambiental. *Rev. Bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 23, n. 68, p. 97-107, 2008.

O ECOTURISMO E A PLANIFICAÇÃO DA GESTÃO AMBIENTAL NO DESENVOLVIMENTO DE ESTRATÉGIAS EM ÁREAS NATURAIS PROTEGIDAS¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.77-90>

Recebido em: 13/12/2019

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 20/7/2020

Magno Federici Gomes

Estágio Pós-Doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa Capes/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-Doutorais em Direito Civil e Processual Civil. Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra Unesco e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (Rega)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (Cedis)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (Negesp)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>. <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. magnofederici@gmail.com

Joana Rita Gomes Gonçalves

Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Licenciada em Solicitoria pelo Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Portugal. <http://lattes.cnpq.br/0522192915428622>. joanaggoncalves95@gmail.com

RESUMO

O tema desta pesquisa é ecoturismo enquanto modalidade de turismo sustentável preservacionista dos recursos naturais, da biodiversidade e da vida selvagem, que, embora seja importante, há certa dificuldade na sua consolidação. O objetivo da presente pesquisa pauta-se em estabelecer meios viáveis e eficazes para seu estabelecimento. Assim, pretende-se responder se o ecoturismo pode ser um instrumento de efetivação do desenvolvimento sustentável e da proteção ambiental. Para tanto, a metodologia usada foi a bibliográfica e documental com raciocínio dedutivo. Conclui-se que os objetivos do ecoturismo deverão ser seguidos em conjunto pelas comunidades e pelos governos locais, por meio do desenvolvimento de estratégias e planejamento para que se alcancem as dimensões social, ambiental e econômica da sustentabilidade.

Palavras-chave: Ecoturismo. Gestão e planejamento ambientais. Desenvolvimento sustentável. Áreas protegidas.

ECOTOURISM AND PLANNING ENVIRONMENTAL MANAGEMENT IN THE DEVELOPMENT OF STRATEGIES IN PROTECTED NATURAL AREAS

ABSTRACT

The theme of this paper is the ecotourism, as a sustainable tourism modality that preserves natural resources, biodiversity and wildlife, which, although important, has some difficulty in its implementation. The aim of this paper is to establish viable and effective means for this implementation. Thus, it is intended to answer whether ecotourism can be an instrument for effecting sustainable development and environmental protection. For this, the methodology used was bibliographic and documentary with deductive reasoning. It is concluded that the objectives of ecotourism should be pursued together, by communities and local governments, through the development of strategies and planning to reach the social, environmental and economic dimensions of sustainability.

Keywords: Ecotourism. Environmental management and planning. Sustainable development. Protected areas.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Gestão ambiental. 2.1 Convenções da Diversidade Biológica e sobre a Mudança Climática. 2.2 União Europeia. 2.3 Mercado Comum do Sul. 3 Ecoturismo. 3.1 Evolução histórico-social do ecoturismo. 4 Ecoturismo como atividade do futuro. 4.1 Base principiológica do turismo sustentável pela Organização das Nações Unidas e Organização Mundial do Turismo. 4.2 Planejamento ecoturístico em áreas naturais de preservação. 4.3 Definição de diretrizes para o diagnóstico e planejamento do ecoturismo e a participação social. 5 Considerações finais. 6 Referências.

¹ Trabalho financiado pelo Projeto Fapemig nº 22869, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (Rega), Negesp, Metamorfose Jurídica e Cedis (FCT-PT).

1 INTRODUÇÃO

A intervenção humana no meio ambiente, por meio de suas ações antrópicas, mais aguda desde a revolução industrial, se fez sentir com maior intensidade no final do século passado, em razão do aumento dos níveis de CO₂ na atmosfera.

A Conferência de Estocolmo de 1972 foi a primeira grande reunião, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a pretensão de discutir acerca das questões que cercam os problemas causados pelo homem ao meio ambiente e desenvolver diretrizes na direção e compromissos na defesa do meio natural.

A conferência supramencionada teve suma importância, uma vez que reuniu diversos países para tratar da viabilização do desenvolvimento sustentável, e foi, a partir dela, que as questões relacionadas ao meio ambiente passaram a ser consideradas de forma mais firme no mundo, embora ainda restasse certa dificuldade em encontrar medidas efetivas para a execução do que foi debatido na ocasião.

É nessa seara que se desenvolve o ecoturismo, como resultado da necessidade de se repensar a relação do ser humano com o meio que o rodeia para além de uma visão puramente instrumental, sendo ele o tema deste trabalho.

O objetivo da investigação é caracterizar o ecoturismo desde a sua origem e inseri-lo no desenvolvimento sustentável, que considere as suas diversas vertentes, para, finalmente, estabelecer instrumentos eficazes para sua instituição.

Os problemas que se pretendem responder neste artigo são: Poderá o ecoturismo constituir uma alternativa viável para a proteção ambiental e para o desenvolvimento sustentável? Políticas que envolvam as comunidades locais poderiam alcançar um crescimento econômico, capaz de preservar o meio natural e promover um desenvolvimento sustentável?

Embora seja uma reflexão urgente e necessária, que precisa ser feita nos dias atuais, dada a situação cinzenta que o planeta vem enfrentando de superexploração dos seus recursos, cuja preservação e conservação são essenciais para a manutenção da vida na Terra, há atualmente certa dificuldade para efetivação do ecoturismo, uma vez que, além de ser impossível se distanciar de todos os impactos negativos, a sua viabilidade demanda atuação conjunta entre comunidade e governo local. Além disso, é também necessária a reformulação dos valores, comportamentos e atitudes da população.

O método de pesquisa utilizado para a elaboração do presente trabalho foi o bibliográfico e documental, por meio da análise de teorias que retratam o ecoturismo como uma opção viável para a proteção ambiental, com técnica dedutiva. Também foram utilizados documentos e estatísticas de organizações internacionais não governamentais (ONGs).

A seguir é analisada a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), criada no ano de 1992 para a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos dos povos tradicionais, da mesma forma que é examinada a Convenção sobre a Mudança Climática (UNFCCC), elaborada no ano de 1994 para a estabilização da emissão de Gases de Efeito Estufa (GEE). O direito comunitário da União Europeia (UE) e do Mercado Comum do Sul (Mercosul) serão analisados na sua vertente ambiental, criada somente após a chancela dos tratados que instituíram cada um dos direitos comunitários, pela preocupação primeira com a estabilização da economia dos países signatários.

Na sequência inicia-se uma exposição acerca da evolução histórico-social do ecoturismo, posto que, num primeiro momento, critica-se a tecnociência pela visão puramente instrumental que ela confere ao meio ambiente.

No terceiro item desenvolve-se a ideia do ecoturismo como atividade do futuro, a sua base principiológica na concepção da ONU e da Organização Mundial do Turismo (OMT), no qual serão desenvolvidos, ainda que não exaustivamente, os 12 princípios que regem o ecoturismo à luz dessas duas organizações. O planejamento ecoturístico em áreas naturais de preservação procurará delinear a importância do desenvolvimento de planos de gerenciamento prévios que considerem as diversas áreas de intervenção, quais sejam: infraestruturas, estradas, setor hoteleiro e saneamento, mostrando também o desempenho do turismo no plano econômico global. A definição de diretrizes para o diagnóstico e a participação social são entendidas com base nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), essenciais para uma efetivação do ecoturismo.

2 GESTÃO AMBIENTAL

O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu em 1987 com o Relatório da Comissão de Brundtland,² denominado “Nosso Futuro Comum”, com a seguinte denominação: “a capacidade de atender as necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades” (UNITED NATIONS, 1987); denominação que sofreu algumas críticas por parte de ambientalistas e conservacionistas, pela sua dimensão puramente econômica associada à sustentabilidade e à visão da sustentabilidade como desenvolvimento.

Nesta parte pretende-se desenvolver mais sobre essas questões acerca do desenvolvimento sustentável, da biodiversidade e as consequências das ações humanas no clima.

2.1 Convenções da Diversidade Biológica e sobre a Mudança Climática

A Convenção da Diversidade Biológica e sobre a Mudança Climática (CDB), também assim denominada, foi instaurada no ano de 1992 durante a ECO-92 – Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro, com 188 países que a ratificaram, com objetivos gerais relacionados à conservação da biodiversidade, promoção do manejo sustentável dos recursos naturais, repartição equitativa dos benefícios auferidos entre os países detentores dos recursos e os detentores do conhecimento científico, acesso apropriado aos recursos e transferência de tecnologia, tendo como princípio base o da soberania, por meio do qual qualquer Estado tem o direito de explorar os recursos existentes no seu território sem que, com isso, os outros países tenham o seu direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, prejudicado.

Dessa forma, a CDB não só debateu as questões relacionadas à conservação do meio ambiente, mas incluiu, em seus objetivos, o desenvolvimento social e econômico, o que é extremamente importante, uma vez que é indispensável que ambas as dimensões sejam aliadas para que viabilizem medidas eficazes.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (CQNUMC), também conhecida como UNFCCC,³ igualmente criada durante a ECO-92 no Rio de Janeiro, adotou como objetivo a estabilização da concentração dos Gases do Efeito Estufa – GEE –, em razão do seu potencial efeito negativo sobre a atmosfera e o clima terrestre.⁴

Por ser uma questão que demanda colaboração de todos os países, as partes da Convenção-Quadro assumiram alguns deveres de *soft law*, como o “princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada”,⁵ comprometendo-se a assumir a proteção do sistema climático, preservando-o para as futuras gerações conforme a capacidade de cada parte, cuja responsabilidade dessa ação deve abranger também os países mais vulneráveis, que sofrem mais com as mudanças climáticas.

Cabe destacar o Tratado do Protocolo de Kyoto como uma ação complementar à Convenção-Quadro, que veio a ser consolidado em 1997. Foi criado um conjunto de mecanismos que preveem metas para a redução de GEE e do efeito estufa causado pelas atividades humanas, além do aumento da utilização de Fontes de Energia Renovável (FER), em uma tentativa de crescimento da eficiência energética. O tratado é um pacto firmado entre as partes, quando elas se comprometem “(...) a diminuir em 5,2% a emissão dos gases que dão causa ao aquecimento global, tendo por base a emissão verificada nos anos 90” (CERON; PORTO, 2013, p. 532), e, por isso, mantêm um caráter de obrigatoriedade, ao contrário da Convenção-Quadro.

Ainda na ECO-92, foram consolidados os princípios criados na oportunidade por meio da elaboração de uma agenda, a Agenda 21. Ela foi criada a fim de estabelecer medidas a serem adotadas pelos países ao longo do século 21, para estabelecer o desenvolvimento sustentável mundial mediante ações de monitoramento e consolidação dos acordos elaborados nos âmbitos locais, regionais e globais.

² Denominação dada em homenagem à ministra do Ambiente da Noruega, Gro Harlem Brundtland.

³ Em inglês: *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC).

⁴ No ano de 1992 realizava-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (Rio 92, ECO-92 ou Cúpula da Terra), com o objetivo de traçar um compromisso numa agenda global para o combate às catástrofes ambientais da presente década e décadas anteriores.

⁵ Segundo BRASIL, 2019.

Cabe salientar que a Agenda 21 também buscou uma educação ambiental por parte da sociedade, porque, embora demande participação ativa das autoridades governamentais, inclusive locais, a comunidade em geral é elemento essencial para as mudanças na esfera ambiente. Nesse sentido, destaca Machado *et al.* (2007):

Em específico, a Agenda 21 estimula acontecimentos como projetos da coletividade ou populares, estratégias de intervenção política e organização social que, se permeados por uma prática educativa crítica e uma concepção de ambiente enquanto projeto comunitário, poderão mudar comportamentos e valores e, por consequência, cenários e fatos insustentáveis (p. 109).

Mais tarde, em 2015, na cidade de Nova York, os objetivos para se alcançar o desenvolvimento sustentável reformularam-se em uma nova agenda, a Agenda 2030.⁶ Por meio dela foram consolidados os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS –, no sentido da elaboração de inventários de âmbito nacional e sua publicação no que se refere às emissões verificadas, elaboração de programas de âmbito nacional e também regional para a efetivação do controle e para a mitigação dos efeitos resultantes dessas emissões, além de promoção de gerenciamento sustentável, assim como da educação e da conscientização pública para a preservação do meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo.

Os objetivos foram traçados como forma de metas a serem cumpridas pelos países até 2030. Cabe salientar que, diferente da Agenda 21, criada na ECO-92, a Agenda 2030 foi mais específica, ao incluir em seus objetivos a erradicação da pobreza extrema e, conseqüentemente, a fome, bem como a educação efetiva, o avanço na saúde e a igualdade de gênero.⁷

2.2 União Europeia

No âmbito europeu, relativamente às questões acerca do desenvolvimento sustentável e mudanças climáticas, é perceptível um avanço significativo nos dias atuais, mas nem sempre foi assim. A Comunidade Econômica Europeia (CEE) – Tratado de Roma –, criado no ano de 1957, não fez qualquer menção à questão ambiental, uma vez que seu foco naquele momento era na reconstrução da economia que se encontrava seriamente prejudicada pela Segunda Guerra Mundial. Essa discussão apenas veio a ser retratada em 1972, ano da Conferência de Estocolmo, na qual se criou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), com objetivo de monitorar o meio ambiente global e informar à sociedade a respeito da situação ambiental mundial e as medidas cabíveis para sua melhoria.

No ano de 1987, o Ato Único Europeu (AUE),⁸ documento assinado em Luxemburgo, alterou o Tratado de Roma, definindo, no âmbito europeu, as primeiras diretrizes protetivas para o meio ambiente, saúde, segurança e defesa do consumidor. Além disso, delineou a vinculação da Comunidade Europeia, por meio da fixação de competências ambientais e medidas protetivas e preservacionistas do meio ambiente com base nos princípios do poluidor-pagador e da prevenção.

Com o Tratado de Maastricht, que instituiu a União Europeia (UE) em 1992, foram mantidos os anteriores ideais de preservação ambiental. Acrescentou-se, entretanto, a ideia de que o crescimento econômico deveria ser sustentável, respeitando, assim, a capacidade de reposição dos recursos naturais.⁹ Dessa forma, é necessário destacar que o tratado, diferente do AUE, eleva as questões ambientais a um patamar de políticas públicas e gestão efetiva cumulados com a movimentação da sociedade em prol do desenvolvimento sustentável.¹⁰

⁶ Conforme NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2015.

⁷ Para aprofundamentos na relação entre políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável, ver: GOMES; FERREIRA, 2018, p. 155-178.

⁸ Ver: PARLAMENTO EUROPEU, 1987.

⁹ Ideia que se confunde com o plexo de sustentabilidade sugerido por GOMES; FERREIRA, 2017, p. 93-111; GOMES; FERREIRA, 2018, p. 155-178.

¹⁰ É o que se objetiva no texto de GOMES; FERREIRA, 2018, p. 155-178.

Um exemplo de gestão ambiental efetiva foi instaurada por meio da Diretiva 94/62 de 20 de dezembro de 1994 da Comunidade Europeia, que promove a reutilização de embalagens. A Diretiva procurou dar resposta para a necessidade de harmonizar as diferentes disposições e medidas nacionais no que diz respeito à gestão das embalagens e dos seus resíduos, com o objetivo de se proteger o meio ambiente¹¹ e de assegurar o funcionamento do mercado interno da comunidade, procurando se evitar entraves comerciais e concorrência.

O objetivo principal era reduzir a quantidade global de embalagens, com um papel significativo de cada Estado-Membro, no sentido de que as medidas adotadas por eles não deveriam prejudicar a capacidade de os outros Estados-Membros cumprirem com os objetivos da Diretiva¹². Para tanto, as empresas privadas, públicas e até de Parcerias Público-Privadas (PPP), assumem um caráter incentivador de grandes dimensões.

Um outro exemplo de gestão ambiental ocorreu em Portugal. A Sociedade Ponto Verde (SPV), criada em 1996, teve como finalidade a reciclagem de plásticos, vidros, papéis e outros materiais para introdução da sustentabilidade e da inovação quanto à resíduos plásticos. A Sociedade comprometeu-se com a Circular *Plastics Alliance* a reunir o público e o privado na garantia da reciclagem de 10 milhões de toneladas de plásticos até o ano de 2025. Do compromisso fazem parte 50 *stakeholders* e a PROSPA (*Producer Responsibility Organizations Packaging Alliance*).

2.3 Mercado Comum do Sul

Por sua vez, na América do Sul, o Mercosul, criado em 1991, da mesma forma que a União Europeia, na sua origem atentou-se apenas na criação de uma união aduaneira e comercial entre alguns países da América do Sul, dentre os quais Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Por visar a perspectivas meramente econômicas, o Tratado de Assunção de 1991, que efetivamente criou o Mercosul, apenas concedeu breve consideração ambiental no seu preâmbulo. Apenas em 1994, com a aprovação da Recomendação 01/94, que viria a se tornar a Resolução 10/94¹³ do Grupo do Mercado Comum (GMC), órgão com competência executiva, estabeleceram-se as primeiras diretrizes básicas relacionadas com o tema no que diz respeito a licenciamento ambiental, custos ambientais e sua internalização e à harmonização de legislações ambientais dos países componentes do Mercosul.

No ano de 2001 foi firmada a Resolução nº 2/01, denominada Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente (AQMA) entre os países, com o intuito de ressaltar o compromisso com as questões decididas pela ECO-92. A Resolução abrangeu pretensões relacionadas ao desenvolvimento sustentável nas suas dimensões econômica, social e ambiental.¹⁴ Nele, procurou-se, por meio da inclusão entre o ambiental e o econômico, promover a proteção ambiental mediante políticas setoriais, inclusão e prioridade por intermédio da participação popular das questões ambientais nas tomadas de decisão no Mercosul.

Dessa forma, as áreas de atuação por parte dos países concentravam-se em quatro aspectos: gestão e manejo sustentável dos recursos naturais, qualidade de vida e planejamento ambiental com incidência no tratamento residual, instrumentos de política ambiental no que se refere à legislação eficaz e eficiente, avaliação e gerenciamento ambiental e, por fim, atividades produtivas e ambientalmente sustentáveis nas quais se destacam o ecoturismo, tema a ser desenvolvido.

É importante salientar que no ano de 2004 houve uma complementação do AQMA, por meio de protocolo que dirime acerca de questões emergenciais ambientais eventualmente vivenciadas pelos países componentes. Nessa complementação, foi estabelecida a cooperação entre os Estados-membros em caso de desastres ambientais.

¹¹ Estudos revelam que a redução desses resíduos é condição essencial para que se alcance o crescimento sustentável pela função social e econômica que representam.

¹² Dentre os principais objetivos da diretiva, previa-se como medida a ser adotada até 2001 um aproveitamento de 50% a 65% dos resíduos das embalagens, reciclagem de 25% a 45% das embalagens e um mínimo de 15% de cada um dos materiais das embalagens.

¹³ Que, diferentemente do que acontece com as Recomendações da UE, que assumem aplicabilidade imediata e direta aos Estados-membros quando dispõem de questões legislativas, as resoluções deste grupo necessitam da aprovação dos países membros do Mercosul para que assumam caráter vinculativo aos restantes Estados.

¹⁴ Sabe-se que existem outras dimensões do desenvolvimento sustentável, conforme: GOMES; FERREIRA, 2017, p. 93-111.

3 ECOTURISMO

Foi demonstrado, com o presente artigo, uma evolução das questões ambientais no âmbito internacional e regional, mediante a apresentação das principais discussões sobre o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Dessa forma, conclui-se, desde já e preliminarmente, que os Estados devem adotar medidas para diminuir os impactos ambientais provenientes das ações do homem, de forma ampla o suficiente para abranger os aspectos econômicos e sociais por meio de uma gestão ambiental efetiva.

A finalidade da tratativa dos dispositivos normativos internacionais, portanto, foi introduzir a importância do meio ambiente equilibrado e sustentável e os modos pelos quais isso se torna possível.

Assim, uma importante política socioeconômica-ambiental, que será abordada neste item, é o Ecoturismo, como um meio alternativo para se manter e preservar a biodiversidade.

Antes, é necessário um estudo histórico para demonstrar a sua evolução e como suas ações podem contribuir no cenário de degradação ambiental.

3.1 Evolução histórica do Ecoturismo

Em detrimento das catástrofes ambientais ocorridas ao longo do século 20, dentre as quais o vazamento radioativo em Chernobyl, no ano de 1985, e o Exxon Valdez, no ano de 1989,¹⁵ tornaram-se necessária tomadas de decisão para que a qualidade do meio ambiente não fosse mais comprometida.

Nesse sentido, questionando-se sobre o papel do ser humano na Terra e a sua relação com o meio ambiente, Rachel Carson publicou a sua obra “Primavera Silenciosa” no ano de 1962,¹⁶ propondo sério questionamento acerca do antropocentrismo.

O tecnocentrismo, ou o “ambientalismo tecnológico”, surge aliado à ideia de que a ciência e o conhecimento tecnológico poderão libertar a humanidade dos efeitos nefastos que as alterações climáticas estão a provocar nos sistemas de vida. A tecnologia, criada pelo ser humano com a matéria-prima fornecida pelo meio natural, desenvolve na humanidade uma sensação de conforto e de confiança que a levam a crer que a vida no planeta não estará comprometida enquanto houver a capacidade de inovar e métodos e recursos para isso. A convicção de que a ciência soluciona os problemas com base nas leis da física, é a base da instrumentalização do meio ambiente enquanto meio para os fins propostos pelos humanos.

Ante tantas atrocidades, dentre as quais algumas já elencadas, surgiram os movimentos verdes, ambientalistas ou ecoturistas, que procuravam uma solução ou uma mitigação dos problemas a que o meio ambiente era exposto. Os ecoturistas¹⁷ salvagam a conservação da natureza como valor intrínseco em si mesmo, independentemente dos fins utilitários que pode oferecer.

Numa perspectiva ecocêntrica, o meio ambiente surge como fim em si mesmo, como palco da sensibilidade, como um organismo vivo que se desenvolve num sistema único e uníssono. Poder-se-ia até enriquecer este conceito com base na tese da ecologia profunda (*deep ecology*),¹⁸ num entendimento holístico da natureza, numa relação intrínseca entre o humano e a natureza, numa relação perfeitamente harmônica e sintonizada, uma extensão do ser humano.

A ecologia profunda, segundo Jonge (2004, p. 26), representa quatro princípios essenciais relacionados com o questionamento da ligação do ser humano com a natureza: a metafísica da ética ambiental, o movimento político com premissas descritivas e normativas e o ativismo ante a destruição massiva da natureza.

¹⁵ Trata-se do maior desastre petrolífero: derramamento de óleo do Exxon Valdez, que jogou 40 milhões de litros de petróleo bruto em Prince William Sound, no Alasca.

¹⁶ A autora apresentou uma importante discussão sobre o uso incontrolado dos inseticidas, sem nenhum controle sobre as substâncias químicas, tal como o Dicloro-Difenil-Tricloroetano (DDT), hoje banido dos EUA.

¹⁷ Neste sentido destaca-se uma diferenciação feita entre ecoturistas “verdes claros” e “verdes escuros”. A diferença entre ambos reside no fato de os primeiros colocarem o seu conforto acima da conservação da natureza. Já os segundos, colocam a conservação ambiental acima do seu conforto (WEARING; NEIL, 2014, p. 24).

¹⁸ Termo criado pelo filósofo norueguês Arne Naess (1912-2004) como a corrente que defende a interligação entre o ser humano e o meio que o rodeia, relação essa que incitará a redução dos impactos da nossa existência no meio natural, numa utilização dos recursos que atenda ao sustento e à satisfação das necessidades vitais.

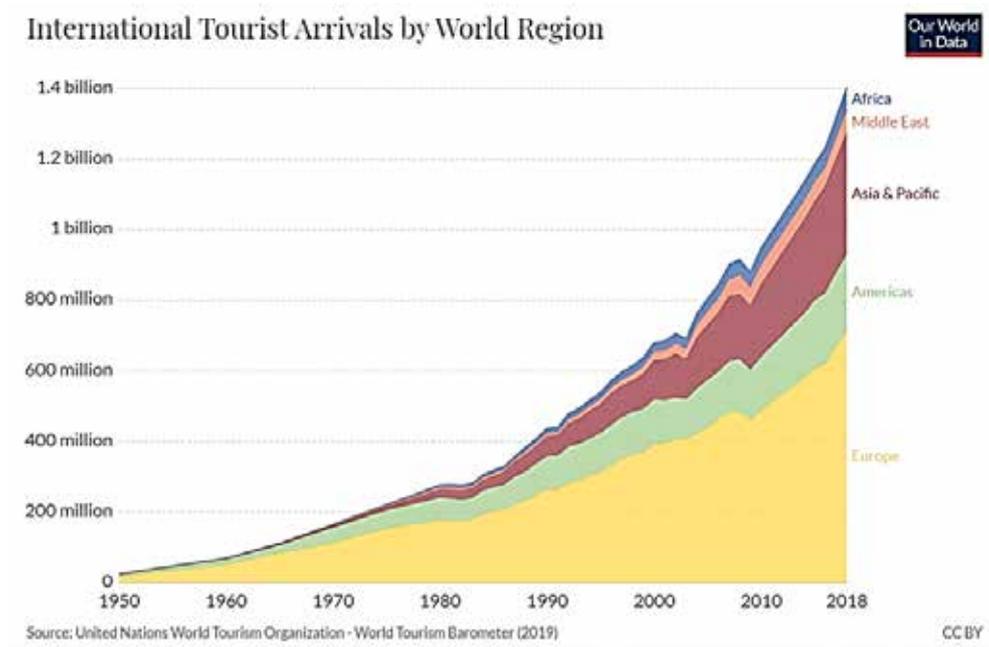
Ao encontro dos preceitos elencados, os ecoturistas defendem a conservação do meio ambiente na sua forma natural, numa abordagem não intervencionista ou com os menores impactos possíveis, num encontro à teoria da ecologia profunda de forma rigorosa. Uma abordagem em torno da “tecnologia suave” considera o humano na sua inter-relação e interdependência com o meio natural, pelo que o homem atuaria como administrador da natureza, numa perspectiva preservacionista (WEARING; NEIL, 2014, p. 31).

A estrutura tecnocêntrica procura soluções que se situam no âmbito técnico para problemas econômicos, sociais e ecológicos, que exige, para além de mudanças técnicas, mudanças de valores no modo como se valora a natureza, como instrumento ou como fim em si mesma.

Hardin (1968), na sua obra *“The tragedy of the commons”*, retratava o problema da propriedade coletiva dos recursos naturais. Segundo ele, tudo aquilo que é de todos não é de ninguém, pelo que, nessa perspectiva, o seu uso seria ilimitado perante o uso que cada ser lhes quisesse dar. Essa coletividade dos recursos naturais levou a que os mesmos fossem superexplorados. Quando se adota essa posição no que se refere ao ecoturismo, as empresas que ficariam por trás dos projetos e empreendimentos poderiam atuar de modo a obter o lucro máximo, sem considerar a sustentabilidade que se pretende alcançar com projetos ecoturísticos. O mesmo poderia acontecer com relação à violação da capacidade de carga¹⁹ de um determinado espaço, para que, com um maior índice de densidade populacional, fosse possível um aumento no ganho econômico.

Quanto ao aumento do turismo sustentável, definido pela OMT²⁰ como o “turismo que leva em consideração os seus impactos econômicos, sociais e ambientais atuais e futuros, atendendo às necessidades dos visitantes, da indústria, do meio ambiente e das comunidades anfitriãs”, em âmbito global dados registraram um aumento significativo desse número após o término da Segunda Guerra Mundial, com maior ênfase para o continente africano, conforme demonstrado pelo Gráfico 1.

Gráfico 1 – Chegadas internacionais de turismo por região mundial



Fonte: ROSER, 2017.

¹⁹ A exemplo do que acontece com as Ilhas Galápagos, que passam por uma séria crise de (in)sustentabilidade pela enorme densidade populacional turística que visita a região, em conformidade com WEARING; NEIL (2014).

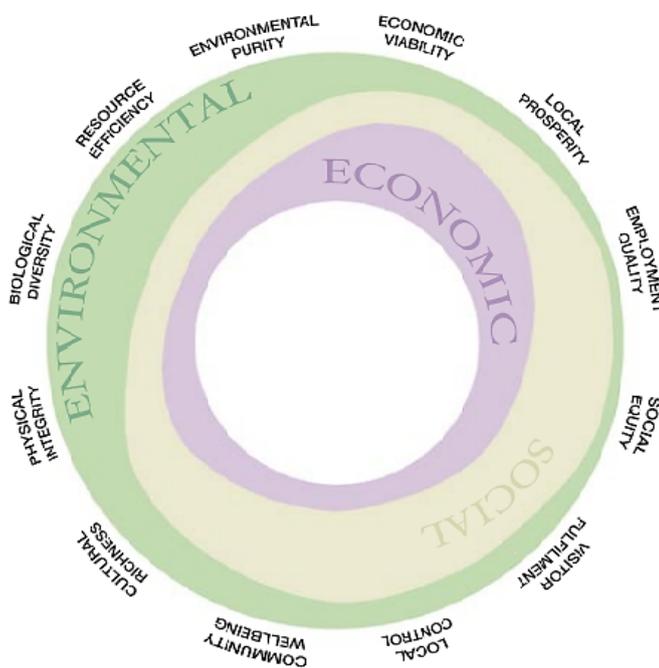
²⁰ World Tourism Organization.

A chegada de turistas alcançaram, em 2018, o número de 1,4 bilhões de pessoas nos diversos continentes numa perspectiva internacional. Esse aumento gradativo teve início no pós-Segunda Guerra Mundial na década de 50 e, desde então, até ao ano de 2018, esse aumento é muito expressivo, representando um aumento de 58 vezes numa visão comparativa com o ano de 1950.

4 ECOTURISMO COMO ATIVIDADE DO FUTURO SUSTENTÁVEL

Com a crescente degradação dos espaços naturais, o ecoturismo surgiu como atividade turística para a solução de preocupações que surgem de diversas ordens – social, ambiental e econômica –, voltadas à conscientização para a necessidade da proteção de espaços verdes e da sua diversidade biológica, como alternativa ao turismo convencional. Diante das variadas conceituações que vêm sendo dadas ao termo, o mesmo pode ser encarado como turismo natural, turismo verde, turismo ecológico, turismo ambiental, turismo cultural, turismo na natureza e turismo sustentável.

Figura 1 – Relação entre os 12 pilares da sustentabilidade



Fonte: UNEP, 2005.

A Figura 1 apresenta a inter-relação entre as abordagens da sustentabilidade com base nas dimensões social, ambiental e econômica.²¹ A agenda para o turismo sustentável prevê, como itens base para o ecoturismo, a capacidade de o turismo ser encarado como atividade do futuro e a capacidade da sociedade e o meio ambiente absorverem os impactos e benefícios da atividade. Para que tal seja possível, a minimização dos impactos negativos e a maximização da contribuição positiva e criativa do turismo para as comunidades locais, e a conservação dos patrimônios cultural, natural e histórico, devem ser almejados.

São 12 os objetivos que o turismo sustentável procura desenvolver, quais sejam: a viabilidade econômica (competitividade e prosperidade); prosperidade do local (desenvolvimento das comunidades locais); qualidade do emprego (remuneração, condições de saúde, não discriminação); equidade social (distribuição justa e ampla dos benefícios); cumprimento do visitante (proporcionar a melhor experiência no meio natural); controle local (planejamento, gestão e controle das comunidades locais); bem-estar comunitário (qualidade de vida, harmonização nas comunidades); riqueza cultural (valorização dos patrimônios histórico e cultural das

²¹ Para aprofundamento em todas as dimensões do desenvolvimento sustentável, especialmente a jurídico-política como forma de assegurar os direitos fundamentais intergeracionais, ver: GOMES; FERREIRA, 2017, p. 93-111.

comunidades); integridade física (das paisagens, valorização do urbano e rural); diversidade biológica (apoio à conservação das áreas naturais, *habitats* e vida selvagem); eficiência de recursos (minimização do uso de energias não renováveis/escassas); pureza ambiental (minimização de poluição de ar, água e da Terra).²²

O ecoturismo tem potencial de resolver problemas ligados à pobreza e à desigualdade social numa comunidade global em que, segundo dados de 2019 da *The International Ecotourism Society* (TIES), 130 milhões de pessoas vivem em extrema pobreza e 1 em cada 9 não tem alimento para que as suas vidas possam ser consideradas dignas, com a adoção de um estilo de vida saudável e ativo (THE INTERNATIONAL..., 2019). No mesmo sentido, o turismo representa, atualmente, 9% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial, 1 em cada 12 empregos e 29% das exportações de serviços, o que se reflete numa melhoria das condições de vida a curto e longo prazos.

De outro lado, o ecoturismo pode resultar num efeito contrário àquele que se pretende no tocante às emissões de GEE em razão da construção de infraestruturas para meios de transporte, construção de hotéis, estradas, restaurantes e de saneamento. Pode ser encarado, segundo Pires (1998), como uma “rotulação” para atividades que respeitam o meio ambiente na sua forma natural e de acordo com um viés preservacionista e conservacionista, tendo em vista a menor intervenção possível que se almeja nesses espaços.

Assim, as áreas de atuação do ecoturismo prendem-se com a sustentabilidade ambiental, cultural, social e econômica, com a conscientização para a conservação por meio da educação ambiental, esta última como “uma das maneiras em prol de disseminar a necessidade de preservação da natureza” e “instrumento universal de combate à degradação do meio ambiente” (GOMES; CARVALHO, 2018, p. 18-20), além de promover o convite à comunidade local a participar de iniciativas com a “natureza elevada à condição de motivadora primordial da iniciativa turística, em seu estado natural sem alterações humanas significativas” (PIRES, 1998, p. 88).

O ecoturismo surge, portanto, incorporado à preservação da cultura, da história e dos recursos naturais.

4.1 Base Principlológica do Turismo Sustentável pela Organização das Nações Unidas e Organização Mundial do Turismo

É de suma importância que se tenha em mente os 12 princípios pelos quais o turismo sustentável se desenvolve. O primeiro deles está relacionado com a necessidade de uma visão holística por parte do desenvolvimento com o turismo sustentável. Deve-se, aqui, considerar os impactos dessa atividade e, com base nisso, desenvolver-se políticas públicas que atendam a esses impactos. Sem o engajamento das partes envolvidas, comunidades locais e ecoturistas, não há qualquer contribuição para o desenvolvimento da atividade, pelo que é essencial uma atuação conjunta. O planejamento em longo prazo permitirá que, quando abordados os impactos locais e globais, se desenvolvam políticas relacionadas com mudanças climáticas, poluição por disposição de resíduos e utilização de recursos não renováveis.

Do que foi dito anteriormente, surge a necessidade de conscientizar o ecoturista para o consumo sustentável que vai muito além da escolha de produtos, passando pelos modos de viajar escolhidos, pelas suas atividades e comportamentos no meio natural, procurando se igualar a sustentabilidade com a qualidade, a qual passa pela própria escolha do local turístico a visitar.

Um dos princípios que rege o turismo sustentável é o princípio do poluidor-pagador, segundo o qual, aquele que causa dano ambiental deve incorrer nos custos necessários para a reposição da situação que existia antes do dano. No mesmo viés principlológico, o princípio da precaução é aplicável na minimização dos riscos quando há conhecimento de que determinada situação pode acarretar danos significativos para o meio ambiente, por meio da tomada de medidas que visem a evitar tal dano.

Numa perspectiva de sustentabilidade a longo prazo, o impacto que um determinado produto pode acarretar no futuro daquele ambiente, seja com base na localização, desenvolvimento da região, construção, uso e descarte de materiais, deve ser seriamente analisado antes de ser efetivado ou empregado, uma vez que a utilização de materiais alternativos pode resultar em uma solução, posto que um produto mais sustentável pode promover os mesmos resultados esperados e ser menos impactante para o meio natural.

²² UNEP, 2005, p. 18-19.

Para que a área verde não sofra a massificação turística, é imprescindível que se respeitem os limites da capacidade de carga do lugar, a qual se relaciona diretamente com o fluxo ou volume turístico que um espaço está apto a receber sem que a sua capacidade de resiliência seja afetada. Esses limites levam em consideração os recursos naturais, as comunidades locais, a satisfação dos visitantes, entre outras questões.

A adaptação às condições das mudanças climáticas, ameaças globais, aquecimento global e terrorismo, necessita ser previamente desenvolvida como riscos ao turismo futuro nas políticas de gerenciamento da atividade, do mesmo modo que o monitoramento contínuo, usando bons indicadores, é fundamental. Segundo o *United Nations Programme and World Tourism Organization (2005)*, essa boa gestão exige que, ante a eventuais mudanças de diversos pontos, existam ajustes nas políticas e nas ações, procurando desenvolver os diversos objetivos e metas que permitam o monitoramento nessas condições, como o monitoramento econômico.

4.2 Planejamento Ecoturístico em Áreas Naturais de Preservação

Para que projetos e empreendimentos sejam bem-sucedidos, é necessário que, antecipadamente, se faça um planejamento integral cuidadoso, tanto em âmbito físico quanto gerencial. É necessária a criação de diretrizes e de regulamentos que garantam um eficaz e eficiente funcionamento.

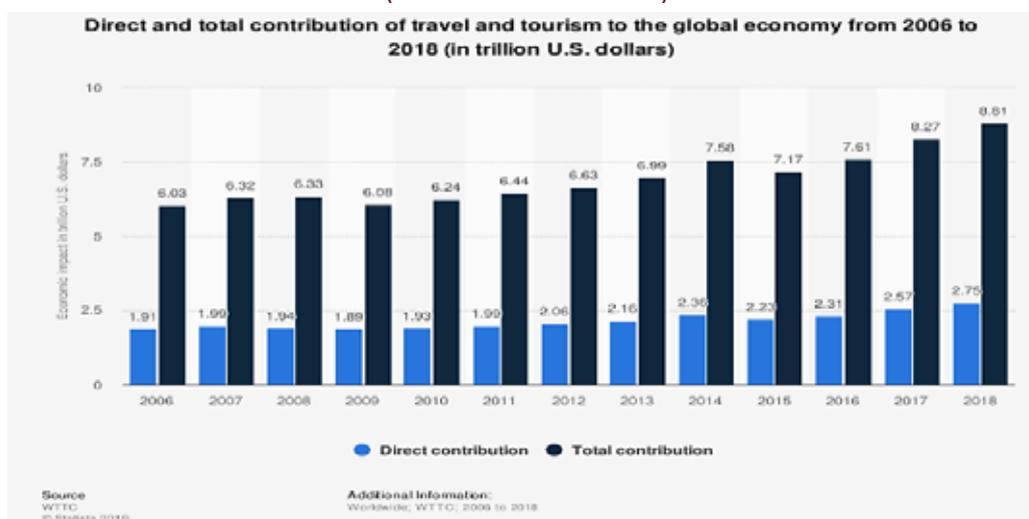
Segundo Lascuráin (*apud* LINDBERG; HAWKINS, 2005, p. 27), o ecoturismo é considerado um “fenômeno complexo e multidisciplinar” precisamente pelo planejamento e pelos critérios que devem ser considerados no tocante à viabilização, construção de infraestruturas, estradas, capacidade de enfrentamento na falta de orçamento, ausência de mão de obra especializada, estimulação das comunidades locais e inventários das diversas atrações turísticas que o espaço tem a oferecer.

As “ecotécnicas”, técnicas ambientalmente sustentáveis e responsáveis, são essenciais no tocante à infraestrutura e à captação, reutilização e reciclagem de resíduos e de água, uma vez que é um tipo de construção que considera a utilização de técnicas e de materiais nativos que devem ser utilizados para que a interferência no *habitat* seja sentida o mínimo possível.

Como meio alternativo de desenvolvimento sustentável e a outras formas de crescimento econômico, o ecoturismo pode deparar-se com a problemática de, na geração de empregos e, por consequência, renda, gerarem-se divisas entre os povos da comunidade pelo crescimento regional que se alcança com o turismo sustentável. Em alguns casos essa divisão nas comunidades foi mais sentida do que o crescimento do PIB.

Apesar disso, o turismo tem-se revelado, desde 2008, um dos motores do crescimento econômico em âmbito mundial. Conforme a Figura 2, o crescimento econômico aumenta em sentido proporcional ao crescimento do turismo.

Figura 2 – Contribuição total e direta das viagens para turismo na economia global de 2006 a 2018 (em trilhões de dólares)



Fonte: STATISTA, 2018.

Percebe-se também que o ecoturismo cresce um pouco mais a cada ano, gerando, no ano de 2018, a quantia de US\$ 8.81 trilhões num total de contribuição, US\$2.78 trilhões a mais do que no ano de 2008.

São ainda considerados impactos ambientais o aumento da poluição, a elevação dos preços e a exportação dos lucros, a pressão sobre espécies ameaçadas de extinção e a distribuição desigual dos benefícios auferidos na atividade promovida por aquela região.

No planejamento e na construção de diretrizes e regras, para que as comunidades locais se integrem verdadeiramente na atividade e abracem a causa da sustentabilidade, elas precisam ter a segurança dos benefícios investidos na sua comunidade para melhoria da saúde, construção de escolas, acesso a tratamento hospitalar e mais qualidade das condições de vida. Sem essa confiança, as comunidades não estarão dispostas a fazer tantos esforços e a sofrer todos os impactos.

Deste modo, não é concebível que as populações não tenham acesso a informações relacionadas com o produto econômico do trabalho desenvolvido pela atividade. Do mesmo modo, a falta de infraestruturas e de competências especializadas, que poderão ter diversas origens, prejudicarão a atividade e, por consequência, será necessária a importação de mão de obra, infraestruturas e tecnologias, bens e serviços. Corroborando esse pensamento, Garcia (2016) desenvolve que

Essa economia vem alicerçada em três pilares: o pilar econômico, segundo o qual o crescimento deverá manter-se em níveis mais elevados que os atuais, com protecionismo verde; o pilar social, que é o mais discutido e está ligado à necessidade de diminuição da pobreza e à geração de emprego; e o pilar ambiental, ligado à necessidade de mudanças nos modos de produção e consumo, em direção a um modelo sustentável, com a necessária “revolução tecnológica” (GARCIA, 2016, p. 142).

É importante que se tenha em mente que o investimento auferido não será breve e rápido, mas de longo prazo, pelo que a comunidade deve se manter unida e atualizada com relação aos progressos e retrocessos. Por norma, os benefícios econômicos de caráter imediato não ficam nas comunidades, mas são destinados aos cofres do Estado. Os custos sociais e ambientais, entretanto, ficam, de modo mais austero, a cargo da comunidade.

O papel governamental é fundamental para a efetivação do ecoturismo pelo fato de que “o governo é o único órgão que pode oferecer planejamento e administração em longo prazo, como proteção legal e jurídica das reservas naturais para o benefício das futuras gerações” (WEARING; NEIL, 2014, p. 45). Dessa forma, é importante o desenvolvimento da confiança por parte das comunidades locais.

Por meio de projetos eficientes e de planejamento que considerem de fato a sustentabilidade e que se comprometam com iniciativas conservacionistas, serão gerados empregos e receita financeira que beneficiarão as comunidades e o Estado Nacional. Por isso, é imprescindível uma atitude de iniciativa positiva por parte do governo nacional, por exemplo, por meio de PPPs que almejem alojamento, transporte e hotelaria, setores nos quais as perdas dos países em desenvolvimento no atendimento a essas especificidades se concentram na casa dos 80% e 90%.

Corroborando o que foi dito, Wearing e Neil (2014) argumentam que “para que o turismo não ultrapasse sua base sustentável, é fundamental entender os mecanismos que levam à provisão da infraestrutura para o desenvolvimento e dos pré-requisitos políticos e institucionais para o planejamento e a administração do ecoturismo” (p. 41), para que o planejamento seja eficaz e aumente a possibilidade do desenvolvimento sustentável. A conscientização do potencial natural será o próximo passo a ser dado, uma vez que o desenvolvimento apenas será sustentável se atender às demandas do desenvolvimento da comunidade com as necessidades do meio ambiente e, por isso, a urgência de equilibrar todas as suas dimensões, alcançando o plexo da sustentabilidade.

4.3 Definição de Diretrizes para o Diagnóstico e Planejamento do Ecoturismo e a Participação Social

Na pesquisa desenvolvida pela Ties²³ no ano de 2019, os entrevistados colocaram como principais desafios, atualmente enfrentados pelo ecoturismo, o superdesenvolvimento, a falta de conhecimento e de consciência, as mudanças climáticas,²⁴ a dificuldade de autorizações e de financiamento, o turismo excessivo (massificação) e a falta de capacidade nas reservas de uma forma justa (THE INTERNATIONAL..., 2019).

²³ Sociedade Internacional de Ecoturismo (Tradução nossa).

²⁴ As populações mais sensíveis às mudanças climáticas, segundo o relatório da ONU, *Global Sustainable Development Report 2019*, são as 900 milhões de pessoas que vivem em regiões montanhosas no mundo.

Para que esses problemas ou parte deles sejam resolvidos, é necessário planejamento, desenvolvimento de consciência e mudança de valores no modo como a natureza é percebida.

Dados de 2019 da Ties revelaram que 41% dos entrevistados acreditam na educação como setor a ser priorizado, 18% focam na conservação, mudança climática e parcerias no âmbito da conservação, 14% nas ecodestações, 11% em publicações e 9% na mídia social. Poucos foram os entrevistados que citaram políticas públicas como um foco importante a ser trabalhado, assim como parcerias com a ONU (THE INTERNATIONAL..., 2019).²⁵

A participação social global assume um fator cada vez mais essencial no desenvolvimento do ecoturismo, sem a qual não é possível alcançar os ODSs propostos para as décadas de 20 e 30 do século 21. Nesse panorama, o atual Secretário-Geral da OMT, Zurab Pololikashvili, sustenta que

Gerenciar o turismo de maneira sustentável para o benefício de todos é mais crítico do que nunca. Precisamos crescer mais em valor do que apenas em volume. Espera-se que digitalização, inovação, maior acessibilidade e mudanças na sociedade continuem moldando nosso setor. Tanto os destinos quanto as empresas precisarão se adaptar para permanecer competitivos e, ao mesmo tempo, abraçar o turismo como meio de alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e construir um futuro melhor para todos (UNWTO, 2019, p. 2) (tradução nossa).²⁶

Para que a atividade do ecoturismo não represente prejuízos para a área que se pretende preservar e para que o crescimento dessa atividade não se torne insustentável, resultando em prejuízos para as áreas naturais e comunidades vizinhas, devem ser desenvolvidas algumas orientações prévias, conforme afirmado por Boo (2005):

A estratégia deverá guiar o desenvolvimento e a gestão do ecoturismo, a fim de assegurar que a área protegida não seja excessivamente ocupada nem destruída por turistas, de criar mecanismos capazes de gerar empregos e renda para a área protegida e para as comunidades próximas e de oferecer educação ambiental aos visitantes (p. 37).

No ecoturismo, o desenvolvimento de parcerias entre empresas privadas, responsáveis pela promoção da experiência e entidades governamentais ou não governamentais responsáveis pela proteção das áreas verdes, deve proporcionar uma verdadeira experiência ao ecoturista, um real envolvimento e contato com o meio natural. Além disso, deve promover recursos para a manutenção e gestão dessas áreas, encaminhar benefícios para as populações das comunidades locais, estimular a tolerância e o respeito ante as culturas com as quais os ecoturistas estarão em contato direto e procurar promover o menor impacto humano possível no ambiente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ecoturismo surgiu como alternativa ao turismo de massa ou convencional, pela continuada degradação ao meio natural e como alternativa para o desenvolvimento dos países, nas suas dimensões ambiental, social e econômica, conscientizando as pessoas acerca da necessidade da mudança comportamental com relação ao ambiente.

A EU e o Mercosul desenvolveram nas suas políticas mecanismos de preservação e conservação ambiental que se destacam no campo da gestão e do planejamento, assim como o manejo sustentável dos recursos, tratamento residual e a criação de atividades produtivas e ambientalmente sustentáveis entre os Estados signatários.

²⁵ Tradução livre de: “The most surprising opinions, for us, came from a question about what initiatives TIES should be supporting. 41% of the respondents requested that we focus on education, 18% told us to focus on conservation, climate change and conservation partnerships, 14% told us to focus on ecodestinations, wherein we describe national ecotourism offerings by country, 11% told us to focus on publications, and 9% told us to focus on social media. Very few requested we work on policy, UN partnerships, ecotraveler focus, and only six respondents suggested we focus on increasing membership. We have reached out to several partners in the education space, and we’ll detail our plans in the coming month” (THE INTERNATIONAL..., 2019).

²⁶ Tradução livre de: “Managing tourism in a sustainable manner for the benefit of all is more critical than ever. We need to grow more in value rather than just in volume. Digitalization, innovation, greater accessibility and societal changes are expected to continue shaping our sector. Both destinations and companies will need to adapt to remain competitive, while at the same time embracing tourism as a means of achieving the Sustainable Development Goals and building a better future for all” (UNWTO, 2019, p. 2).

O ecoturismo desenvolveu-se a partir do momento em que se tornou necessário repensar a corrente tecnicista e tecnológica dos recursos naturais como meros meios para o alcance dos fins benéficos aos seres humanos e em detrimento das atrocidades que vinham sendo cometidas contra o meio natural. A tecnologia pode ser uma aliada na sustentabilidade se houver uma mudança de valores e de comportamentos acompanhada desse processo evolutivo, que considere a natureza na sua visão holística e preservacionista.

O ecoturismo pode ser, sim, considerado a atividade do futuro preservacionista do meio ambiente, instrumento de manutenção do meio natural, se os seus objetivos forem seguidos pelas comunidades e governos locais pelo seu potencial conservacionista e gerador de renda, apesar dos impactos que a ela estão associados. Para tanto, o planejamento e gerenciamento são essenciais e devem ser encarados com seriedade pelos governos e sua população. Além disso, deve ser fomentado o ecoturismo nas políticas públicas e nos projetos que serão criados e desenvolvidos.

Apesar dos seus impactos ambientais relacionados com a construção de infraestruturas como estradas, hotéis, restaurantes e instalações turísticas, existem benefícios associados à conservação do meio ambiente por intermédio da mudança dos valores e como instrumento de financiamento para a proteção de áreas naturais. Os impactos socioculturais podem ser sentidos pelas comunidades na interação cultural, o que pode resultar mudanças comportamentais que ameacem a identidade da comunidade, mas há o benefício da criação de empregos para a população e crescimento econômico que se reflete no desenvolvimento econômico nacional.

Por tudo o que foi dito, o ecoturismo é um meio viável para que se alcance o desenvolvimento sustentável, se o direito comunitário continuar a desenvolver diretrizes nesse sentido e se os governos instituírem medidas e políticas que considerem as culturas locais e as suas comunidades de forma que essa seja uma ação conjunta que poderá trazer benefícios para todos os envolvidos enquanto pertencentes a um meio natural uno e indivisível.

6 REFERÊNCIAS

- BARBERI, José Carlos. *Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOO, Elizabeth. O planejamento ecoturístico para áreas protegidas. In: LINDBERG, Kreg; HAWKINS, Donald E. (org.). *Ecoturismo: um guia para planejamento e gestão*. 5. ed. São Paulo. Senac, 2005.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Compromissos estabelecidos na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima* (UNFCCC). Ministério do Meio Ambiente, Brasília, Disponível em: <https://www.mma.gov.br/component/k2/item/15142-contribui%C3%A7%C3%B5es-para-o-documento-base.html>. Acesso em: 3 dez. 2019.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Convenção sobre diversidade biológica*. Ministério do Meio Ambiente, Brasília, 2000. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.
- CERON, Lucas Freier; PORTO, Lucas Porciuncula. Convenção-quadro das Nações Unidas: Protocolo de Kyoto e a Polícia Nacional sobre Mudança do Clima. *Revista Eletrônica do Curso de Direito*, Santa Maria, v. 8, p. 529-540, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/revistadireito/article/view/8368>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- COMISSÃO EUROPEIA. *A União Europeia e a Gestão dos Resíduos*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: https://ec.europa.eu/environment/waste/publications/pdf/eufocus_pt.pdf Acesso em 23 out. 2019.
- COMUNIDADE EUROPEIA. *Directiva 94/62, de 20 de dezembro de 1994. Relativa a embalagens e resíduos de embalagens*. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 31 dez. 1994. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1994L0062:20130228:PT:PDF>. Acesso em: 24 out. 2019.
- GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão Económica da sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 133-153, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/487>. Acesso em: 3 dez. 2019.
- GOMES, Magno Federici; CARVALHO, Vânia Ágda de Oliveira. Educação ambiental e sua normatividade simbólica. *Revista Jurídica UNI7*, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 13-28, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revista-juridica/article/view/254>. Acesso em: 3 dez. 2019.
- GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>. Acesso em: 2 abr. 2020.

- GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25246/direito-edesenvolvimento.v9i2.667>. Acesso em: 2 abr. 2020.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, Cambridge-UK, v. 162, p. 1.243-1.248, dez. 1968. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.pdf>. Acesso em: 1º maio 2020.
- HOLMES, Bob. Dangers of ecotourism: up close and infectious. *Knowable Magazine*, Palo Alto, 15 out. 2018. Society. Disponível em: <https://www.knowablemagazine.org/article/society/2018/dangers-ecotourism-close-and-infectious>. Acesso em: 2 nov. 2019.
- JONGE, Eddy de. *Spinoza and deep ecology: challenging traditional approaches to environmentalism*. Farnham, Surrey-UK: Ashgate Publishing, 2004.
- LINDBERG, Kierg; HAWKINS, Donald E. *Ecoturismo: um guia para planejamento e gestão*. 5. ed. São Paulo: Senac, 2005.
- MACHADO, Cimara Corrêa et al. A agenda 21 como um dos dispositivos da educação ambiental. *Ambiente & Educação*, Rio Grande, v. 12, p. 99-113, 2007. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/6790>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Nações Unidas, 12 out. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 21 de nov. 2019.
- PARLAMENTO EUROPEU. Acto Único Europeu (AUE). *Sobre o parlamento*, 1º jul. 1987. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/single-european-act>. Acesso em: 22 nov. 2019.
- PIRES, Paulo dos Santos. A dimensão conceitual do ecoturismo. *Turismo – Visão e Ação*, Balneário Camboriú, v. 1, n. 1, p. 75-91, jan./jun. 1998. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rtva/article/view/1392>. Acesso em: 25 nov. 2019.
- RILEY, Geoff. Tourism and Economic Development in Africa. *Tutor2u*, África, 26 nov. 2015. Economia. Disponível em: <https://www.tutor2u.net/economics/blog/tourism-and-economic-development-in-africa>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- ROSER, Max. Tourism: International arrivals by world region. *Our World in Data*, 2017. Disponível em: <https://ourworldindata.org/tourism>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- STATISTA. Direct and Total Contribution of Travel and Tourism to the Global Economy from 2006 to 2018. *Statista.com*, 2018. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/233223/travel-and-tourism--total-economiccontribution-worldwide/>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- SUSTAINABLE Development of tourism. *World Tourism Organization*, 2019. Disponível em: <https://sdt.unwto.org/content/about-us-5>. Acesso em: 8 nov. 2019.
- THE INTERNATIONAL ECOTOURISM SOCIETY. *Responses to the International Ecotourism Society's September 2019 Survey*, 25 set. 2019. Disponível em: <https://ecotourism.org/news/responses-to-the-international-ecotourism-societys-september-2019-survey/>. Acesso em: 1º maio 2020.
- THE STATE OF ECOTOURISM. *The Internacional ecotourism*, 15 jul. 2019. News. Disponível em: <https://ecotourism.org/news/the-state-of-ecotourism/>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- UNITED NATIONS. *Global sustainable development report 2019: The future is now: Science for achieving sustainable development*. Science for Achieving Sustainable Development, New York, 2019. Disponível em: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/24797GSDR_report_2019.pdf. Acesso em: 5 nov. 2019.
- UNEP. United Nations Programme and World Tourism Organization. *Making tourism more sustainable: a guide for policy makers*. Haya: Unep, 2005. Disponível em: <http://www.unep.fr/shared/publications/pdf/DTIx0592xPA-TourismPolicyEN.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2019.
- UNITED NATIONS. *Our Common Future*. 1987. Disponível em: file:///C:/Users/joana.goncalves/Downloads/our_common_futurebrundtlandreport1987.pdf. Acesso em: 2 dez. 2019.
- UNWTO. *International Tourism Highlights*. 2019. Disponível em: <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284421152>. Acesso em: 4 nov. 2019.
- WEARING, Stephen; NEIL, John. *Ecoturismo: impactos, potencialidades e possibilidades*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2014.

“PACOTE DO VENENO”: Poder do Agronegócio e Violações aos Direitos à Saúde, à Segurança Alimentar e ao Meio Ambiente

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.91-105>

Recebido em: 7/5/2020

Modificações solicitadas em: 26/6/2020

Aceito em: 21/7/2020

Lauren Caroline Rodrigues Zanato

Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2019). <http://lattes.cnpq.br/9289039188094387>. <https://orcid.org/0000-0003-4728-1244>. lauren_carol@hotmail.com

Guilherme Perez Cabral

Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Membro do grupo de pesquisa “Direito num mundo globalizado” (CNPq/PUC Campinas). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2014). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2008) e graduado em Direito pela PUC-Campinas (2003). Integra o Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – Basis. <http://lattes.cnpq.br/9267585007227859>. <https://orcid.org/0000-0003-4480-3641>. gpcabral@gmail.com

RESUMO

O modelo de produção agrícola adotado no Brasil, com grande concentração de renda e de terras, além do cultivo de monoculturas voltado para a exportação, existente desde a colônia, foi ainda mais impulsionado no século 20 pela chamada Revolução Verde. A introdução de maquinários e o uso de agrotóxicos, desde então, somente se intensificou. Assim, neste artigo tratamos do “Pacote do Veneno” (Projeto de Lei nº 6.299 de 2002 e apensados) e sua proposta de flexibilização da legislação hoje vigente no que diz respeito à regulamentação para uso e comercialização destes produtos. O objetivo foi verificar se há conflito de interesses entre o avanço e possível aprovação do projeto e a proteção aos direitos à saúde, à segurança alimentar e ao meio ambiente. À luz do arcabouço jurídico nacional e internacional, além da análise de conteúdo do projeto e da pesquisa bibliográfica, identificamos que, em última análise, as alterações legislativas servirão aos interesses daqueles que pretendem a manutenção do poderio econômico e político do agronegócio.

Palavras-chave: Agronegócio. Agrotóxicos. Saúde. Meio ambiente. Pacote do veneno.

“POISON PACKAGE”: THE POWER OF AGRIBUSINESS AND VIOLATIONS OF THE RIGHTS TO HEALTH, FOOD SAFETY AND THE ENVIRONMENT

ABSTRACT

The model of agricultural production adopted in Brazil, with a high concentration of income and land, and the cultivation of monocultures, focused on exports, existing since the colony, was further boosted in the 20th century by the so-called Green Revolution. The implantation of machinery and the use of pesticides, since then, have only intensified. In this article, therefore, we analyze the “Poison Package” (“Projeto de Lei nº 6.299 de 2002” and attached) and its proposal to make the current legislation more flexible with regard to the regulations for the use of the marketing of these products. The purpose was to verify if there is a conflict of interest between the progress and possible approval of the project and the protection of the environment, health rights and food safety. Considering the national and international legal framework, in addition to the content analysis of the project and bibliographic research, we identified that, in the final analysis, the legislative changes will serve the interests of those who intend to maintain the economic and political power of agribusiness.

Keywords: Agribusiness. Pesticides. Health. Environment. “Poison package”.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Um breve histórico do uso de agrotóxicos no Brasil e a interferência do capital na agricultura. 3 Direitos humanos à saúde, à segurança alimentar e ao meio ambiente e a regulação do uso de agrotóxicos no Brasil. 4 O pacote do veneno e o debate no Congresso. 4.1 O Projeto de Lei nº 6.299/2002 e seus apensados. 4.2 O parecer favorável do então deputado Luiz Nishimori. 5 O pacote do veneno e o parecer da comissão especial: expediente para o crescimento econômico do agronegócio e violações aos direitos humanos. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é, desde 2008, o maior consumidor mundial de agrotóxicos, sendo sua maior concentração de uso nas grandes produções dos *commodities* pelo agronegócio, seguindo o modelo de produção que prioriza os bens para exportação. No ano de 2011, “as lavouras de soja, milho, algodão e cana-de-açúcar representam 80% do total das vendas do setor” (CARNEIRO *et al.*, 2015, p. 49-50).

Atualmente, o registro e a comercialização destes produtos no país são regulamentados pela Lei 7.802/1989, documento normativo que confere alguma proteção e estabelece critérios para sua utilização, aprovado após intenso embate entre os que pretendiam maior liberalização para o uso dos agrotóxicos e os que defendiam a necessidade de uma legislação mais rigorosa (FOLGADO, 2016a).

O agronegócio é historicamente um dos grandes setores de concentração de renda no Brasil, sobretudo com as mudanças ocorridas na esteira da chamada “Revolução Verde”, responsável pela mecanização da agricultura e pelo início da utilização em larga escala dos agrotóxicos (CARNEIRO *et al.*, 2015). Aqui, “o termo agronegócio representa o atual modelo hegemônico de produção na agricultura, modelo que, por sua vez, é a continuidade da chamada revolução verde, o processo que representou o controle da agricultura pela indústria” (FOLGADO, 2016a, p. 259).

Essa escalada ocorreu com forte atuação do governo federal, citando-se, nesse sentido, o “Sistema Nacional de Crédito Rural”, instituído em 1965 pela Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, e o “Plano Nacional de Defensivos Agrícolas”, criado no âmbito do II Plano Nacional de Desenvolvimento do ano de 1975. O primeiro condicionava a obtenção de crédito agrícola à compra de agrotóxicos, enquanto o segundo garantia suporte financeiro para a instalação de empresas de “insumos agrícolas” no país (LONDRES, 2011, p. 18).

Esse suporte governamental perdura até hoje. O Convênio ICMS 100/97, por exemplo, confere 60% de redução da alíquota do ICMS para a circulação de todos os agrotóxicos, e foi prorrogado pelo Convênio ICMS 22/2020, pelo menos, até 31/12/2020, conforme informação disponível na página do Conselho Nacional de Política Fazendária.

O uso de agrotóxicos acarreta diversos perigos à saúde, ao meio ambiente e à alimentação adequada, principalmente. São produtos constituídos a partir de diversas substâncias químicas, com efeitos que vão desde a alteração da saúde reprodutiva ao aumento do desenvolvimento de câncer em seres humanos, especialmente em trabalhadores rurais. Quanto ao meio ambiente, causam contaminação de comunidades de seres vivos que não são seu alvo e de águas superficiais e subterrâneas (PERES; MOREIRA; DUBOIS, 2003).

O apoio do Poder Público ao agronegócio e, nele, aos grandes proprietários, é muito presente, ainda, no Poder Legislativo federal. Materializa-se na chamada “Bancada Ruralista”, ou Frente Parlamentar da Agropecuária, que, na 56ª legislatura (período de 2019 a 2022), soma 225 deputados federais e 36 senadores¹.

O setor ruralista hoje garante sua hegemonia por intermédio da ação parlamentar desenvolvida por seus congressistas, em que a dominação e a exploração parecem ganhar o status inquestionável de Lei, e, ainda, pela cooptação dos meios de comunicação, que distorcem toda e qualquer ação de contestação das tradicionais estruturas fundiárias, e da violência armada, amparada na prerrogativa constitucional do direito à propriedade (SIMIONATTO; COSTA, 2012, p. 224).

Nesse cenário de favorecimento ao agronegócio e à utilização de agrotóxicos, foi apresentado, em 2002, o Projeto de Lei 6.299, de autoria do então senador federal Blairo Maggi, e a ele foram apensados outros 41 projetos.

Visando a alterar a hoje vigente Lei de Agrotóxicos, o chamado “Pacote do Veneno”, caso aprovado, irá flexibilizar a regulamentação e possibilitar o aumento do uso de agrotóxicos sob o pretexto de que a legislação atual está defasada e impede o progresso do agronegócio. Nas palavras do deputado federal Luiz Nishimori (Partido da República), em seu parecer favorável à aprovação do Projeto, “passadas quase três décadas, o sistema de registro e de uso de pesticidas está esgotado” (BRASIL, 2018, p. 16).

¹ FRENTE PARLAMENTAR DA AGROPECUÁRIA (Brasil). Composição. [2019-2022]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53910>. Acesso em: 13 abr. 2019.

Assim, neste artigo analisamos o Projeto de Lei, seus apensos, bem como o parecer favorável à sua aprovação, apresentado em 2018 pelo deputado federal Luiz Nishimori. O objetivo da pesquisa foi aferir as possíveis violações aos direitos humanos que as alterações trazidas poderão acarretar, principalmente no que diz respeito ao meio ambiente, à segurança alimentar e à saúde. Buscamos verificar, finalmente, quem serão os beneficiados pela eventual aprovação do Pacote do Veneno.

O estudo foi feito à luz dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário – especificamente o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho e as Convenções de Roterdã e Estocolmo, além do arcabouço legislativo nacional, sobretudo da Constituição Federal, que estabelece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Artigo 225), à saúde e à alimentação adequada (artigo 6º). Em relação a este último, destaca-se a regulamentação por meio da Lei nº 11.346/2006, conhecida como Lei da Segurança Alimentar, prevendo o direito de todos ao acesso de alimentos de qualidade, com o incentivo a práticas alimentares saudáveis e ambientalmente sustentáveis (artigo 3º).

Neste sentido, a Organização das Nações Unidas elaborou relatório, no ano de 2017, que defende a necessidade da redução gradativa do uso de agrotóxicos, com o objetivo de conferir maior proteção aos direitos à saúde e ao meio ambiente, fazendo referência aos tratados supramencionados (ONU, 2017). Também, a ONU emitiu nota direcionada ao governo brasileiro, demonstrando preocupação com a escalada, no legislativo nacional, do Projeto de Lei que facilitaria um maior uso de agrotóxicos (ONU, 2018).

O artigo começa analisando, numa perspectiva histórica, o uso de agrotóxicos no Brasil e a interferência do capital na agricultura; na sequência, debruça-se, de forma breve, sobre o arcabouço jurídico interno e internacional, hoje vigente, no que diz respeito aos direitos fundamentais à saúde, ao meio ambiente e à alimentação, e sua relação com o uso de agrotóxicos; passa-se, depois, à análise de proposições contidas no “Pacote do Veneno”, no sentido da flexibilização da regulamentação do uso de agrotóxicos e do parecer favorável à sua aprovação; A partir daí, é possível analisar impactos da reforma legislativa na garantia dos direitos à saúde e ao meio ambiente.

O método utilizado para a pesquisa foi a análise de conteúdo, mais precisamente a análise do discurso do Legislativo na redação do Projeto de Lei 6.299/2002 e seus apensos, bem como do relatório da Comissão Especial, elaborado pelo deputado estadual Luiz Nishimori. Vale-se, também, da pesquisa documental da legislação nacional e internacional, além de relatórios de órgãos internacionais relacionados ao tema. Tudo isso, complementado pela pesquisa bibliográfica, com a utilização de produção científica crítica sobre a matéria.

Aferiu-se, como resultado da pesquisa, que as pretendidas alterações legislativas acabam por atuar como expediente para corroborar com a concentração de capital e poder nas mãos do agronegócio, em prejuízo de direitos humanos fundamentais.

2 UM BREVE HISTÓRICO DO USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL E A INTERFERÊNCIA DO CAPITAL NA AGRICULTURA

A produção agrícola, em grandes propriedades, na forma de monocultura, voltada à exportação, é a marca de nossa história. Vem da colônia, especialmente da exploração portuguesa de nossas terras para a produção açucareira, com a utilização de grandes extensões de terra e mão de obra escrava (FURTADO, 1999).

O atual modelo de agronegócio no Brasil, com a continuidade das monoculturas e o uso intensivo de agrotóxicos, remete às mudanças ocorridas no século 20, no qual se desenvolveram as tecnologias e o contexto histórico e social que transformaram a agricultura. A chamada “Revolução Verde” teve seu início após o final da Segunda Guerra Mundial, com a promessa de utilizar novas tecnologias para a erradicação da fome e aumentar a produtividade agrícola (DUNCK, 2015).

Durante o período da produção de armas químicas para a guerra, descobriu-se que as substâncias utilizadas matavam os insetos que eram usados nos testes. Assim, o resultado foi a criação de uma série de inseticidas sintéticos que passariam a ser empregados na agricultura. (CARSON, 2013). Dessa forma, a indústria de químicos da guerra encontrou um novo mercado para a venda de seu produto (LONDRES, 2011). Essa foi uma solução sobretudo para a indústria bélica, uma vez que os estoques de armas químicas e estrutura das fábricas foram adaptados em agrotóxicos e maquinário para a agricultura (FOLGADO, 2016a).

Ainda neste contexto, foram criados organismos internacionais para difundir o “pacote tecnológico” da Revolução Verde principalmente para os países de economia mais voltada para a produção agrícola. Entre eles estão, por exemplo, o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio e o Organismo das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FOLGADO, 2016a), além de fundações sem fins lucrativos, como a Rockefeller e a Ford, que também participaram do financiamento de centros de pesquisa (ALBERGONI; PELAEZ, 2007).

Diante deste contexto mundial, durante a presidência de Juscelino Kubitschek, no Brasil, o nacional desenvolvimentismo resultou em uma “aliança” entre a indústria e o setor agropecuário (DUNCK, 2015), o que possibilitou o crescimento dos dois setores. Assim, a partir de então, a intervenção do capital na agricultura se deu de forma mais acentuada.

Este capital é o do complexo industrial e comercial alimentar, situado como avalista dos produtores rurais. Este capital impõe ao produtor agrícola um programa de trabalho preciso, através da padronização dos produtos, extensão da transformação industrial, concentração de redes de coleta e comercialização (DUNCK, 2015, p. 224).

A intervenção da indústria na agricultura, aliada à “Revolução Verde”, que ocorria em âmbito global, ocasionou o uso, em grande escala, de agrotóxicos no país (DUNCK, 2015). Sobretudo a partir da década de 60, a substituição do trabalho humano pelo maquinário e o emprego dos produtos químicos foram vendidos pela indústria como a melhor alternativa para o controle de pragas e aumento da produtividade (DUNCK, 2015).

É importante esclarecer que a Revolução Verde, ao promover a utilização de novas tecnologias na agricultura, promoveu, também, o aumento da desigualdade. Somente os grandes produtores tinham acesso às novas ferramentas e produtos diante da nova lógica de mercantilização, fato que contribuiu para a concentração fundiária e êxodo rural em razão da impossibilidade de subsistência dos pequenos produtores e trabalhadores, agora substituídos pelo novo maquinário (JESUS; OMMATI, 2017). Além do mais, a promessa de acabar com a fome mundial jamais foi cumprida. No Brasil, a agricultura familiar perde de vez seu espaço para as grandes monoculturas, e a produção não é voltada para abastecer o mercado interno, mas para exportação (LAZZARI; SOUZA, 2017).

Ainda na mesma década, mais precisamente no ano de 1965 durante a Ditadura Militar, foi criado, pelo governo, o Sistema Nacional de Crédito Rural, instituído pela Lei nº 4.829 de 1965, “que vinculava a obtenção de crédito agrícola à obrigatoriedade da compra do pacote tecnológico que trazia consigo os insumos químicos (agrotóxicos e fertilizantes)” (FOLGADO, 2016a, p. 257-258). Tal modelo criava a modalidade de crédito de custeio, com sua vinculação à utilização de sementes selecionadas, que pressupunham o uso de insumos agrícolas (KAGEYAMA, 1996). A citada Lei definia como objetivo da criação do Crédito Rural, entre outros:

Art. 3º São objetivos específicos do crédito rural: I – estimular o incremento ordenado dos investimentos rurais, inclusive para armazenamento, beneficiamento e industrialização dos produtos agropecuários, quando efetuado por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural (BRASIL, 1965).

Já em 1975, o uso de agrotóxicos ganhou ainda mais força com a criação do Programa Nacional de Defensivos Agrícolas, no âmbito do II Programa Nacional de Desenvolvimento, que trouxe para o Brasil indústrias de fabricação dos insumos químicos (FOLGADO, 2016a).

Neste período ainda não existia uma Lei específica em âmbito federal para o controle e a regulamentação da compra, venda e uso de agrotóxicos. Havia, no entanto, o Decreto nº 24.114 de 12 de abril de 1934 (Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal), que estabelecia algumas regras para a fiscalização de fungicidas e pesticidas e para a obtenção do registro desses produtos, com validade máxima de 5 anos (artigos 52 a 75); bem como algumas Leis Estaduais específicas, com destaque para o Rio Grande do Sul, com a Lei Estadual nº 7.747 de 1982 e a determinação, entre outras, de que a comercialização de qualquer agrotóxico deveria ser submetida ao cadastro prévio no Departamento de Meio Ambiente da Secretaria Estadual da Saúde e do Meio Ambiente (FOLGADO, 2016b).

A Lei Federal dos Agrotóxicos (Lei nº 7.802/1989) foi aprovada no Brasil somente em 1989 e, posteriormente, regulamentada pelo Decreto nº 4.074 de 2002, que estabeleceu critérios mais rígidos do que os anteriormente existentes para o registro e uso dos agrotóxicos (PELAEZ; TERRA; SILVA, 2010). O uso de agrotóxicos, no entanto, continuou aumentando ao longo dos anos.

Conforme dados divulgados pelo Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para Defesa Agrícola (Sindag) e pela Associação Nacional de Defesa Vegetal (Andev), entre os anos de 2011 e 2012 houve um aumento de 14% nas vendas de defensivos agrícolas no Brasil, e de 2000 a 2012 o aumento total na comercialização de agrotóxicos foi de 162,32% (CARNEIRO *et al.*, 2015).

Ainda, o incentivo governamental ao uso de agrotóxicos perdura até hoje, apesar da previsão constitucional de proteção à saúde e ao meio ambiente e da existência de uma legislação específica. Além da redução na alíquota do ICMS para a circulação de pesticidas, o Decreto nº 5.630, de 22 de dezembro de 2005, até hoje vigente, reduz a zero a alíquota da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins para os produtos “classificados na posição 38.08 da NCM e suas matérias-primas” (LONDRES, 2011, p. 18):

A posição 3808 da NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) compreende produtos diversos das indústrias químicas como inseticidas, fungicidas e herbicidas. Além das isenções federais, há as isenções complementares determinadas por alguns estados. No Ceará, por exemplo, a isenção de ICMS, IPI, COFINS e PIS/PASEP para atividades envolvendo agrotóxicos chega a 100% (p. 19).

No ano de 2016, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL – ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 5553) para questionar a redução de 60% na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços para agrotóxicos, bem como a isenção do Imposto Sobre Produtos Industrializados, tendo em vista que são substâncias tóxicas, de modo que o incentivo fiscal viola os direitos fundamentais à saúde e ao ambiente equilibrado. A Ação, no entanto, ainda aguarda julgamento (BRASIL, 2016).

Por fim, é preciso esclarecer que o mercado dos agrotóxicos assumiu características de oligopólio. No ano de 2007, por exemplo, as seis maiores empresas – Bayer, Syngenta, Basf, Monsanto, Dow e DuPont – concentravam 86% de toda a comercialização mundial de veneno (LONDRES, 2011, p. 20). No ano de 2017, as empresas Dow e Dupont fundiram-se na nova DowDuPont, e, além disso, a Syngenta foi comprada pela empresa ChemChina. Em 2018, por fim, a Monsanto foi comprada pela Bayer, transformando-se na “maior corporação agrícola do mundo” (SANTOS; GLASS, 2018, p. 20). “Assim, os três conglomerados recém-formados devem dominar mais de 60% do mercado de sementes comerciais e de agrotóxicos” (SANTOS; GLASS, 2018, p. 20).

3 DIREITOS HUMANOS À SAÚDE, À SEGURANÇA ALIMENTAR E AO MEIO AMBIENTE E A REGULAÇÃO DO USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL

A Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 1992, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores no ambiente laboral, estabelece, em seu artigo 4º, que os países signatários têm a obrigação de adotar políticas de promoção de maior segurança no ambiente de trabalho para a prevenção de acidentes e danos à saúde.

Da mesma forma, há também a Convenção de Roterdã (Convenção sobre Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.360, de 31 de janeiro de 2005, que trata de regramentos para o comércio internacional de agrotóxicos, e, já em suas considerações iniciais, leva em conta os riscos trazidos pelas substâncias químicas e a necessidade de se proteger a saúde e o meio ambiente contra esses impactos.

A Convenção de Estocolmo, também promulgada em 2005 pelo Decreto nº 5.472, leva em conta o princípio da precaução e estabelece, em seu artigo 1º, que seu objetivo é a proteção do meio ambiente contra os possíveis danos causados pelos agrotóxicos e, em seu artigo 4º, determina que é dever de cada Estado Parte adotar medidas de regulamentação a fim de reduzir ou eliminar a produção e utilização de determinados agrotóxicos.

A Organização das Nações Unidas, por meio do Conselho de Direitos Humanos, no ano de 2017 emitiu o Relatório sobre o Direito à Alimentação, no qual trata do uso dos pesticidas na agricultura e seus impactos sobre os direitos humanos com a seguinte passagem:

Exposição a pesticidas pode causar severos impactos na fruição dos direitos humanos, em particular o direito à alimentação adequada, bem como o direito à saúde. O direito à alimentação obriga os Estados a implementarem medidas de proteção e requisitos de segurança alimentar para assegurar que a comida é segura, livre de pesticidas e de qualidade adequada. Além do mais, os padrões de direitos humanos demandam que os Estados protejam grupos vulneráveis, como trabalhadores rurais e comunidades agrícolas, crianças e mulheres grávidas dos impactos dos agrotóxicos (ONU, 2017, p. 4, tradução livre).

De igual modo, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Brasil em 1992, em seu artigo 11 estabelece o direito à alimentação adequada, com a indicação de que os Estados partes deverão adotar medidas para assegurar o exercício de tal direito.

Por fim, a Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento elaborado quando da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida em 1992, trouxe o chamado princípio da precaução:

Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (CONFERÊNCIA..., 1992).

Já no âmbito do direito interno, a Constituição Federal de 1988 traz dispositivos para proteção sobretudo à saúde e ao meio ambiente, que, por si só, norteiam para a necessidade da redução do uso de pesticidas. Dispõe no artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

De igual modo, o artigo 6º prevê a alimentação como direito fundamental. Tal proteção foi consolidada também pela Lei nº 11.346/2006 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional) que, em seu artigo 3º, define segurança alimentar e nutricional como o acesso de todos a alimento de qualidade, com base em práticas alimentares “que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.” É importante salientar, portanto, que a segurança alimentar não se concretiza somente com o acesso à alimentação, mas também pela garantia de alimento de qualidade (JESUS; OMMATI, 2017, p. 207).

O artigo 196 da Constituição Federal também estabelece o direito à saúde, com a determinação de que se adotem políticas de prevenção ao risco de doenças. Por fim, a Lei de Agrotóxicos (Lei nº 7.802 de 1989), traz definições importantes. Entre elas, seu texto utiliza a palavra “agrotóxico” com a seguinte definição:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se: I – agrotóxicos e afins: a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos.

O termo também é o utilizado pela Constituição Federal, em seu artigo 220, § 4º. Tal nomenclatura demonstra preocupação e atenção para o potencial tóxico destas substâncias, ao contrário de termos como “defensivos agrícolas” ou “produtos fitossanitários” (FOLGADO, 2016b).

Ainda, o Decreto nº 4.074 de 2002, que regulamenta a Lei de Agrotóxicos, define também, em seu artigo 2º, a competência tripartite para a avaliação, fiscalização e registro de agrotóxicos, que é exercida pelos Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente e da Agricultura. Essa repartição é importante, pois garante que nenhum interesse prevalecerá, uma vez que cada órgão fará a análise de acordo com sua área respectiva (FOLGADO, 2016b).

4 O PACOTE DO VENENO E O DEBATE NO CONGRESSO

4.1 O Projeto de Lei nº 6.299/2002 e seus Apensados

O Projeto de Lei nº 6.299/2002 é o resultado de articulações da bancada ruralista que, há muito, buscam flexibilizar ainda mais a legislação brasileira existente para a regulamentação do uso de agrotóxicos (FRIEDRICH; SOUZA; CARNEIRO, 2018).

O chamado “Pacote do Veneno” é uma reunião de diversos Projetos de Lei que estavam em trâmite no Congresso Nacional entre os anos de 1999 e 2017 (PORTO, 2018). Em junho de 2018, o Projeto de Lei nº 6.299/2002 e seus apensados passaram por avaliação da Comissão Especial, que deliberou por sua aprovação, e atualmente aguarda votação em plenário.

Uma das proposições do Pacote do Veneno é a alteração da nomenclatura atualmente utilizada de “agrotóxicos” para o termo “produtos fitossanitários” ou “produtos de controle ambiental”. Tal alteração vem prevista pelo artigo 5º do PL 3.200/2015, que assim define produto fitossanitário:

Inciso XXXIV – produto defensivo fitossanitário – produto e agente de processos físicos, químicos ou biológicos, destinado ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas plantadas cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos.

Segundo Nota Técnica emitida pela Fiocruz, essa mudança traz consigo o ocultamento dos riscos da utilização de pesticidas, com uma sensação falsa de segurança e tentativa de supressão do entendimento de que os agrotóxicos são, essencialmente, produtos tóxicos. Essa nova nomenclatura também está em desacordo com a literatura internacional sobre o tema, que denomina pesticidas, praguicidas ou agrotóxicos destacando o potencial de toxicidade destes produtos (FIOCRUZ, 2018).

A utilização de “produto fitossanitário” vem com uma carga ideológica de omissão dos riscos trazidos por estes produtos, com motivação obviamente econômica e sem qualquer responsabilidade no que diz respeito à proteção e prevenção da saúde e do meio ambiente (FOLGADO, 2016b).

Ainda, no artigo 1º do PL 6.299/2002, há a proposta de retirada dos produtos utilizados em ambiente urbano ou industrial da regulamentação da Lei dos Agrotóxicos, que passarão a ser regidos pela Lei 6.330/1976 – que dispõe sobre a Vigilância Sanitária de medicamentos, insumos farmacêuticos, etc. Essa alteração pretende perpetrar o entendimento de que os produtos feitos a partir das mesmas substâncias dos agrotóxicos, mas que não são usados na agricultura, não possuem a mesma toxicidade e não devem ser tratados com o mesmo rigor (FIOCRUZ, 2018).

Enquanto a legislação atual, Lei nº 7.802/1989, em seu artigo 3º, parágrafo 6º, alínea c, estabelece que é proibido o registro de qualquer agrotóxico que apresente características “teratogênicas, carcinogênicas, mutagênicas”, no artigo 2º, inciso VI, artigo 3º, § 15 e artigo 4º, § 3º do Projeto de Lei, é introduzido o termo “risco inaceitável” para a comercialização de agrotóxicos. Segundo o texto legislativo:

Artigo 4º (...) §3º: fica proibido o registro de produtos fitossanitários, de produtos de controle ambiental e afins que, nas condições recomendadas de uso, apresentem risco inaceitável para os seres humanos ou para o meio ambiente, ou seja, permanece inseguro mesmo com a implementação das medidas de gestão de risco.

A partir do texto do artigo supracitado, percebe-se que, caso aprovado o PL, qualquer agrotóxico que for considerado de “risco aceitável” estará passível de autorização (FIOCRUZ, 2018), e somente será proibido o uso de produto que apresenta “risco inaceitável”. O texto do Projeto de Lei, entretanto, não define o que se entende por risco inaceitável (ALMEIDA *et al.*, 2017). Além do mais, estabelecer quando uma substância apresenta risco inaceitável é tarefa extremamente complexa:

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estabelece que se uma substância é considerada comprovadamente carcinogênica para animais, deve também ser tratada como tal para seres humanos, principalmente se também tem ação genotóxica (mutagênica, ou seja, apresentar mutações dos genes). Frequentemente considera-se que uma única molécula capaz de produzir efeito adverso, como câncer ou mutação genética, é suficiente para iniciar um processo que, progressivamente, pode levar ao efeito prejudicial observado. Por essa razão,

não é possível demonstrar que existe um limite seguro de exposição para um agente causador de câncer (carcinogênico) ou de mutação genética (mutagênico). Portanto, não existe a possibilidade de estabelecer parâmetro de “risco inaceitável” para substâncias genotóxicas (ALMEIDA *et al.*, 2017, p. 6).

Além do mais, a redação proposta para o artigo 3º, dos parágrafos 6º ao 10º, cria o que chama de Registro Temporário e Autorização Temporária para os “Produtos Técnicos, Produtos Técnicos Equivalentes, Produtos Novos, Produtos Formulados e Produtos Genéricos”, para os produtos que estejam registrados em pelo menos outros três países que sejam membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e adotam o Código Internacional de Conduta sobre a Distribuição e Uso de Pesticidas da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura.

O registro/autorização será concedido para os casos em que os órgãos responsáveis pela Agricultura, Meio Ambiente e Saúde não emitirem manifestação conclusiva quanto ao produto no prazo de 12 meses para produto novo ou 180 dias para alterações. Esse prazo também é estabelecido pelo Projeto de Lei 6.299/2002, em seu artigo 3º, §1º.

O registro/autorização temporários, quando concedidos, desconsideram a atuação das agências reguladoras nacionais e deixam de levar em conta as peculiaridades de cada local, que acabam influenciando o grau de toxicidade de cada pesticida. É preciso também considerar que, caso ao final da análise os órgãos reguladores emitam parecer negativo, será muito difícil reverter os danos já causados pelo uso daquele determinado agrotóxico pelo tempo da autorização/registro temporário (FIOCRUZ, 2018).

Outra alteração proposta diz respeito à determinação de que o poder público deverá buscar a desburocratização e simplificação para as análises dos processos de registro (artigo 3º, §22 e artigo 4º, VIII), e uma das alterações mais significativas do Pacote do Veneno está no artigo 4º da proposta, que diz:

Art. 4º: Fica estabelecido o órgão federal responsável pelo setor da agricultura como órgão registrante dos produtos fitossanitários e afins, assim como o órgão federal que atua na área de meio ambiente como o órgão registrante de produtos de controle ambiental, seus produtos técnicos e afins.

Consoante a regulamentação atual, dada pelo Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002, para a concessão do registro de um produto agrotóxico é realizada uma avaliação tripartite pelo Ministério da Saúde, que, por meio da Anvisa, avalia o nível de toxicidade para a saúde humana, Ministério do Meio Ambiente, pelo Ibama, que faz a avaliação ecotoxicológica e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, para avaliação da eficácia agronômica (FIOCRUZ, 2018).

Caso aprovada a mudança, a competência para avaliação da toxicidade e aprovação do registro seria tão somente do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, “promovendo um verdadeiro desmonte no sistema de regulação tríplice”, e a Anvisa terá somente participação consultiva (FIOCRUZ, 2018).

Outras alterações que retiram poder de decisão dos Ministérios da Saúde e do Meio Ambiente estão no Capítulo III do PL 3.200/2015. O artigo 6º estabelece que estará autorizada a criação, no âmbito do Ministério da Agricultura, da Comissão Técnica Nacional de Fitossanitários (CNTFito), com competência consultiva e deliberativa para apresentar pareceres conclusivos sobre os pedidos de avaliação de novos agrotóxicos, aqui tratados como “produtos fitossanitários, de controle ambiental, seus produtos técnicos e afins”. Ainda, conforme a proposta do artigo 7º, o Conselho será composto por 23 membros indicados pelo Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (ALMEIDA *et al.*, 2017, p. 4).

Sendo assim, o PL propõe uma concentração de poder no âmbito da CTNFito, vinculada ao MAPA, excluindo diversas atribuições específicas do Ministério da Saúde e MMA (ALMEIDA *et al.*, 2017, p. 4).

Já com a mudança no artigo 9º, parágrafo único, segundo a proposta, os Estados e o Distrito Federal ficarão vedados de estabelecer normas mais restritivas para a comercialização dos produtos registrados (FIOCRUZ, 2018). Ainda, de acordo com a alteração proposta no artigo 16, haverá a possibilidade de as instituições representativas dos agricultores solicitarem ao órgão registrante federal autorização para estender o uso dos agrotóxicos registrados para seu emprego em outras culturas que tenham “suporte fitossanitário insuficiente”.

O artigo 17 da proposta dispõe que, quando a produção dos “produtos fitossanitários” for destinada exclusivamente à exportação, estes ficarão desobrigados de fazer o registro no órgão registrante, bem como estará dispensada a apresentação dos estudos agronômicos, toxicológicos e ambientais. Tal mudança reflete

a negligência com a saúde dos trabalhadores na produção destes produtos. Apesar de os mesmos não serem utilizados no território nacional, os efeitos tóxicos ocorrem também em seu processo de produção (FIOCRUZ, 2018).

Destaca-se que o risco de exposição dos trabalhadores não é eliminado pelo simples uso de equipamentos de proteção individual (EPI). Diversos estudos indicam a baixa eficiência dos EPI, permitindo que os trabalhadores entrem em contato com os agrotóxicos, inclusive nos procedimentos de vestir e despir as vestimentas (FIOCRUZ, 2018).

Já o artigo 18 do Projeto de Lei 6.299/2002 estatui que não haverá necessidade de registro para os agrotóxicos quando houver declaração do “estado de emergência fitossanitária pelo poder executivo”, de modo que o órgão registrante estará autorizado a emitir permissão emergencial temporária para produção, comercialização e uso (FIOCRUZ, 2018). Ainda, o artigo 54 do PL 3.200/2015 vem estabelecer a possibilidade de prescrição de receita agrônômica de forma preventiva, ou seja, antes da ocorrência da praga. Neste sentido,

A aplicação preventiva contribui para o uso intensivo de agrotóxico, empobrece a biodiversidade benéfica às culturas, gerando resistências de espécies aos agrotóxicos, além de contribuir para a contaminação do solo, das águas, pela lixiviação e carregamento destes compostos, e dos trabalhadores pela bioacumulação ao longo do tempo (ALMEIDA *et al.*, 2017, p. 6).

4.2 O Parecer Favorável do Então Deputado Luiz Nishimori

No Parecer da Comissão Especial de avaliação do Projeto de Lei 6.299 de 2002 junto a seus apensados, emitido em 2018 e assinado pelo então deputado federal Luiz Nishimori, membro da Frente Parlamentar da Agropecuária, trata-se do esgotamento da regulamentação proposta pela Lei nº 7.802, de 1989, motivo pelo qual as alterações propostas são, em tese, necessárias (BRASIL, 2018). Para tanto, o deputado elencou três fatores que devem ser considerados:

(I) uma série de acordos e tratados internacionais científicos que foram celebrados em data posterior a edição da Lei 7.802/1989. Comandos e princípios da Lei 7.802/1989 estão defasados cientificamente, criando enormes distorções, causando prejuízos e insegurança; (II) os procedimentos de análise, registro e de reanálise dos pesticidas têm-se revelado onerosos e demorados, em razão da burocracia e falta de investimentos em pesquisa científica e estrutura para atender os agentes envolvidos na cadeia produtiva; (III) aspectos inerentes à agricultura tropical especialmente quanto à atuação de patógenos e sua biologia são desconsiderados. Os órgãos federais da agricultura, da saúde e do meio ambiente não conseguem responder adequadamente aos desafios biológicos e químicos, diante dos processos de resistência aos pesticidas (BRASIL, 2018, p. 16).

Ainda, menciona o relatório que o território nacional, por ser de clima tropical, está mais sujeito ao surgimento de pragas na agricultura, além da grande diversidade dos organismos e da capacidade de adaptação das pragas (BRASIL, 2018).

Outra questão levantada é a suposta obsolescência da legislação atual em relação aos Tratados Internacionais assinados posteriormente pelo Brasil, bem como a regulamentação vigente em outros países. Conforme o relatório, a reforma proposta pelo Projeto de Lei irá adequar o sistema nacional, por exemplo ao Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias – SPS –, que “tem como objetivo garantir que as medidas sanitárias e fitossanitárias, elaborados por países-membros da OMC, não se transformem em obstáculos desnecessários ao comércio” (BRASIL, 2018, p. 19). Segundo o parecer, a estrutura para registro de novos “produtos fitossanitários”, no Brasil, é demasiadamente burocrática, fator prejudicial ao combate efetivo das pragas que se tornam resistentes aos agrotóxicos então existentes (BRASIL, 2018).

O relator também defende a modificação do termo “agrotóxico”. Em seu entendimento, a palavra é inadequada, pois confere ao produto uma conotação negativa perante a população, quando, na verdade, o termo correto deveria ser “pesticida”, vocábulo que significa algo como o que mata enfermidades (BRASIL, 2018).

O parecer faz, ainda, uma crítica ao método brasileiro que se baseia, hoje, na avaliação do perigo que um agrotóxico pode causar, enquanto a maioria dos países, ao contrário, faz uma avaliação de risco. Neste sentido, o risco possui dois componentes – o perigo e a exposição –, posto que ambos serão levados em consideração para se chegar à determinação se o risco é aceitável ou não (BRASIL, 2018). Assim,

A “identificação do perigo” consta na Lei nº 7.802/1989, sempre foi usada no Brasil e é, atualmente, indicada pelos países da União Europeia como o ideal para o registro de agrotóxicos. O “perigo” é definido como “a propriedade inerente de um agente químico com potencial de causar efeitos tóxicos sobre a saúde humana e o meio ambiente”. Já o “risco” é a “probabilidade de ocorrência de um efeito tóxico para a saúde humana e o meio ambiente” e a “análise de riscos” proposta é um processo constituído de três etapas que vai fixar um “limite permitido de exposição” aos agrotóxicos, que desconsidera as seguintes questões: a periculosidade intrínseca dos agrotóxicos, o fato de não existir limites seguros de exposição a substâncias mutagênicas e carcinogênicas e o Princípio da Precaução (FRIEDRICH; SOUZA; CARNEIRO, 2018, p. 40).

Apesar de, no entanto, em seu discurso mencionar que as propostas aprovadas pela Comissão irão, além de promover a adequação da legislação brasileira aos padrões internacionais, também garantir a proteção à saúde e ao meio ambiente por meio da análise de riscos, o relator opinou pela rejeição dos Projetos de Lei apensados que propunham a proibição dos agrotóxicos que possuam em sua composição ácido 2, 4 – diclorofenoxiacético, glifosato, clotianidina, tiametoxam ou imidacloprido, além dos que possuem 19 ingredientes ativos (Projetos de Lei nºs 713/1999, 1.388/1999, 7.564/2006, 4.412/2012, 2.129/2015 e 5.218/2016) (BRASIL, 2018).

5 O PACOTE DO VENENO E O PARECER DA COMISSÃO ESPECIAL:

Expediente para o Crescimento Econômico do Agronegócio e Violações aos Direitos Humanos

Tendo em vista que é dever do Estado zelar pela proteção à saúde e ao meio ambiente, passamos a analisar os impactos que o uso de agrotóxicos para a produção agrícola pode produzir sobre estes direitos fundamentais.

No livro *Primavera Silenciosa*, publicado ainda em 1962, a bióloga Rachel Carson trata dos diversos riscos do uso de agrotóxicos para a saúde e para o meio ambiente. No capítulo “Elixires da Morte”, enfatiza que os pesticidas sintéticos têm uma grande “potência biológica”, de modo que seu potencial de contaminação pode prejudicar inclusive o funcionamento vital do organismo humano (CARSON, 2013).

Os efeitos dos agrotóxicos na saúde podem ser classificados em agudos ou crônicos, sendo os agudos aqueles que aparecem em até 24 horas após a exposição ao veneno. Os efeitos crônicos surgem após exposição continuada a doses baixas dos produtos. Por exemplo, a exposição aos pesticidas do grupo químico dos organofosforados e carbamatos pode apresentar, como efeito agudo, vômitos, convulsões e espasmos musculares, e, como efeitos crônicos, alterações cromossômicas e efeitos neurotóxicos retardados (PERES; MOREIRA; DUBOIS 2003).

Ainda, diversos tipos de agrotóxicos apresentam efeitos negativos sobre a saúde reprodutiva, tanto em animais quanto em humanos; alguns também podem alterar o funcionamento da tireoide e, a longo prazo, contribuir para o aparecimento de câncer (PERES; MOREIRA; DUBOIS, 2003).

Já com relação ao meio ambiente, o uso de agrotóxicos causa contaminação, por exemplo, de espécies de seres vivos que não são o alvo de sua atuação. Esse impacto pode causar um desequilíbrio no ecossistema (PERES; MOREIRA; DUBOIS, 2003).

Outra questão de grande importância é a contaminação das águas superficiais e subterrâneas. A contaminação da água acarreta a contaminação também de peixes e demais animais aquáticos e, por consequência, dos seres humanos que os ingerirem (PERES; MOREIRA; DUBOIS, 2003); esse tipo de contaminação é especialmente danoso porque as substâncias tóxicas, por meio da água, são carregadas para outros lugares:

Se uma região agrícola, onde se utiliza extensivamente uma grande quantidade ou variedade de agrotóxicos, estiver localizada próxima a um manancial hídrico que abasteça uma cidade, a qualidade da água ali consumida estará seriamente sob o risco de uma contaminação, embora a mesma possa estar localizada bem distante da região agrícola (PERES; MOREIRA; DUBOIS, 2003, p. 38).

Para se ter uma dimensão do grau de contaminação por agrotóxicos nos alimentos produzidos no Brasil, o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (Para) publicou relatório, no ano de 2016, com a informação de que, entre 12.051 amostras de 25 alimentos de origem vegetal, 2.371 delas foram consideradas insatisfatórias em razão da alta concentração de agrotóxicos (ANVISA, 2016).

Preocupada com a possível aprovação do Projeto de Lei nº 6.299/2002, a Organização das Nações Unidas emitiu nota dirigida ao Estado Brasileiro, listando as principais inquietudes no que diz respeito às propostas do Pacote do Veneno (ONU, 2018).

O primeiro alerta feito diz respeito às novas regras propostas para o registro, uso e comercialização de pesticidas, que, como mostrado no capítulo anterior, irá concentrar somente no Ministério da Agricultura o encargo de registrar os agrotóxicos no Brasil. Segundo o texto, a preocupação é de que, com seu enorme poder financeiro, o agronegócio teria mais facilidade para controlar as decisões do órgão (ONU, 2018).

Ainda, a nota menciona o perigo da autorização e uso de pesticidas que, possivelmente, causam câncer, malformações congênitas e outros problemas ligados à saúde, uma vez que, conforme a mudança de texto legal proposta, somente serão proibidos os agrotóxicos que apresentem “risco inaceitável”. O critério baseado na aceitabilidade dos riscos, conforme já atestado em outros países, tende a falhar na proteção aos grupos de maior risco, como as crianças, trabalhadores e comunidades de baixa renda (ONU, 2018).

Conforme o mesmo documento, o país continua oferecendo estímulo financeiro para a compra de pesticidas, enquanto em outros países verificou-se o sucesso de políticas que, ao contrário, visam a reduzir o uso dos agrotóxicos (ONU, 2018).

Em nota técnica lançada pelo Ministério Público Federal, o Órgão apontou diversas inconstitucionalidades no Projeto de Lei 6.299 de 2002, sobretudo no que se refere à proteção aos direitos à saúde e ao meio ambiente (MINISTÉRIO..., 2018). O primeiro exemplo citado é a própria definição de “gestão de riscos”, no artigo 2º, VI, “c”:

A definição de gestão dos riscos como o “(...) processo, decorrente da avaliação dos riscos, que consiste em ponderar fatores políticos, econômicos, sociais e regulatórios bem como os efeitos sobre a saúde humana e meio ambiente (...)” (art. 2º, VI, “c”) estabelece, de forma clara, a inversão das prioridades constitucionais estabelecidas no presente PL: a submissão do Direito à Saúde, ao Meio Ambiente e à defesa do consumidor à Ordem Econômica, especificamente à Política Agrícola (MINISTÉRIO..., 2018).

O documento ressalta, também, que, ao longo do texto, dos artigos propostos e das falas dos favoráveis à sua aprovação, muitas vezes observa-se a priorização da redução da burocracia e da necessidade de mais transparência, mas pouco se fala nos prejuízos que potencialmente serão causados à saúde e ao meio ambiente (MINISTÉRIO..., 2018).

Outra inconstitucionalidade mencionada pelo Ministério Público Federal diz respeito a violações ao artigo 170, inciso VI, artigo 196 e artigo 225, parágrafo 1º, inciso V da Constituição. Todos estes dispositivos dizem respeito à redução de impacto ambiental e prevenção contra o risco de doenças. O Pacote do Veneno propõe, na contramão, a proibição de registro somente de agrotóxicos que apresentem “risco inaceitável”, a possibilidade de registro e autorização temporários e a limitação das competências dos Ministérios da Saúde e do Meio Ambiente, com concentração das funções para o registro no Ministério da Agricultura (MINISTÉRIO..., 2018). Ainda, nota técnica emitida no mesmo sentido pela Defensoria Pública da União, constata:

Ao analisar o Projeto de Lei nº 6.299/2002 e apensos, constata-se que, não obstante as justificativas que o originaram seja a desburocratização ou a liberação de agrotóxicos na velocidade da produção agrícola, essas disposições, formal e materialmente, ferem disposições constitucionais e de proteção no âmbito internacional (DEFENSORIA..., 2018).

Desta forma, conclui-se que, em realidade, o Pacote do Veneno vem para atender aos interesses mercadológicos do agronegócio e da indústria de agrotóxicos. Nas palavras de Ilena Felipe Barros (2018):

A hegemonia do agronegócio sustenta-se no modelo agroexportador de commodities, em grande escala e com uso intensivo de agrotóxicos e transgênicos, não permitindo outra forma de produção agrícola (p. 183).

Ora, a flexibilização da legislação que regulamenta o uso de veneno na agricultura interessa, portanto, à manutenção da mencionada hegemonia, posto que o uso abusivo de agrotóxicos acaba por aumentar a rentabilidade da produção (BARROS, 2018).

O avanço do Pacote do Veneno explica-se, ainda, pela forte manipulação das prioridades do Poder Legislativo pelas forças hegemônicas do agronegócio. A chamada Bancada Ruralista é uma das mais antigas e organizadas das Frentes Parlamentares (SIMIONATTO; COSTA, 2012). Para manter sua hegemonia, o grupo utiliza-se de um poder de articulação com outros grupos de interesses que também pertençam à classe dominante, valendo-se dessa negociação para garantir a manutenção de seus interesses (SIMIONATTO; COSTA, 2012).

O próprio parecer legislativo pela rejeição aos Projetos de proibição de alguns venenos, conforme mencionamos no capítulo anterior, demonstra os reais interesses prevaletentes. Entre os motivos apresentados pelo deputado relator, em nenhum momento percebe-se uma real preocupação com a proteção aos direitos humanos. Assim, fica evidente que o que se busca é a manutenção do lucro da indústria de agrotóxicos e do agronegócio (FRIEDRICH; SOUZA; CARNEIRO, 2018).

Na verdade, entretanto, a produtividade não cresce proporcionalmente à quantidade de agrotóxicos utilizada, mas, o que se verifica, é que cada vez mais veneno é necessário para o cultivo da mesma quantidade. Esse fenômeno acontece na chamada “cadeia produtiva químico dependente”. Por exemplo, em uma plantação de um hectare de soja são utilizados, hoje, 12 litros de veneno, posto que, há 10 anos, eram necessários somente 7 ou 8 (PIGNATI, 2016).

A afirmação difundida pelo agronegócio, desde a Revolução Verde, de que o uso de pesticidas é necessário para que a produção de alimentos seja suficiente para a população mundial, também é falaciosa. O que se verifica é que a quantidade de alimentos produzida é suficiente para alimentar a todos, e na verdade acontece uma má distribuição (LONDRES, 2011). Neste sentido,

E, ao contrário do que tentam fazer crer as indústrias e os defensores do status quo social, existem infinitas experiências que mostram ser possível alcançar boas produtividades a baixíssimos custos através de sistemas ecológicos de produção (LONDRES, 2011, p. 23).

Estas formas alternativas, no entanto, não se encaixam no tradicional modelo do agronegócio, que destrói a biodiversidade em sua extensão. Os sistemas agroecológicos, por sua vez, são mais adequados ao modelo de agricultura familiar (LONDRES, 2011).

Desta maneira, a facilitação do uso de agrotóxicos irá atender a interesses particulares dos já detentores do capital, mediante sacrifício do interesse público de proteção dos direitos à saúde, à segurança alimentar e ao meio ambiente (PELAEZ; TERRA; SILVA, 2010).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a análise apresentada verificamos que o discurso repetido incessantemente pela elite do agronegócio deve ser desmistificado. A promessa da Revolução Verde de que o pacote tecnológico, que incluía a aplicação de veneno na lavoura, viria a solucionar o problema da fome e aumentar a produtividade, caiu por terra, uma vez que já ficou mais que demonstrado que os prejuízos do uso de agrotóxicos são incalculáveis e sua utilização não acarreta, necessariamente, em maior produtividade. O uso de agrotóxicos atende aos interesses do agronegócio, tão somente.

O discurso da dominação carrega, em si, a contradição da eterna promessa de uma vida melhor, que nunca chega, e a realidade experimentada por uma população que paga o preço pela chamada “busca pelo progresso” (CARNEIRO *et al.*, 2015, p. 114).

A proposta do Projeto de Lei 6.299 de 2002 e seus apensados, sob o pretexto de desburocratizar e modernizar o sistema de regulamentação de agrotóxicos, desrespeita o mandamento constitucional de proteção à saúde e ao meio ambiente, bem como as previsões dos diversos tratados internacionais abordados no que diz respeito à proteção destes direitos humanos. Vem, em realidade, como meio para concretizar as ambições dos grandes latifundiários e donos de grandes indústrias produtoras de veneno, de manutenção do seu crescimento econômico e, em consequência, de seu *status quo* de dominação no sistema capitalista.

7 REFERÊNCIAS

- ALBERGONI, L.; PELAEZ, V. Da Revolução Verde à agrobiotecnologia: ruptura ou continuidade de paradigmas? *Revista de Economia*, 33 (1), p. 31-53, 2007. Disponível em: revistas.ufpr.br/economia/article/view/8546/6017. Acesso em: 7 mar. 2020.
- ALMEIDA, M. D. et al. A flexibilização da legislação brasileira de agrotóxicos e os riscos à saúde humana: análise do Projeto de Lei nº 3.200/2015. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 7, e00181016, 2017. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017000703001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2019.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos – PARA. *Relatório das Análises de Amostras Monitoradas no Período de 2013 a 2015*. Brasília, 25 de novembro de 2016. Disponível em: portal.anvisa.gov.br/documents/111215/0/Relat%C3%B3rio+PARA+2013-2015_VERS%C3%83O-FINAL.pdf/494cd7c5-5408-4e-6a-b0e5-5098cbf759f8. Acesso em: 14 abr. 2019.
- BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. São Paulo, SP: Edições 70, 2016.
- BARROS, I. F. O agronegócio e a atuação da burguesia agrária: considerações da luta de classes no campo. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 131, p. 175-195, abr. 2018. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282018000100175&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2019.
- BRASIL. Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965. Institucionaliza o crédito rural. *Diário Oficial da União*. Brasília, 9 de novembro de 1965.
- BRASIL. *II Plano Nacional de Desenvolvimento*. Brasília: Presidência da República, set. 1974.
- BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 11 de julho de 1989.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei PL 6.299/2002*. Altera os arts. 3º e 9º da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989 que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4B0E56524B9E282DC4C9324E-D488D715.proposicoesWebExterno1?codteor=1673099&filename=Avulso+-PL+6299/2002 Acesso em: 14 abr. 2019.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Parecer do Relator, Dep. Luiz Nishimori (PR-PR), pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; e, no mérito, pela aprovação do PL 6.299/2002 e dos PLs nºs 2.495/2000, 3.125/2000, 5.852/2001, 5.884/2005, 6.189/2005, 1.567/2011, 1.779/2011, 4.166/2012, 3.200/2015, 3.649/2015, 6.042/2016 e 8.892/2017, apensados, com Substitutivo; e pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; e, no mérito, pela rejeição dos PLs nºs 713/1999, 1.388/1999, 7.564/2006, 3.063/2011, 4.412/2012, 49/2015, 371/2015, 461/2015, 958/2015, 1.687/2015, 2.129/2015, 4.933/2016, 5.218/2016, 5.131/2016, 7.710/2017, 8.026/2017 e 9.271/2017, apensados*. Brasília, 2018. Disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E0635C6BA556B5DF9A8B6401B8739E84.proposicoesWebExterno1?codteor=1669849&filename=Parecer-PL629902-18-06-2018. Acesso em: 6 maio 2020.
- BRASIL. Decreto nº 5.630, de 22 de dezembro de 2005. Dispõe sobre a redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes na importação e na comercialização no mercado interno de adubos, fertilizantes, defensivos agropecuários e outros produtos, de que trata o art. 1º da Lei nº 10.925, de 23 de julho de 2004. *Diário Oficial*, Brasília, 22 de dezembro de 2005a.
- BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial*, Brasília, 07 de julho de 1992.
- BRASIL. Decreto nº 5.360, de 31 de janeiro de 2005. Promulga a Convenção sobre Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos, adotada em 10 de setembro de 1998, na cidade de Roterdã. *Diário Oficial*, Brasília, 31 de janeiro de 2005b.
- BRASIL. Decreto nº 5.472, de 20 de junho de 2005. Promulga o texto da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, adotada, naquela cidade, em 22 de maio de 2001. *Diário Oficial*, Brasília, 20 de junho de 2005c.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3335/DF*. Relator: ministro Edson Fachin. Brasília, 29 de junho de 2016. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5011612. Acesso em: 7 mar. 2019.
- CARNEIRO, F. F. et al. (org). *Dossiê ABRASCO: Um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro; São Paulo: [s.n.], 2015. 628 p. Disponível em www.abrasco.org.br/dossieagrototoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

- CARSON, R. L. *Primavera silenciosa*. Tradução Claudia Sant'Ana Martins. 1ª edição digital. São Paulo: Gaia, 2013.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 1992. Disponível em: cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 14 abr. 2019.
- DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *Nota Técnica Nº 1- DPGU/SGAI DPGU/GTGSAN DPGU – Defensoria Pública Geral da União. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 6.299/2002 (origem no PLS nº 526, de 1999)*. Brasília, 2018. Disponível em: contraosagrototoxicos.org/wp-content/uploads/2018/05/SEI_-DPU-2393350-Nota-Te%CC%81cnica-__DPU-PL-6.299.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.
- DUNCK, E. A. F. M. Agrotóxicos e a intervenção do capital na agricultura. *Revista de Direito Agrário e Agroambiental*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 221-237, 2015. Disponível em: indexlaw.org/index.php/rdaa/article/view/328. Acesso em: 9 março 2019.
- FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. *Nota Técnica*. Assunto: Análise do Projeto de Lei nº 6.299/2002. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/nota_tecnica_pl_agratotoxicos.pdf. Acesso em: 21 maio 2019.
- FOLGADO, C. A. R. Agrotóxicos e estado de exceção: a suspensão da legislação de agrotóxicos em atenção aos interesses do agronegócio. In: SOUZA, Murilo Mendonça Oliveira de; FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues (org.). *Agrotóxicos: violações socioambientais e direitos humanos no Brasil*. Anápolis: Editora Universidade Estadual de Goiás, 2016a. p. 255-283.
- FOLGADO, C. A. R. Sistema Normativo de Agrotóxicos na Contemporaneidade. *Revista Jurídica da Universidade Estadual de Feira de Santana*, v. 1, n. 1, 2016b. Disponível em: periodicos.uefs.br/index.php/revistajuridica/article/view/1819. Acesso em: 22 maio 2019.
- FRENTE PARLAMENTAR DA AGROPECUÁRIA (Brasil). Composição. [2019-2022]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53910>. Acesso em: 13 abr. 2019.
- FRIEDRICH, K.; SOUZA, M. M. O. de; CARNEIRO, F. F. (org.). *Dossiê ABRASCO ABA: contra o PL do Veneno e a favor da Política Nacional de Redução de Agrotóxicos – PNARA*. 2018. 39 p. Disponível em: www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2018/08/DOSSIE_NOVO_26_JULHO_Final-compressed2.pdf. Acesso em: 14 abr. 2019.
- FURTADO, C. *Formação econômica do Brasil*. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1999.
- JESUS, A. S. S. de; OMMATI, J. E. M. Segurança alimentar e revolução verde: questionamentos atuais acerca da luta contra a fome no plano internacional. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 3, p. 191-215, dez. 2017. Disponível em: www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/28121/22687. Acesso em: 13 abr. 2019.
- KAGEYAMA, A. O novo padrão agrícola brasileiro: do complexo rural aos complexos agroindustriais. In: DELGADO, G. C.; GASQUES, J. G.; VERDE, X. M. V (org.). *Agricultura e políticas públicas*. Brasília: Ipea, 1996. p. 113-224.
- LAZZARI, F. M.; SOUZA, A. S. Revolução Verde: impactos sobre os conhecimentos tradicionais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 4., 2017, Santa Maria. *Anais [...]*. Santa Maria: UFSM, 2017. p. 1-16. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/4-3.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2020.
- LONDRES, F. *Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida*. Rio de Janeiro: 2011. Disponível em: br.boell.org/sites/default/files/agrototoxicos-no-brasil-mobile.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica 4ª CCR n.º 1/2018*. Nota Técnica sobre o Projeto de Lei Nº 6.299/2002 (origem no PLS nº 526, de 1999) (Apensados: PL nº 713/1999, 1.388/1999, 2.495/2000, 3.125/2000, 5.852/2001, 5.884/2005, 6.189/2005, 7.564/2006, 1.567/2011, 1.779/2011, 3.063/2011, 4.166/2012, 4.412/2012, 49/2015, 371/2015, 461/2015, 958/2015, 1.687/2015, 3.200/2015, 3.649/2015, 4.933/2016, 5.218/2016, 5.131/2016, 6.042/2016, 7.710/2017, 8.026/2017, 8.892/2017). Brasília, 2018. Disponível em: www.mpf.mp.br/pgp/documentos/4ccr_notatecnica_pl-6-299-2002_agrotoxico.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Mandates of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*. OL BRA 5/2018. 13 June 2018. Disponível em: www.ohchr.org/Documents/Issues/ToxicWastes/Communications/OL-BRA-5-2018.pdf. Acesso em: 14 abr. 2019.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Report of the special rapporteur on the right to food*. Human Rights Council. Thirty-fourth session, 27 Feb.-24 Mar 2017. Disponível em: www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/regularsessions/session34/pages/listreports.aspx. Acesso em: 14 abr. 2019.
- PELAEZ, V.; TERRA, F. H. B.; SILVA, L. R. da. A regulamentação dos agrotóxicos no Brasil: entre o poder de mercado e a defesa da saúde e do meio ambiente. *Revista de Economia*, Editora UFPR, v. 36, n. 1, a. 34, p. 27-48, jan./abr. 2010. Disponível em: revistas.ufpr.br/economia/article/viewFile/20523/13714. Acesso em: 14 abr. 2019.
- PERES, F.; MOREIRA, J. C.; DUBOIS, G. S. Agrotóxicos, saúde e ambiente: uma introdução ao tema. In: PERES, F.; MOREIRA, J. C. (org.). *É veneno ou é remédio? Agrotóxicos, saúde e ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003. p. 21-42. Disponível em: books.scielo.org/id/sg3mt/pdf/peres-9788575413173.pdf. Acesso em: 14 abr. 2019.

PIGNATI, W. Agronegócio, agrotóxico e saúde. *In*: SOUZA, M. M. O. de; FOLGADO, C. A. R. (org.). *Agrotóxico: violações socioambientais e direitos humanos no Brasil*. Anápolis: Editora Universidade Estadual de Goiás, 2016. p. 17-46.

PORTO, M. F. de S. O trágico Pacote do Veneno: lições para a sociedade e a saúde coletiva. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 7, 2018. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311-2018000700302X&lng=en&nrm-isso. Acesso em: 14 abr. 2019.

SANTOS, M.; GLASS, V. (org.). *Atlas do agronegócio: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018. 58 p. Disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/atlas_agro_final_06-09.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

SIMIONATTO, I.; COSTA, C. R. Como os dominantes dominam: o caso da bancada ruralista. *Temporalis*, [S.l.], v. 12, n. 24, p. 215-237, nov. 2012. Disponível em: www.portaldepublicacoes.ufes.br/temporalis/article/view/3094/3285. Acesso em: 14 abr. 2019.

EXTRATIVISMO E A DIVISÃO INTERNACIONAL DO (DIREITO DO) TRABALHO: Uma Abordagem Ecosocialista

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.106-117>

Recebido em: 20/4/2020

Aceito em: 6/9/2020

Gustavo Seferian

Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor (2017), mestre (2012) e bacharel (2008) em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador convidado, em sede pós-doutoral, do CéSor/EHESS/CNRS (2018). Pesquisador-líder do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC-USP) e coordenador do Núcleo de Estudos Interpretar e Transformar o Brasil (IeTB-UFMG). Membro do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). <http://lattes.cnpq.br/6051232864493698>. <http://orcid.org/0000-0002-5587-6734>. seferianacad@gmail.com

RESUMO

O artigo trata das articulações entre a divisão internacional do trabalho e o desenvolvimento histórico do Direito do Trabalho. Ampara-se no materialismo histórico e dialético e no revolvimento bibliográfico para firmar seu desenvolvimento, que, se pautando em experiências do trabalho extrativo, sobretudo minerário, e nas perspectivas do ecosocialismo, evidencia o papel combinado da exploração da força de trabalho e do meio ambiente, bem como os limites estruturais do Direito do Trabalho nas realidades dependentes e periféricas.

Palavras-chave: Divisão internacional do direito do trabalho. Ecosocialismo. Extrativismo.

EXTRATIVISMO Y LA DIVISIÓN INTERNACIONAL (DEL DERECHO) LABORAL: UN ENFOQUE ECOSOCIALISTA

RESUMEN

El artículo aborda las articulaciones entre la división internacional del trabajo y el desarrollo histórico del derecho laboral. Está respaldado por el materialismo histórico y dialéctico y la consulta bibliográfica para establecer su desarrollo, que se basa en experiencias de trabajo extractivo, especialmente en la minería, y en las perspectivas ecosocialistas destaca el papel combinado de la explotación de la fuerza laboral y el medio ambiente, así como los límites estructurales del derecho laboral en realidades dependientes y periféricas.

Palavras clave: División internacional del derecho del trabajo. Ecosocialismo. Extractivismo.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Uma discussão histórica, inerente à humanidade e que se particulariza no capitalismo. 3 Singularidade periférica brasileira e a mineração. 4 Regulamentação da exploração e luta de classe entre centro e periferia: elementos para compreensão de uma divisão internacional do Direito do Trabalho. 5 O trabalho na mineração ontem e hoje na constituição da regulamentação da contratação da força de trabalho no Brasil. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Propomos, com este artigo, tratar das dinâmicas econômicas do extrativismo, seu engendramento com a Divisão Internacional do Trabalho (DIT) e o modo como este complexo de fatores determina as diferentes formações do Direito do Trabalho mundo afora. Esta abordagem possibilitará pensar uma *divisão internacional do Direito do Trabalho* que proporciona diversos desenhos nacionalizados da regulamentação das relações de trabalho, que se colocam estruturalmente funcionais aos processos de acumulação de capitais desenvolvidos nas variadas realidades sociais da civilização capitalista, moderna e industrial.

De ancestralidade e atualidade comuns, de interesse regional e internacional, de impactos particulares e de totalidade, com nuances subjetivas e estruturais, o tema é inerente e indissociavelmente ligado ao desenvolvimento do modo capitalista de produção, e no seu cerne deve ser considerado. Em outras palavras, é um tema que comporta temporalidades e espacialidades diversas para sua abordagem. Definimos por recorte, porém, a sua lida contemporânea, pautando-nos na apreensão do extrativismo e dos contornos da divisão internacional do (direito do) trabalho desde o referencial latino-americano, com fundamental preocupação com a realidade brasileira.

Abordando a problemática desde uma perspectiva multidisciplinar, pautando-nos no método materialismo dialético e histórico, operando as categorias fundamentais da Crítica da Economia Política e preocupados com a estratégia revolucionária ecosocialista (LÖWY, 2010), buscamos uma leitura crítica do Direito do Trabalho, tomando a perspectiva de seu uso tático (SEFERIAN, 2017), sempre reconhecidos os limites estruturais da juridicidade (SARTORI, 2016) e sua possibilidade de tensão política.

Desse modo, a exposição sustentará (i) que o extrativismo é inerente às dinâmicas de trabalho, haja vista que a interação humana com a natureza, no seu processo de produção de valores de uso, reclama, em alguma medida e desde priscas eras, a realização de atividades extrativas; (ii) que tais atividades extrativas assumem nova qualidade e funcionalização ante o imperativo do valor de troca sobre o valor de uso dado com a afirmação da relação social do capital e do modo de produção capitalista, de início no contexto da Europa Ocidental e, posteriormente – na cadência de seu desenvolvimento desigual e combinado –, na quase integralidade do globo; (iii) que a afirmação capitalista, desde o curso do século 20, arranja as dinâmicas de extração e produção de forma diferenciada, marcada por elementos geopolíticos, que, na obra marxiana e na tradição marxista, passaram a ser tratadas desde a chave da DIT; (iv) que esta DIT engendra diversas formas de exploração da força de trabalho – sejam formas sociais pré-capitalistas, seja o assalariamento –, definindo, de modo articulado com o processo de luta de classes e em específicas e distintas cadências, a regulamentação jurídica da contratação da força de trabalho, a denotar uma *divisão internacional do Direito do Trabalho*; tudo para sinalizar (v) que os processos de extrativismo revelam, de forma sintomática, esse processo estrutural internacionalmente instalado, a partir de três episódios da história brasileira.

2 UMA DISCUSSÃO HISTÓRICA, INERENTE À HUMANIDADE E QUE SE PARTICULARIZA NO CAPITALISMO

A primeira das considerações que devemos ter em conta é que, pautando-nos no reconhecimento de que o elemento que distingue os seres humanos dos demais animais é o exercício do trabalho (MARX, 2013), e que este “*dispêndio produtivo de cérebro, músculos, nervos, mãos etc. humanos*” (MARX, 2013, p. 121) originalmente se volta à produção de valores de uso¹, o extrativismo acompanha a trajetória humana. Sejam mais

¹ É indiscutível que a elaboração da categoria de “valor de uso” goza de historicidade específica – *capitalista* por excelência, não por outra razão esteja sua mais bem-acabada formulação em *O Capital*, de Marx (2013) – e a utilização em contextos pré ou pós capitalistas pareceria, à primeira vista, imprópria. Temos em conta, todavia, que as formas sociais se constituem em processos históricos. Daí que em contextos pré-capitalistas muitas das formas sociais típicas e maturadas no âmbito da sociedade da mercadoria gozavam de uma protoconstituição. A mercadoria expressa sintomaticamente esta constatação: existindo de forma marginal e embrionária nas sociedades pré-capitalistas europeias, assumiu centralidade estrutural apenas com hegemonização da relação social do capital nesta realidade histórico-social (MANDEL, 1962, p.52-81). Deste modo, usar a categoria “valor de uso” desconectada historicamente do “valor de uso capitalista” e do imperativo da uniformização do trabalho abstrato pelo “valor”, reconhecendo seu desenvolvimento como precedente às demais categorias próprias da Crítica da Economia Política, nos leva não só a afirmar sua transhistoricidade, como também a perceber sua força transgressora, haja vista que, ao expressar a consecução dos mais genuínos interesses humanos pelo trabalho, tensiona a dominância do capital e suas forças reificadoras (MARX, 2013; LUKÁCS, 2003). Este papel transgressor e inerentemente anticapitalista é o que define sua concepção originária, indissociavelmente ligada à noção de trabalho, que reivindicaremos nas próximas páginas como chave fundamental à estruturação de um arranjo produtivo de caráter ecosocialista.

ou menos impactantes, sejam compatíveis ou não com o metabolismo da natureza não humana, as ações decorrentes do trabalho e a atenção das necessidades de reprodução da vida humana reclamaram atividades extrativas.

A simples coleta de frutos, a utilização de galhos mortos, a derrubada de árvores para realização de abrigos, a caça, o inicial e esporádico lascar de pedras para realização de ferramentas, são exemplos de atividades de natureza extrativa. Não se resumem os atos extrativos, pois, a grandes atividades minerárias, petroleiras ou a processos de destruição florestais, que invariavelmente surgem em nossas mentes à primeira menção do extrativismo. Desse modo, é fundamental ter em conta que as atividades extrativas assumem qualidades e volumes distintos, a depender de sua natureza e funcionalização, que se encontram intimamente ligadas às necessidades individuais humanas, às demandas sistêmicas dos modos de produção e à potência e qualidade das forças produtivas.

Ocorre que por milênios a relação estabelecida entre a humanidade e o restante da natureza pautou-se pela harmonia e equilíbrio na sua reprodução comum – salvo exceções, como é o caso da civilização Rapa na Ilha de Páscoa (WRIGHT, 2007). Mesmo sabendo que alguns processos de trabalho e produção em sociedades pré-capitalistas tenham resultado em diversos impactos ambientais – não só o exemplo supracitado, mas também a própria realidade da Europa Ocidental no medievo demonstra isso, uma vez que a ação humana implicou desarmonias na relação homem-meio ambiente, ensejando pestes, ondas de fome e desabastecimento (LJUNGQVIST *et al.*, 2018) –, passou-se a experimentar uma viragem abrupta no impacto destrutivo do metabolismo humano com a natureza a partir do momento em que as cadências de produção deixaram de ser funcionalizadas pela atenção das necessidades vitais humanas e comunitárias, autodeterminadas por seus imediatos interesses – ou então por classes proprietárias com patamares baixos de acumulação e dispêndio de riquezas – para um arranjo produtivo pautado pela mercadoria.

Expressa de melhor modo na abordagem de Marx (2013) ao fetiche da mercadoria, a submissão humana ao domínio mercantil – que passa a assumir o papel de sujeito no processo de produção, reduzindo homens e mulheres à condição de seus meros objetos portadores e consagradores de seu modo de circulação (BENSAÏD, 2011, p. 55-68) – resulta em processo de domínio crescente e destrutivo do meio ambiente, afrontando brutalmente a situação de relativa harmonia estabelecida entre a sociabilidade humana em seu metabolismo com a natureza.

Certamente essa tônica não se institui da noite para o dia, ou de modo uniforme em todo o planeta. A instalação de formas tipicamente capitalistas de produção e sociabilidade passam a se experimentar paulatinamente nas mais diversas realidades histórico-sociais, tendo a sua marcação originária dada na Europa Ocidental, e, só depois, afirmando-se mundo afora. Ainda, todavia, que não existentes relações sociais essencialmente capitalistas – fundamentalmente pautadas pelo apartamento de produtores dos meios de produção e exploração dos primeiros pela forma do assalariamento –, também na periferia da ordem passam a se estabelecer relações econômicas e sociais não capitalistas funcionais à acumulação originária de capitais (LUXEMBURG, 1976). É o que se percebe, por exemplo, pela dinâmica colonial, em que formas servis, escravocratas e protossalariais, combinam-se à tônica cadenciada por um capitalismo típico concentrado em algumas poucas metrópoles, conferindo à relação social do capital vigor necessário em seu momento germinal.

A atividade extrativa, porém, assume conformações que são distintas nesses dois espaços geopolíticos – metrópole e colônia. No centro e na periferia da ordem produtiva a extração desenha-se com qualidades distintas de intensidade e violência para com o meio ambiente, proporcionados à semelhança da intensidade e violência perpetrados em face de trabalhadores e trabalhadoras que lá são explorados.

Ocorre que o papel das atividades extrativas no capitalismo dos países centrais desta ordem se deu marcada pelo assalariamento, sendo o exemplo do carvão mineral na consolidação industrial emblemático neste sentido (MALM, 2016). Assim, ainda que sujeitando trabalhadoras e trabalhadores – minerários e outros – a péssimas condições de vida, estas não guardam paralelos com as afrontas à humanidade perpetradas ante as pessoas escravizadas que se empenharam no trabalho minerário em toda América Latina, inclusive no Brasil. A coisificação, as péssimas condições de trabalho e a interdição estrutural das formas de consciência e mobilização de classe, assumiram papel ainda mais vultuoso em nossa realidade, trazendo consequências até hoje ao processo de luta de classes e organização das relações de trabalho no contexto latino (GALEANO, 2014, p. 54-60, 77-86, 181-228).

Temos em conta, porém, que, se de um lado a sanha de afirmação universal do capital passa a ensejar a dissolução das relações de produção de natureza pré-capitalistas, que passam a ser substituídas por relações tipicamente capitalistas, ou seja, marcadas pelo assalariamento, de outro esta afirmação não se dá de forma consciente pelas classes proprietárias do centro e da periferia da ordem do capital, mas, sim, provocada pelos conflitos de classe impulsionados pelos setores explorados e oprimidos da sociedade, levando ao abandono das antigas formas de dominação e conformando as capitalistas, mais complexas em sua dominação e mais profundas na predação de energias humanas e riquezas naturais.

3 SINGULARIDADE PERIFÉRICA BRASILEIRA E A MINERAÇÃO

O caso brasileiro é emblemático nesse tocante, e expressa em concreto a tendência sinalizada anteriormente. Tendo a economia colonial pátria assentado-se na exploração do trabalho de pessoas escravizadas – em sua maioria sequestradas do continente africano e, em escala bem menor, composta por povos originários americanos – e se voltado à produção destinada ao mercado externo, só foi suplantada após séculos de incansáveis rebeliões das senzalas (MOURA, 1981). Estas foram as determinações fortes que levaram a cúpula das classes dominantes a ceder a abolição da escravatura – formalmente instituída em 13 de maio de 1888, mas materialmente apenas aprofundada nesse momento, uma vez que previamente iniciada e que permanece em curso até os dias de hoje –, passando a constituir um mercado de trabalho no país, isso sem não antes viabilizar, por meio da Lei de Terras de 1850, a interdição do acesso aos meios de produção aos libertos, mostrando que seria apenas pela compra e venda que qualquer parcela de solo nacional poderia ser transferida e incorporada ao patrimônio.

Esse processo social da abolição da escravatura, de caráter revolucionário, ensejou não só uma viragem nas relações de produção estabelecidas no país, inflexionando as formas sociais dominantes, mas em uma mudança do *locus* de extração de mais-valia resultante da produção de mercadorias no território brasileiro, esta desde 1500 atrelada à conformação da relação social do capital na metrópole. Entendemos que, se de um lado a funcionalização capitalista do escravismo brasileiro teve papel relevante na acumulação originária de capitais, de outro também as mercadorias aqui produzidas² por pessoas escravizadas – madeiras, açúcar, café e, como não poderia deixar de ser, minérios – ensinaram a constituição de capitais pela via mercantil e otimizaram a troca das demais mercadorias na realidade europeia, inclusive pelo uso de ouro e prata como moedas, alavancando potencialmente as primeiras relações de exploração do trabalho pelo assalariamento ao se combinar com o processo de despossessão das parcelas trabalhadoras nas metrópoles.

Com a abolição formal da escravatura no Brasil, o processo de exploração do trabalho assalariado passa a se avolumar em nosso território, isso nos mais diversos espaços da produção (agrícola, majoritariamente) e serviços. A produção minerária, também nesse momento, segue como uma das mais relevantes no campo da produção nacional, não perdendo o vulto que constituía no curso do século 17, fundamentalmente nas Minas Gerais. Nada se altera, porém, no andar de cima, posto que no contexto pós-abolição formal e de consolidação republicana (militar) primeva, atrelamento advindo do texto constitucional de 1891 (artigo 72, parágrafo 17º), da propriedade das minas à do solo, que sedimenta e perpetua as classes proprietárias do país, descolando os produtores – ou seja, os trabalhadores e trabalhadoras da mineração – dos meios de produção também no que se refere ao processo produtivo minerário.

Ainda que se verifiquem mudanças na natureza das relações de trabalho, não há flexão dos sujeitos que gozam dos produtos da mineração, tampouco alteram o lugar do Brasil na DIT, com o papel da economia brasileira pautada por seu sentido colonial voltado à exportação de seus produtos (PRADO JÚNIOR, 2000). Este sentido, bem sabido, guarda, para além de um conectivo com as atividades agrárias, profunda ligação com as atividades extrativas, tanto minerais quanto vegetais, que serviram de alicerce aos primeiros ciclos de atividade econômica no país, e seguem, contemporaneamente – a elas se atrelando as petrolíferas –, como carros-chefes da economia brasileira de padrão exportador, em processo de reversão colonial acentuado (SAMPAIO JÚNIOR, 2007).

² Não se pode perder de vista que as atividades de trabalho empenhadas por pessoas escravizadas no curso dos séculos 16 a 19 no Brasil, não se limitavam a ações produtivas, existindo um vasto contingente de trabalhadoras e trabalhadores que se ativavam em atividades reprodutivas, isso no empenho das mais diversas tarefas no lar senhorial, ou mesmo no fomento à existência das populações escravizadas.

Percebemos, assim, que uma série de chagas que se ligam ao período da escravidão legal no país, sobretudo naquilo que se refere ao trato da mineração, não tiveram substantivas mudanças após a abolição. Não só afirmamos isso no que se refere a aspectos estruturais: quando olhamos para a mentalidade condescendente à descartabilidade da vida das pessoas trabalhadoras, promotoras de condições inseguras e ofensivas à saúde de quem trabalha, assim como de completo descaso para com o meio ambiente – donde os recentes desastres em Mariana e Brumadinho, em Minas Gerais, são grandes exemplos –, percebemos a manutenção deste estado de coisas.

Estes traços, porém, não caminham em sentido necessário, sem comportar tensões e alterações de ordem prática relevantes. A constituição do Direito Social (CESARINO JÚNIOR, 1943) no Brasil demonstra como, em parte, ainda que sem impacto estrutural, alguns traços dessa tradição dos vencedores foram flexionados e torcidos. Diz-se isso em razão de que a organização do mercado de trabalho no Brasil não teve apenas na Lei de Terras e na Lei Áurea suas peças-chave constitutivas. A formação de uma legislação trabalhista – de início esparsa, e posteriormente arranjada na Consolidação das Leis do Trabalho – cumpre papel fundamental não só na constituição desse mercado (BARBOSA, 2008), mas no modelar da acumulação capitalista no Brasil (OLIVEIRA, 2003). Constituídas por um complexo processo de enfrentamento de classe a acomodação conciliadora pelas classes proprietárias, tais leis expressam a correlação de forças da luta social no país.

4 REGULAMENTAÇÃO DA EXPLORAÇÃO E LUTA DE CLASSE ENTRE CENTRO E PERIFERIA: Elementos Para Compreensão de uma Divisão Internacional do Direito do Trabalho

Pensar a composição do Direito Social no Brasil é ter em conta que este se expressa, como todo construto concreto – a que a juridicidade não deixa ser exemplo (PACHUKANIS, 2017) –, como uma síntese de múltiplas determinações (KOSIK, 1969).

Ainda que a historiografia clássica relacionada ao referido campo do direito coloque em conta papéis ideológicos e institucionais como suas principais referências constitutivas – vide o vulto conferido à Doutrina Social da Igreja Católica Apostólica Romana, fundamentalmente após a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, e à criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919 (SEFERIAN, 2019, p. 14) –, tomar a leitura do Direito do Trabalho (e do Direito Social em geral) desde um registro materialista dialético impõe levar em conta que a fundamental força constitutiva deste campo do direito – assim como de todos os demais – é a luta de classes. Logo, é a ofensiva das classes trabalhadoras ante os interesses das classes exploradoras que enseja a criação deste repertório normativo, uma vez que as últimas, sem outras alternativas perante a pressão política dos oprimidos e oprimidas e na desesperada busca pela manutenção de seu poderio econômico, cedem os anéis para não perder os dedos (RAMOS FILHO, 2012), admitindo torções nos referenciais tradicionais da juridicidade para salvaguardar às classes trabalhadoras renda, tempo livre e melhores condições de saúde, segurança e higiene no labor.

A constituição desse arcabouço de Direitos Sociais encontra, porém, modulações diversas, marcadas, de um lado, pelo desenvolvimento desigual e combinado do modo de produção capitalista (TROTSKY, 2007, 2011), e, de outro, pelo distinto arranjo que as sociedades de classes estabelecem, constituindo e definindo seu próprio fazer histórico. Em outras palavras, em como nestas diversas realidades se instituem as lutas de classes.

Sabemos que nesse desenvolvimento desigual e combinado, e tomado o modo de produção capitalista enquanto um sistema mundial uno, centro e periferia da ordem produtiva capitalista estabelecem relações dialéticas e condicionadas. Global desde suas origens, o modo de produção capitalista vê aprofundada essa articulação centro-periferia com os adventos tecnológicos utilizados nos processos de produção, comunicação e transporte experimentados nos últimos séculos. Daí que centro e periferia não se esgotam em metrópole e colônia. Estes se reinventaram e reinventam. Não por outra razão, dirá Daniel Bensaid (1997, p. 19) que vivemos um momento em que as mudanças de escala e alterações de ritmo nos levam à vertigem. O trato da questão territorial no cerne das sociedades capitalistas assume novas cores e características sobretudo com o desenvolvimento urbano, a recomposição dos Estados nacionais e a particularização das atividades econômicas em territórios específicos.

Essa costura enquadra-se no registro categorizado por Marx enquanto divisão social do trabalho, que assume historicamente diversos contornos e formações, bem como intensidades diversas. Atravessadas por marcadores de gênero, raça, etnia, sexualidade, origem nacional e outros, assume destaque aos nossos olhos quando tocado por aspectos de ordem territorial, dando os contornos da DIT. Constituída dentro dos marcos do já mencionado desenvolvimento desigual e combinado do capitalismo na ordem global, esta dará o tom às diferenças existentes entre os graus de exploração, a natureza das atividades econômicas, o direcionamento da produção social, a forma como se estabelecem as relações de produção, a intensidade da violência para com a natureza, entre outros tantos fatores, conferindo funcionalidade ao território para modulação de afirmação do domínio mercantil e o processo de extração do mais-valor.

Enseja a DIT, por exemplo, um espaço originariamente voltado à produção de bens primários na periferia colonial/imperializada da ordem, e outro à produção industrial no centro metropolitano/imperialista. Viabiliza, com o desdobrar da afirmação capitalista, o desenvolvimento da grande indústria nos países centrais e o alicerçar de um projeto de industrialização dependente – tecnológica e economicamente – para com os países dominantes (MARINI, 2000). A forma como as relações de trabalho se estabelecem – mesmo em ramos de atividade econômica idênticos – e o descaso com a natureza, acompanham estas variações postas em contextos distintos. É o caso da mineração, que nos serve como um dos principais objetos de reflexão em se tratando de modo de trabalho extrativo.

Remetem as historiografias tradicional e crítica, bem como a memória operária e os monumentos da cultura ocidental a um cenário de atrocidades praticados contra os trabalhadores do setor minerário na origem dos processos de industrialização europeias, sobretudo quando olhamos as atividades ligadas ao carvão. Lembram o quanto os acidentes eram cotidianos e a sujeição a condições degradantes não fazia distinção etária ou de gênero. Certo, porém, é que na realidade dependente e periférica brasileira – bem como no restante da América Latina, a exemplo dos territórios que hoje constituem a Bolívia, Chile, México e Peru – tais circunstâncias se mostravam, e mostram, ainda mais daninhas às condições de vida da população que trabalha.

Tal se diz, de um lado, dado o condicionante histórico marcado pelo trato da coisificação radical dos trabalhadores e trabalhadoras proporcionado pela escravidão, fato que por si só estruturalmente impunha um forte peso de descaso à condição de humanidade destas pessoas, sujeitando-as à penúria, sobrecarga e perigo que extrapolavam os limites considerados moralmente toleráveis a iguais. Estas marcas, arraigadas culturalmente nas práticas das classes proprietárias de nosso país até hoje – já que herdeiras, como benjaminianamente não podemos negar, das classes dominantes e escravocratas de outrora (LÖWY, 2005, p.80) –, no processo de constituição do mercado de trabalho brasileiro seguiram em larga medida presentes, condicionando as práticas de trabalho e a sujeição a péssimas condições de labor ao conjunto das classes trabalhadoras, não sendo exceção aquele estrato composto por trabalhadores e trabalhadoras da mineração.

Essa característica, que serve de marca à superexploração que dá o tom ao assalariamento no Brasil (MARINI, 2000), estreita as perspectivas de vida – tanto em sua qualidade quanto no que se refere à longevidade – de quem trabalha em nossa Pátria Grande, sobretudo no trabalho extrativo, donde o caso da mineração é exemplar: para nos atermos a um único indicador, os riscos de desenvolvimento de neoplasias é acen-tuadamente maior para as pessoas que trabalham em minas quando comparado com o restante da população (VERÍSSIMO *et al.*, 2013), e o principal motivador deste estado de coisas é ambiental.

Ademais disso, a precedência cronológica da forma de exploração assalariada no contexto europeu des-pertou, em caráter mais ancestral, a confirmação das tendências postas à auto-organização das classes traba-lhadoras modernas, *pari passu* ao processo de concentração obreira nas unidades produtivas (sejam fabris, sejam extrativas). Esse fato resultou na estruturação de mecanismos de resistência e reivindicação mais pre-cocemente, viabilizando um arcabouço protetivo a esse conjunto da população trabalhadora e a estruturação de uma cultura de mobilização sindical densa, trazendo melhorias ímpares das condições de trabalho, mas tardiamente experimentadas no Brasil.

O exemplo histórico do sindicalismo dos mineiros na Inglaterra é gritante nesse sentido (TUC, 1947), tendo sido este só desmontado e desmoralizado – ainda que interpretações diversas parem sobre tais even-tos – com a ofensiva neoliberal capitaneada por Margareth Thatcher após a heroica greve conduzida entre 1984 e 1985 (DARLINGTON, 2005). Essa modulação clássica que leva à estruturação do Direito do Trabalho nos países centrais da ordem capitalista, que historicamente alçou pautas ambientais – de condições de vida,

saneamento e saúde no espaço do trabalho – e que contou com a atuação de trabalhadoras e trabalhadores do setor minerário desde os seus passos fundantes, segue cadência muito particular em nossa realidade dependente e periférica.

Da mesma sorte que o processo de afirmação capitalista se pauta desde as particularidades histórico-sociais de cada região do globo para se instalar, também a luta sindical e a organização dos mais diversos setores das classes trabalhadoras passa por esse processo. Gozando estes fenômenos sociais de historicidade específica, tanto o sindicalismo quanto a conformação do Direito do Trabalho terão modulações ditadas pelas características que o modo de produção assumirá nos diversos rincões do globo, dadas as distinções no processo de acumulação existentes em cada uma dessas territorialidades pautadas pela DIT.

Assim, se no Brasil o assalariamento só passa a se generalizar após a abolição formal da escravatura, o sindicalismo como forma de luta acaba por retardar seus primeiros passos quando comparado com os países do centro da ordem capitalista, que já, há um século, experimentavam essa forma social, sendo tardia também a constituição do Direito do Trabalho no país.

O caráter tardio é apenas uma das características do Direito do Trabalho no Brasil, mas outras tantas particularidades lhe são próprias. É nesse processo de constituição juslaboral, que guarda semelhanças e distinções com o Direito do Trabalho posto nos países centrais da ordem, que reconhecemos não só o *desenvolvimento desigual e combinado do Direito do Trabalho*, mas também o seu instalar em uma *divisão internacional do Direito do Trabalho*.

A referida divisão internacional operacionaliza-se, de um lado, pela funcionalização das relações econômicas globais desde o registro territorial, que reclamará que em alguns rincões do planeta a lógica de assalariamento se mostre mais violenta e predatória do que em outras; isso tanto no que se refere à matéria remuneratória – sobretudo por não se reclamar destes trabalhadores e trabalhadoras o consumo daquilo que por eles é produzido e, invariavelmente, exportado aos países centrais da ordem –, quanto no que diz respeito às condições gerais de saúde, higiene e segurança do trabalho – proporcionando uma redução da expectativa de vida dos trabalhadores e trabalhadoras, e que guarda direta relação com as condições ambientais em que a vida se reproduzirá, inclusive no trabalho. Daí Ruy Mauro Marini (2000) definir a superexploração como sendo o processo em que ocorre “maior exploração da força física do trabalhador, em contraposição à exploração resultante do aumento de sua produtividade e tende normalmente a expressar-se no fato de que a força de trabalho se remunere por baixo de seu valor real” (p. 160).

Isso aponta para uma objetiva necessidade de, na realidade periférica e dependente do capitalismo, constituir-se um Direito do Trabalho de menor intensidade, menos vigoroso pela própria viabilidade econômica da superexploração? Não, em absoluto. Trata, no entanto, de uma barreira estrutural rígida a impedir sua efetivação, fato que confere também aos marcos protetivos do Direito do Trabalho nestas realidades, muito mais difíceis de se efetivar, um papel de tensão antissistêmica mais agudo.

Afirmamos isso em razão de a economia ser apenas uma das determinações que condicionam a constituição juslaboral, incidindo outras tantas na sua concreta delimitação. A principal delas, não há que se questionar, é justamente a política. É no bojo do processo da luta de classes, instalado nos mais diversos e particulares desenhos da sociedade capitalista, que as pressões dos de baixo se conformam, institucionalmente e com vistas de pacificação social, em Direitos do Trabalho de “calibres” diversos.

Com estes dois fatores – econômico e político – encontra-se outro de suma relevância aos nossos olhos, que é o ambiental. Posto justamente ante o descompasso do metabolismo humano com as temporalidades dos processos da natureza não humana, é certo que a produção e consequente distribuição de riquezas é condicionada por essa barreira objetiva que não pode ser desconsiderada, ainda mais ante o cenário de crise civilizacional de nuances ecológicas sem precedentes em que vivemos (LÖWY, 2013). Não por outra razão, a ponderação trazida por Razmig Keucheyan (2018) acerca do reconhecimento contemporâneo da dialética entre senhor-escravo-natureza, seja de todo pertinente, prenunciando a natureza como um campo de batalha classista.

Em síntese apertada, são as pressões da luta das classes trabalhadoras que levam as classes proprietárias, investidas de poder político e instaladas no Estado, a ceder suas ganas exploratórias e constituir instrumentos jurídicos que proporcionem condições efetivas de existência às pessoas que trabalham, tanto para fins de renda quanto para condições de harmonia ambiental. É desse processo que se forjam os Direitos Sociais.

Tomando a luta do proletariado (BENSAÏD, 2008, p. 36-39), esse desenho protetivo, voltado às relações de trabalho, é o juslaboral, que leva à proteção de quem trabalha em sua relação com quem explora. Esta é a essência do Direito do Trabalho e sua dinâmica básica de conformação. O quanto e como cedem as classes proprietárias nos diversos Estados nacionais, todavia, variará conforme o papel econômico que cumprem na DIT, bem como de sua força política.

Assim, o Direito do Trabalho no Brasil é distinto daquele existente nos países centrais da ordem, ainda que este Direito do Trabalho guarde alguns elementos de identidade essenciais. Sua distinção é servil, historicamente, à manutenção do Brasil em seu *locus* dependente e periférico na economia capitalista, inclusive viabilizando o perdurar das práticas de superexploração e interdição da auto-organização das trabalhadoras e trabalhadores por meio de mecanismos políticos violentos, antidemocráticos e ecocidas.

5 O TRABALHO NA MINERAÇÃO ONTEM E HOJE NA CONSTITUIÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO NO BRASIL

Saindo do sobrevoo categorial, o repertório historiográfico nos leva a verificar como as tendências de conformação do Direito do Trabalho assentam-se em nossa realidade, conferindo lastro às nossas proposições. O trabalho extrativo minerário nos serve de importante manancial para tais reflexões, posto que teve um papel decisivo na conformação da regulamentação da contratação da força de trabalho no Brasil. Afinal, as lutas das pessoas que trabalham na extração minerária tiveram parte decisiva em nossa história política.

Dada a dimensão e natureza deste texto, buscaremos sinalizar o papel da luta de classes decorrente do trabalho extrativo minerário na formação juslaboral brasileira desde três experiências episódicas. Sintomaticamente, expressam estes momentos não só etapas decisivas do enfrentamento de classe no país, mas também o papel da economia brasileira no capitalismo globalizado e indissociável vinculação da luta de classes com a questão ecológica.

A primeira delas liga-se ao período escravocrata. Como mencionamos alhures, o processo de abolição formal da escravatura no nosso país foi impulsionado por profundas lutas e insurreições conduzidas por pessoas escravizadas. A memória dos quilombos e o processo de constituição do quilombismo (NASCIMENTO, 2002) são basilares nesta resistência que impôs às mãos brancas de Isabel a assinatura da Lei Áurea.

Desde o início da colonização, a existência política das negras e negros sequestrados do continente africano mostrava-se incompatível com a conformação do capitalismo à brasileira. Primeiramente, diante da lógica predatória, violenta e coisificadora que cadencia a acumulação primitiva de capitais, encontrando no corpo das pessoas escravizadas sua fronteira última e sua resistência primeira, e, em um segundo momento, ante as disposições de instituição do assalariamento no país como uma consequência dos ideais liberais burgueses europeus, que, ao menos no discurso (BENSAÏD, 1989, p. 52), reclamavam a abolição formal da escravatura.

As contradições e tensões postas nas relações de trabalho por estas ideias fora do lugar (SCHWARZ, 1992) aprofundaram na nossa realidade dependente e periférica a dualidade de interesses entre classes proprietárias e trabalhadoras, que não precisou esperar até o início das políticas públicas de branqueamento do mercado de trabalho (SOUTO MAIOR, 2017, p. 104-113) para irromper, manifestando, já em seus primeiros passos, na experiência dos inconfidentes, forte expressão. É o que percebe Clóvis Moura (1981, p. 58), atento à produção minerária:

Tiradentes, segundo Norberto de Souza Silva, chegou a possuir três escravos nas suas malogradas tentativas de mineração. O certo é que pelo menos uma escrava sabemos ter pertencido ao Alferes Inconfidente: a que foi doada por ele a D. Maria do Espírito Santo, órfã menor a quem Tiradentes deixara grávida “com promessas esponsalícias” e de quem tivera uma filha.

As tensões não se limitavam ao campo da coerência das ideias. O espaço da mineração não foi isento de intensas tensões e lutas classistas. Tratando das Minas Gerais, o mesmo Clóvis Moura (1981, p. 92) aponta como exemplo:

Os quilombolas se aliavam aos contrabandistas de diamantes e serão uma preocupação constante; muito trabalho darão aos dirigentes da Capitania. Segundo um historiador dessa região – M. M. de Barros Latif – em consequência das facilidades que os escravos encontravam para a fuga na mineração, a repressão se processará com mais vigilância em Minas Gerais de que nas demais capitanias, tendo, mesmo, as cadeias, públicas se transformado nos edifícios mais importantes das cidades, vilas e povoados mineiros; importância que advinha da vigilância repressiva movida pelo governo, repressão tanto mais acentuada quanto era o interesse da Metrópole em arrancar as riquezas do subsolo mineiro. Durante muito tempo viveu no distrito diamantino um legendário negro chamado Isidoro, conhecido posteriormente por “O Mártir”, que durante anos atuou à frente de 50 quilombolas, praticamente invencível até a morte, no ano de 1809.

O destrutivo caráter do processo de acumulação primitiva de capital, que se volta contra a vida de trabalhadoras e trabalhadores escravizados, também se direciona à natureza. Em relato de 1830, o botânico Auguste de Saint-Hilaire não podia deixar de observar a miséria em que vivia a população de Ouro Preto, e, por dever de ofício, os impactos ambientais das atividades extrativas. Olhando para os “dois morros que avançam pelo vallão de Rio d’Ouro Preto”, percebeu que “deixam entre elles, em um plano pouco menos saliente, um espaço triangular sem cultura e habitação, onde o terreno revolvido e despojado de vegetação deixa por toda a parte lobrigar vestígios afflictivos dos trabalhos dos mineiros” (SAINT-HILAIRE, 1938, p. 132). E arremata, com aguda percepção ecológica:

os actuaes habitantes de Minas Geraes, tão imprevidentes como seus antepassados e mais culpáveis ainda, pois que já sentem os efeitos do mal, os habitantes actuaes de Minas Geraes, digo, contuam a destruir insensatamente suas mattas, e deixarão a seus descendentes uma situação mais lastimável ainda que aquella cujos efeitos já experimentam (SAINT-HILAIRE, 1938, p. 176).

Ainda que largamente indocumentados – sobretudo por conta da Lei de 13 de maio de 1891, capitaneada por Ruy Barbosa, que pôs fim com fogo a documentos da memória da escravidão –, os exemplos mencionados anteriormente denotam sintomaticamente a presença destes conflitos, como o ambiente da mineração, que não se via isento destas contradições, e a luta insurrecional da negritude brasileira, desde seu gérmen, que era incompatível com as pálidas teorias de liberdade formal pautadas pela intelectualidade burguesa ou aburguesada do país, servindo de passo primeiro à conformação de nosso Direito do Trabalho e da revolução brasileira.

A segunda experiência situa-se no desfecho do último ciclo do grande processo de conformação do Direito do Trabalho brasileiro, que, irrompendo com a formação de um mercado de trabalho no país, passa a ser minado após o processo contrarrevolucionário preventivo instalado com o golpe empresarial-militar de 1964. Voltaremos nossos olhos ao processo de luta e auto-organização dos trabalhadores e trabalhadoras do cimento e cal de Perus, Bairro de São Paulo, que constituíram aquele que ficou conhecido como “Sindicato dos Queixadas”.

Sabemos que o Direito do Trabalho se constitui no Brasil desde a Primeira República impulsionado pelo desespero das classes proprietárias ante as lutas revolucionárias de anarquistas e socialistas europeus – como conta a historiografia tradicional –, potencialmente combinadas com a sabedoria insurrecional da negritude recém-liberta no país (GÓIS, SEFERIAN, 2017). Esse conjunto de proteções normativas, de início particularizadas a algumas unidades produtivas ou setores das classes trabalhadoras, e que depois foram instituídas em leis esparsas com abrangência a todo contingente proletário, servirá de base a Getúlio Vargas para a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, operacionalizando o “roubo da fala” dos trabalhadores (PARANHOS, 1999) por intermédio da ideologia da outorga (VIANNA, 1989, p. 87-152).

Notamos que desde o curso da Primeira República, adentrando a ditadura varguista em suas diversas expressões, e, posteriormente, no curso da Segunda República brasileira, que vai até 1964, o arcabouço protetivo juslaboral apenas se aprofundou, isso em razão do processo de ofensiva das classes trabalhadoras, não obstante os esforços para pacificação da conflituosidade de classes no país. Parte substancial desta última onda ofensiva – dada nos anos 1950 e 1960 – teve palco nas atividades de mineração, quando a luta do “Sindicato dos Queixadas” assume grande importância. O movimento, síntese de uma articulação que não só contemplava os trabalhadores da empresa, mas também toda a comunidade do entorno da mineradora – como intelectuais, religiosos, familiares, moradores e comerciantes do Bairro de Perus –, trouxe novos ares à construção de forças insurrecionais na órbita do sindicalismo e na busca de direitos para as trabalhadoras e trabalhadores.

De forma original, o “Sindicato dos Queixadas” articulou demandas que exorbitavam o corporativismo profissional – lutando por pautas econômicas transcategoriais ou classistas, a exemplo do enfrentamento travado nos anos 1950 em que buscavam ou o aumento de seus salários ou a redução do preço do cimento, para viabilizar acesso ao produto pelos trabalhadores que construíam suas casas –, empenhou-se em bandeiras de caráter fortemente antissistêmico – ao problematizar a gestão fabril, batalhando pela expropriação do capitalista J. J. Abdalla e buscando sua autogestão operária –, construiu métodos de luta inovadores – como a afirmação da chamada “firmeza permanente”, inspirada nas lutas pacifistas de Gandhi e outros movimentos pelos direitos civis – e encampou pautas até então jamais animadas por movimentos sindicais do país – como foi o caso das reivindicações de caráter ambiental direcionadas ao seu empregador, que transbordavam a viência na fábrica, alcançando não só a vizinhança da planta mas toda a sociedade (JESUS, 1992).

Quanto a esse particular aspecto ambiental das mobilizações, há de se ter em conta que o crescente papel da indústria, a que se ligavam tais trabalhadores, acompanhava a demanda de cimento em São Paulo e em todo país, pautada pela ampliação da população urbana nacional. Isso foi o incremento produtivo, acompanhado da minoração de gastos com elementos aptos a conter a emissão de poluentes, que resultou as diversas marchas organizadas por trabalhadores do cimento e cal de Perus junto a seus familiares, buscando a construção de filtros nas chaminés da fábrica bem como outras medidas voltadas à melhoria das condições de trabalho e vida nos arredores da empresa (ALVES, 2011, p. 27), uma vez que era insustentável a vida assolada por “uma fumaça turva, carregada de pó de cimento, que se depositava nos telhados dos moradores” (MOREIRA; GOULD, 2013, p. 15). O “Sindicato dos Queixadas”, que guardava uma íntima ligação com o cristianismo da libertação (LÖWY, 2016), acabou por impulsionar outras tantas lutas ambientalistas de caráter mais amplo, inclusive a Campanha da Fraternidade de 1979 com o lema “Preserve o que é de todos”, muito embora já desde 1973 – ano em que as mobilizações atentas a pautas ambientais dos Queixadas se iniciaram – entoasse, em algumas medidas, chamados ecológicos (NANDI, 2015).

Por fim, é de se colocar aqui o papel da luta dos petroleiros e petroleiras no curso dos anos 90. Em um contexto de fragmentação do paramento juslaboral, conquistado até 1964, os anos que sequenciam a redemocratização formal do país são marcados por uma ofensiva de matriz neoliberal que projeta a diversos setores das classes trabalhadoras seus ataques. Aos petroleiros e petroleiras, o obus teve múltiplas intencionalidades: não só serviu para promover a privatização da Petrobras, como – mais grave – visou a debelar uma das organizações sindicais mais fortes do país, atingindo, com isso, o conjunto de outras entidades de classe, abrindo margens para a reorganização produtiva que nos anos subsequentes se instituiu em profundidade no país.

A resistência dos petroleiros e petroleiras foi imensa, articulando uma greve sem precedentes. A ação articulada do grande capital, porém, mediada pelo Poder Judiciário e as Forças Armadas, impôs uma pesada repressão à Federação Única dos Petroleiros, levando à ocupação militar de refinarias de petróleo e à declaração de abusividade da greve, impondo severas multas não somente às entidades representativas dos e das grevistas, mas também àqueles sindicatos que se solidarizaram com tal luta (CORREGLIANO, 2014).

As medidas flexibilizadoras de direitos trabalhistas que se estabeleceram em todo país nos anos 1990, vêm acompanhadas do aprofundando da dependência energética para com fontes fósseis (TOLMASQUIM *et al.*, 2007, p. 55-58), fortalecendo a indústria petrolífera e o conjunto de atividades econômicas dela dependentes, intensificando a emissão de hidrocarbonetos. Esse fato alia-se a outras medidas introduzidas pelo setor do petróleo que, com vistas à ampliação das margens de lucro de seus investidores-acionistas, traz à míngua as políticas de segurança, proporcionando, no período, uma escalada de acidentes, como o naufrágio da Plataforma P-36, em 2001, e outros pequenos acidentes que passam a ser costumeiros a partir de 1997 (BIOMANIA, 2020).

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pudemos traçar um panorama do modo como o Direito do Trabalho constitui-se nas diversas realidades do capitalismo globalizado, tendo em conta fundamentalmente as determinações do desenvolvimento desigual e combinado do capitalismo, a DIT e o processo da luta de classe ínsito aos diversos contextos nacionais.

O exemplo da realidade brasileira, tomado desde três experiências pontuais, revela não somente que as atividades extrativas dão o tom à economia nacional desde priscas eras, mas também no bojo das relações de trabalho empreendidas na sua condução no processo de enfrentamento de classes – ora pela ofensiva das classes trabalhadoras, ora pela ofensiva das classes proprietárias e dominantes – e se mostra central para a compreensão da regulamentação da contratação da força de trabalho e da cadência de destruição da natureza não humana.

Tomamos aqui como de máxima relevância a permanente atenção ao trabalho extrativo – florestal, mineral, petrolífero e outros – não só por compreendê-lo como central no processo da luta de classes na sociedade do capital, mas também ante a certeza de que são esses os setores das classes trabalhadoras que mais esforços e desafios possuem em sua reinvenção política, sobremaneira ante a convergência de pautas ambientais em suas lutas corporativas, compreendendo que os ataques às classes trabalhadoras no curso de nossa história acabam acompanhados de ataques da mesma sorte contundentes ao meio ambiente.

Novos horizontes políticos colocam-se em um momento histórico em que a crise ambiental avança a largos passos ante a incessante gana produtivista e consumista do capital. A defesa irrestrita de postos de trabalho que fomentam, pela sua própria existência, a destruição do planeta, passa a ser tema de profundas preocupações. A readequação da forma como lidamos com o meio ambiente e como as ofensivas dos trabalhadores e trabalhadoras devem se articular nesse tocante, despontam como o mais importante desafio do movimento sindical e social nesta quadra histórica.

Particularmente na periferia da ordem, em que as violências trabalhistas e ambientais são ainda mais profundas, essa urgência coloca-se com maior contundência. O Direito do Trabalho brasileiro, que com a Lei n. 13.467/2017 passou por um duro golpe, necessita ser reinventado. Essa reinvenção, para que atenda aos mais radicais interesses das classes trabalhadoras, deve ser ecologicamente determinada e taticamente posta em função de conferir não só melhores condições sociais e econômicas a quem trabalha, mas também saldos políticos para a construção de uma alternativa estratégica revolucionária (e ecológica) sem precedentes.

O planeta pede clemência, e o capital recebe tal pleito com ouvidos moucos. Aos trabalhadores e trabalhadoras do setor extrativo – assim como de outros ramos da produção – cabe a importante tarefa de ouvir estes gritos de agonia e reformular sua ação transformadora.

7 REFERÊNCIAS

- ALVES, Maria Madalena Ferreira. *Mulheres em luta: uma outra história do movimento “Queixadas” de Perus*. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.
- BARBOSA, Alexandre de Freitas. *A formação do mercado de trabalho no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2008.
- BENSAÏD, Daniel. *Le pari mélancolique: métamorphoses de la politique, politique des métamorphoses*. Paris: Fayard, 1997.
- BENSAÏD, Daniel. *Le spectacle, stade ultime du fétichisme de la marchandise*. Paris: Lignes, 2011.
- BENSAÏD, Daniel. *Moi, la révolution: remembrances d’une bicentenaire indigne*. Paris: Gallimard, 1989.
- BENSAÏD, Daniel. *Os irredutíveis: teoremas da resistência para o tempo presente*. Trad. Wanda Caldeira Brant, São Paulo: Boitempo, 2008.
- BIOMANIA. *Principais acidentes com petróleo e derivados no Brasil*. Disponível em: <https://biomania.com.br/artigo/principais-acidentes-com-petroleo-e-derivados-no-brasil>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- CESARINO JÚNIOR, Antonio. *Direito social brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 1943.
- CORREGLIANO, Danilo Uler. *O sistema de controle judicial do movimento grevista no Brasil: da greve dos petroleiros em 1995 aos dias atuais*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- DARLINGTON, T. T. *There is no alternative: exploring the options in the 1984-5 miners’ strike*. 2005. Disponível em: https://usir.salford.ac.uk/id/eprint/10099/3/1972_and_1984_Miners%27_Strikes.pdf. Acesso em: 19 ago. 2019.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: LP&M, 2014.
- JESUS, Mario Carvalho de. *Cimento Perus: 40 anos de ação sindical transformam velha fábrica em centro de cultura municipal*. São Paulo: JMJ, 1992.
- KEUCHEYAN, Razmig. *La nature est un champ de bataille*. Paris: La Decouverte, 2018.
- KOSIK, Karel. *Dialética do concreto*. Trad. Célia Neves e Alderico Toríbio. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.
- LIJUNGVIST, Fredrik Charpentier et al. Linking European building activity with plague history. *Journal of Archaeological Science*, n. 98, p. 81-92, 2018.

- LÖWY, Michael. Cenários do pior e alternativa ecossocialista. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 104, p. 681-694, out./dez. 2010.
- LÖWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. *Caderno CRH*, Salvador, v. 26, n.67, p. 79-86, jan./abr. 2013.
- LÖWY, Michael. *O que é cristianismo da libertação?* Religião e política na América Latina. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2016.
- LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2005.
- LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*: estudos sobre a dialética marxista. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LUXEMBURG, Rosa. *A acumulação do capital*: estudo sobre a interpretação econômica do imperialismo. Trad. Moniz Bandeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
- MALM, Andreas. *Fossil capital*: the rise of steam power and the roots of global warming. London: Verso, 2016.
- MANDEL, Ernest. *Traité d'économie marxiste*. Tomo I. Paris: UGE, 1962.
- MARINI, Ruy Mauro. *Dialética da dependência*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: Clacso, 2000.
- MARX, Karl. *O capital*: livro I: o processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MOREIRA, Jéssica Aparecida; GOULD, Larissa. *Queixadas*: por trás dos 7 anos de greve, 2013.
- MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. 3. ed. São Paulo: Lech, 1981.
- NANDI, Domingos Volney. Os temas ecológicos nas Campanhas da Fraternidade. *Encontros Teológicos*, n. 72, ano 30, n. 3, p. 27-36, 2015.
- NASCIMENTO, Abdias. *O quilombismo*. 2. ed. Brasília; Rio de Janeiro: Fundação Cultural Palmares; O.R., 2002.
- OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica da razão dualista – o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003.
- PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Coord. Marcus Orione. Trad. Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017.
- PARANHOS, Adalberto. *O roubo da fala*: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil. São Paulo: Boitempo, 1999.
- PRADO JÚNIOR, Caio. O sentido da colonização. In: PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*: colônia. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- RAMOS FILHO, Wilson. *O direito capitalista do trabalho*. São Paulo: LTR, 2012.
- SAINT-HILAIRE, Augusto de. *Viagem pelas províncias de Rio de Janeiro e Minas Geraes*. 1º tomo. Trad. Clado Ribeiro de Lessa. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.
- SAMPAIO JÚNIOR, Plínio de Arruda. Globalização e reversão neocolonial: o impasse brasileiro. In: HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. *Filosofia y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires: Clacso, 2007.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. Direito, política e reconhecimento: apontamentos sobre Karl Marx e a crítica ao Direito. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba: UFPR, v. 61, n. 2, p. 203-233, maio/ago. 2016.
- SCHWARZ, Roberto. As ideias fora do lugar. In: SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor, as batatas*. São Paulo: Duas cidades, 1992.
- SEFERIAN, Gustavo. *Direito do trabalho como barricada*: sobre o papel tático da proteção jurídica do trabalhador. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, SP, 2017.
- SEFERIAN, Gustavo. Sobre o uso da miséria historiográfica e a relevância da investigação histórica na aplicação do Direito do Trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, n. 43, 2019.
- SEFERIAN, Gustavo; GÓIS, Tainã. Os reflexos de quem somos: hipóteses acerca do trato racial e da auto-organização na constituição da classe operária e do direito do trabalho na Primeira República. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 45, n. 1, 2017.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho*: História do Direito do Trabalho no Brasil. v. 1, t. 1, São Paulo: LTr, 2017.
- TOLMASQUIM, Mauricio et al. Matriz energética brasileira: uma prospectiva. *Novos Estudos*, n. 79, p. 47-69, 2007.
- TROTSKY, Leon. Balanço e perspectivas. In: TROTSKY, Leon. *A teoria da revolução permanente*. São Paulo: Sundermann, 2011.
- TROTSKY, Leon. *História da Revolução Russa*. Tomo I. Trad. Diego de Siqueira. São Paulo: Sundermann, 2007.
- TUC. *Trades Union Congress. A short history of british trade unionism*: a T.U.C. study pamphlet. London: Trade Union Congress, 1947.
- VERÍSSIMO, Gesiele et al. Mortalidade de mineiros brasileiros por câncer entre 1979-2005. *Cadernos de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 21, v. 3, p. 281-288, 2013.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- WRIGHT, Ronald. *Uma breve história do progresso*. Trad. Carolina Araújo. Rio de Janeiro: Record, 2007.

DIREITOS DA NATUREZA E ACESSO À JUSTIÇA: A Ampliação dos Atores Legitimados em Ações Coletivas Para uma Justiça Socioambiental

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.118-131>

Recebido em: 7/9/2020
Aceito em: 19/9/2020

Márcia Rodrigues Bertoldi

Doutora em Direito pela Universitat de Girona. Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS. <http://lattes.cnpq.br/2979973414270206>. <https://orcid.org/0000-0003-3161-0445>. marciabertoldi@yahoo.com

Roberta Fortunato Silva

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio/SP. Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional Uninter/PR. Bacharela em Direito. <http://lattes.cnpq.br/0313353427502475>. <https://orcid.org/0000-0002-8401-4383>. roberta_rfs@yahoo.com.br

RESUMO

O presente estudo defende a superação das amarras existentes no âmbito processual, propondo o alargamento do rol de sujeitos que podem iniciar a busca por proteção judicial em defesa do meio ambiente para o cumprimento dos direitos da natureza. O direito de acesso à justiça deve ser amplamente assegurado pelos instrumentos processuais de um ordenamento jurídico, notadamente em se tratando de demandas coletivas. Assim, estuda-se a trajetória do pensamento humano sobre a natureza para compreender os paradigmas da ética ambiental que legitimam os direitos da natureza; os direitos da natureza, os quais incluem o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos; e a necessidade de alargamento do rol de sujeitos legitimados, especificamente em Ação Civil Pública ambiental, para o acesso à justiça dos direitos da natureza e para a execução da justiça socioambiental. Conclui-se que o alargamento deste rol é uma oportuna estratégia para promover um acesso à justiça mais amplo e efetivo para os direitos da natureza e, como efeito, a justiça socioambiental. Utilizou-se, nesta pesquisa, o método dedutivo, revisando bibliografia e documentos como procedimento.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direitos da natureza. Paradigma ecocêntrico. Proteção ambiental. Justiça socioambiental.

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y ACCESO A LA JUSTICIA:

LA AMPLIACIÓN DE LOS ACTORES LEGITIMADOS EN ACCIONES COLECTIVAS PARA UNA JUSTICIA SOCIOAMBIENTAL

RESUMEN

El estudio sostiene la superación de los obstáculos en el ámbito del proceso y propone la ampliación del rol de sujetos capaces para buscar protección judicial en la defensa del medio ambiente para el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. El derecho de acceso a la justicia debe ser asegurado por los instrumentos procesales de un ordenamiento jurídico, especialmente en los casos de demandas colectivas. Así es que se estudia la trayectoria del pensamiento sobre la naturaleza para comprender los paradigmas de la ética ambiental que legitiman los derechos de la naturaleza; los derechos de la naturaleza, que incluyen el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho; y la necesidad de ampliación del rol de sujetos legitimados, específicamente en Acción Civil Pública ambiental, para el acceso a los derechos de la naturaleza a la justicia y para la ejecución de la justicia socioambiental. Se concluye que la ampliación del rol es una oportuna estrategia para promover un acceso a la justicia más amplio y efectivo para los derechos de la naturaleza y, en consecuencia, la justicia socioambiental. La investigación utiliza el método deductivo y revisa bibliografía y documentos.

Palabras-clave: Acceso a la justicia. Derechos de la naturaleza. Paradigma ecocéntrico. Protección ambiental. Justicia socioambiental.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A trajetória do pensamento sobre a natureza para legitimar os direitos da natureza. 3 Direitos da natureza: a natureza como sujeito do/no direito. 4 Considerações sobre o alargamento do rol dos sujeitos de direito para o acesso à justiça e à justiça socioambiental. 4.1 As ondas renovatórias para o acesso à justiça. 4.2 Os sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro. 4.3. Ação Civil Pública e necessárias reformas. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um importante marco na proteção do meio ambiente e destaca tal proteção em capítulo específico dentro do Título da Ordem Social (BRASIL, 1988). Além disso, por meio da Emenda Constitucional n. 42/2003 (BRASIL, 2003), a tutela ambiental tornou-se princípio a ser observado no regime de pesos e contrapesos da ordem econômica e financeira.

Para além da construção constitucional em prol do meio ambiente, no entanto, é preciso garantir mecanismos processuais efetivos de proteção, tanto no aspecto preventivo quanto no repressivo, que sejam exitosos na antecipação dos danos, sobretudo porque irreversíveis na maior parte dos casos e na reparação dos prejuízos identificados na exata porção do dano.

Tal qual preconizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12), a mera proclamação de direitos de nada serve sem que, para a sua efetivação, sejam garantidos mecanismos de reinvidicação, razão da importância do acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos. No Brasil, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional oferecem rituais que contemplam a proteção do meio ambiente, a exemplo da Ação Civil Pública, da Ação Popular e do Mandado de Segurança Coletivo.

Tais institutos processuais, contudo, ainda se mostram comprometidos com uma lógica privatística do direito e do processo civil, então compatível com o dogma liberal dos séculos 18 e 19, pautado no individualismo e no direito de propriedade. Nessa linha, apesar do aspecto difuso do meio ambiente, os mecanismos processuais existentes no Brasil ainda apresentam obstáculos que comprometem a efetividade do acesso à justiça para reparar ou reprimir danos ao meio ambiente que afetem os direitos da natureza e a consequente justiça socioambiental, a exemplo do problema da legitimidade e da representatividade, encontrados no rol de sujeitos processuais demasiadamente restritivo e limitado.

Nesse cenário, este artigo pretende pautar reflexões em uma concepção contemporânea de meio ambiente e, a partir da relevância dessa compreensão, defender a superação das amarras ainda existentes no âmbito do processual, propondo o alargamento do rol de sujeitos processuais que, com autonomia, podem iniciar a proteção judicial, a fim de assegurar o alcance de resultados que permitam dar ampla efetividade ao desiderato constitucional e infraconstitucional de defesa do meio ambiente para o cumprimento dos direitos da natureza e da justiça socioambiental.

Quanto à compreensão da natureza e a visão de sua essencialidade, o pensamento humano logrou mudanças ao longo dos séculos. Assim, entende-se necessário analisar esse desenvolvimento para se compreender os caminhos da salvaguarda jurídica dos direitos da natureza. É o que se estuda primeiramente.

O reconhecimento dos direitos da natureza, entre eles pertencer ao grupo dos sujeitos de direito, remonta ao pensamento ecocentrista, adotado em alguns países na América-Latina, na Austrália e na Nova Zelândia, por exemplo. Não está o Brasil, no entanto, incluído nesse núcleo, apesar de algumas demandas judiciais ajuizadas por elementos da natureza, de projeto de lei e decisão em sede do Supremo Tribunal Federal. Com o título *Direitos da natureza: a natureza como sujeito do/no Direito*, o item 3 aborda os direitos da natureza e a viabilidade do reconhecimento da natureza como um sujeito de direitos em uma proposta de ampliação do acesso à justiça ante a justiça socioambiental.

Entre outras, a lei tem a função de controle das resoluções de conflitos, com o propósito de uma aplicação justa, desvinculada de valores éticos, morais e religiosos. Com o intuito de organizar tais demandas, foram criados instrumentos e procedimentos para a sua apreciação pelos órgãos julgadores. Ou seja, foram instituídas normas para o acesso à justiça.

Não obstante, as problemáticas enfrentadas pela sociedade contemporânea tornaram-se mais complexas, exigindo o aprimoramento dos procedimentos processuais de salvaguarda dos direitos individuais, coletivos e difusos. Assim, o item 4 trata do acesso à justiça e das necessárias atualizações na lei processual capazes de enfrentar as dificuldades na proteção ambiental, no cumprimento dos direitos da natureza e na práxis da justiça socioambiental.

Com base nos conceitos de acesso à justiça e de direitos da natureza, parte-se da premissa maior de que a proteção do meio ambiente em prol dos direitos da natureza impõe instrumentos processuais hábeis para efetivá-los, aptos para acessar a justiça sem barreiras, e da premissa menor de que a Ação Civil Pública, instrumento mais utilizado em matéria ambiental, limita esse acesso por apresentar um rol taxativo de legitimados,

bem como dificulta a justiça socioambiental. Desse modo, tem-se por conclusão que a proposta de alargamento do rol de legitimados desse instrumento, além da aptidão para considerar a natureza como sujeito de direitos, mostra-se como uma estratégia capaz de dar amplitude e efetividade à proteção ambiental para os direitos da natureza e na justiça socioambiental pela via do acesso à justiça. Por procedimento, revisaram-se as bibliografias especializadas nas temáticas bem como documentos relacionados.

2 A TRAJETÓRIA DO PENSAMENTO SOBRE A NATUREZA PARA LEGITIMAR OS DIREITOS DA NATUREZA

A compreensão da humanidade sobre a natureza logrou transformações no decorrer dos séculos, que refletiu na gerência do modelo de desenvolvimento escolhido pela sociedade internacional. Transcendeu-se o entendimento de que a natureza frui de imutabilidade quando se reconheceu a finitude dos recursos naturais e a necessidade de salvaguarda para a manutenção da vida no planeta para as presentes e futuras gerações. Esta compreensão foi fundamental na construção do direito ambiental e dos direitos da natureza.¹

Na Idade Antiga, entendia-se que as leis universais regiam a natureza, sendo o Universo reputado como ordenado e imutável e estando inserido na natureza (Cosmos) como um todo (GOMES, 2013, p. 31). Assim, a natureza constituía o mundo em sua totalidade, “incluindo o homem, a natureza não-humana e o sobrenatural”, não havendo distinção clara entre o mundo humano e o mundo natural (SASS, 2008, p. 43).

Por sua vez, na constituição da Idade Média a natureza passou a ser compreendida como uma criação divina, sendo o universo regido por forças de causas e efeitos sob a égide da Divina Providência; compreendia o homem como um ser superior, por ser filho de Deus, criado à sua imagem e à sua semelhança. Diante desse pensar, inicia-se o afastamento do homem em relação à natureza em um ambiente marcado pelo teocentrismo (GOMES, 2013, p. 31-33). Isto posto, a noção de um universo orgânico, vivo e espiritual foi substituída pelo paradigma cartesiano mecanicista e pela noção de mundo como uma máquina, e a máquina do mundo tornou-se a metáfora dominante da era moderna (CAPRA, 1996, p. 34).

A mudança subsequente ocorre na superação do teocentrismo na Idade Moderna, quando o homem passa a ser considerado a base do universo e a natureza a ser compreendida como um objeto de exploração para mais desenvolvimento (GOMES, 2013, p. 32-36). Além disso, no final do século 18, o movimento romântico na arte, na literatura e na filosofia opõe-se fortemente ao paradigma cartesiano mecanicista, que retorna com força na segunda metade do século 20 (CAPRA, 1996), evidenciando a Idade Contemporânea. Desde a concepção da globalização da natureza, Porto-Gonçalves (2015, p. 23) sugere quatro etapas:

- 1) O Colonialismo e a Implantação da Moderno-Colonialidade (do século 15-16 a século 17... até hoje);
- 2) O Capitalismo Fossilista e o Imperialismo (do século 18 ao início do século 20... até hoje);
- 3) O Capitalismo de Estado Fossilista Fordista (de 1930 aos anos de 1960-1970... até hoje);
- 4) A Globalização Neoliberal ou Período Técnico-científico-informacional (dos anos 1960 até hoje).

É nessa ambiência que os marcos do entendimento humano sobre a natureza estiveram acompanhados por correntes do pensamento ambiental, ou seja, a doutrina ética ambiental. Essas correntes distinguem-se em antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo.

¹ Há de compreender-se os conceitos de meio ambiente e de natureza para concebê-los no âmbito do Direito. Meio ambiente é o conjunto de fatores externos (materiais, orgânicos, históricos, culturais ou ideológicos) exercendo uma forte influência nos indivíduos). Em outras palavras, constitui o universo característico de cada espécie, tal como o percebe em seu meio vital e graças ao qual pode agir eficazmente (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2008, p. 183). Natureza é o mundo físico, como conjunto dos reinos mineral, vegetal e animal, considerado como um todo submetido a leis, as “leis naturais” (em oposição às leis morais e às leis políticas) (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2008, p. 198). Assim sendo, o meio ambiente é um espaço de interação dos seres vivos submetidos a fatores antrópicos, e a natureza o ambiente em suas condições naturais, sem intervenção antrópica. Enquanto o direito ambiental tem como objetivo proteger os danos ao meio ambiente, um bem jurídico, os direitos da natureza protegem a natureza tendo em conta sua condição de sujeito de direito.

O Antropocentrismo é a concepção genérica que entende o homem como centro do universo, sua referência máxima e absoluta de valores; assim, os demais seres e forças gravitam ao redor de um eixo central, que é o homem (MILARÉ, 2014, p. 106). Nessa concepção, o homem assume a postura de superioridade absoluta perante os outros seres, e, por conseguinte, atribui-se a ele uma posição de prevalência sobre a natureza.²

Essa corrente, significativamente presente na Idade Média, ganha solidez no Período Moderno diante da racionalidade científica³, que compreende o homem como um ser vivo superior às demais formas de vida, e a natureza um instrumento de dominação para um desenvolvimento sem limites. Aqui, vale a pena assinalar o início da globalização da dominação da natureza que consolida a hegemonia europeia no mundo, a preço de escravidão e genocídio dos povos indígenas, com a consequente desorganização das sociedades originárias e a exploração de seus recursos naturais (PORTO-GONÇALVES, 2015, p. 24-25).

Contrário ao antropocentrismo, o biocentrismo não estipula valor instrumental aos seres vivos e reconhece a existência de deveres dos seres humanos perante as diferentes formas de vida. Assim, a vida é considerada o centro de todo o valor. Sob essa perspectiva, a vida do ser humano não serve como justificativa para ignorar ou desrespeitar a vida de outros seres vivos (ALMEIDA, 2005, p. 97), tendo em conta que o homem é tão somente um elemento que integra um ecossistema. Esse entendimento, no entanto, por estar restrito à proteção de apenas uma parte da biosfera (os seres vivos), não chegou a lançar raízes profundas, diferente do que ocorreu com o ecocentrismo (MILARÉ, 2014, p. 108).

O ecocentrismo significa redimensionar o lugar do humano nas relações com os demais seres vivos, e estendendo-se a outros elementos que integram a natureza, como as rochas, o solo, a água e seus processos biológicos. Assim, esse paradigma passa a entender o planeta como uma totalidade constituída de partes que se relacionam entre si, uma célula viva que requer ações de preservação e conservação. Esse padrão, que muda (ou deveria mudar) a visão mecanicista para a holística e ecológica, passa a ver o mundo como uma rede, a qual exige um pensamento sistêmico da ciência moderna (CAPRA; MATTEI, 2018).

Nessa breve passagem pelo pensamento da humanidade sobre a natureza, que defronta-se não somente com a sua dominação da natureza, mas também com a dominação de homens sobre homens, de homens sobre mulheres, de algumas culturas sobre outras, uma coisa é certa: além da necessária complexidade científica dos campos do saber para compreender a natureza, a sua proteção passa pelo direito em suas expressões materiais e processuais conforme o paradigma ambiental.

3 DIREITOS DA NATUREZA: A NATUREZA COMO SUJEITO DO/NO DIREITO

A corrente de pensamento que compreende os direitos da natureza e a natureza como um sujeito de direitos é a ecocêntrica. Essa corrente, conforme o entendimento de Garzón (2017, p. 15), influenciou, entre outros instrumentos normativos, a Carta da Natureza das Nações Unidas de 1982, que compreende a espécie humana como parte da natureza e que a vida necessita de funcionamento ininterrupto dos sistemas naturais, além de advertir que toda a forma de vida é única e deve ser respeitada, independentemente de sua serventia ao ser humano. Para dar cabo à execução desse pensamento, notadamente afeito à superação do antropocentrismo, entende-se que os direitos da natureza e a natureza como sujeito de direito precisam ser reconhecidos, o que encerra o alargamento dos sujeitos caracterizados como de direitos e deveres, até então representados por seres humanos e entidades públicas ou privadas.

² Ainda quanto à perspectiva de entendimento sobre o antropocentrismo, Leite (2015, p. 384-391) apresenta três modelos axiológicos, quais sejam: o antropocentrismo clássico, o antropocentrismo alargado e o não antropocentrismo. O antropocentrismo clássico tem como principal característica a ruptura entre o homem e a natureza, sendo o homem considerado o senhor do universo e, por conseguinte, proprietário da natureza. O antropocentrismo alargado é uma nova perspectiva ética do homem e da natureza que busca a superação da limitação antropocêntrica, admitindo a proteção da natureza por seu valor intrínseco, almejando a interação entre esses universos distintos e abandonando as ideias, apregoadas no antropocentrismo clássico, de separação, domínio e submissão. O não antropocentrismo refere-se às correntes que criticam a doutrina antropocêntrica, tais como o biocentrismo e o ecocentrismo.

³ Segundo Sass (2008, p. 49), foi a racionalidade científica que buscou desvendar, por intermédio da ciência, os enigmas associados com o mundo ao seu redor, e que permitiu transformar a natureza em objeto de observação e de análise, a ser fragmentado e apropriado. Capra (1996, p. 34) sustenta que foram as descobertas em física, astronomia e matemática, conhecidas como Revolução Científica, associadas aos nomes de Copérnico, Galileu, Descartes, Bacon e Newton, que promoveram esta mudança.

Oliveira (2017, p. 129) assegura que a expressão “direitos da natureza” não é criação peruana ou boliviana. A expressão, *rights of nature* aparece bem antes; é o título de um famoso livro, escrito por Roderick Nash, professor da Universidade da Califórnia, Santa Bárbara, publicado nos Estados Unidos em 1989: *Rights of nature: a history of Environmental Ethics*.

São direitos que exigem do ser humano um comportamento vinculado à ética da vida, à ética ecológica e à responsabilidade e solidariedade ambiental num espaço de pensar sistêmico. Reclamam o que Capra e Mattei (2018, p. 211) propõem: que as instituições jurídicas gerem incentivos para o comportamento ecologicamente sustentável das pessoas. Os *commons*⁴ podem ser uma instituição desse tipo. Significam direitos que rompem com a estrutura clássica da Teoria do Direito, sobretudo no campo dos sujeitos, dos bens, da propriedade e da responsabilidade.

Enfim, “são uma categoria de igual valor normativo que a dos direitos humanos. Isto é, os direitos da natureza têm um mesmo valor global que todos os direitos do homem” (PASTOR, 2019, p. 148 – tradução nossa), e, assim sendo, deve-se entender direitos relacionados. Nessa perspectiva, também exigem conciliação com o Direito Ambiental, aquele que vai tutelar o meio ambiente para o cumprimento dos direitos da natureza.

Nessa direção, os direitos humanos individuais e coletivos devem estar em harmonia com os direitos de outras comunidades naturais da Terra; os ecossistemas têm direito a existir e seguir seus próprios processos vitais; a diversidade da vida expressada na Natureza é um valor em si mesmo; e os ecossistemas têm valores próprios que são independentes da utilidade humana (ACOSTA, 2019, p. 166 – tradução nossa).

Foi na América Latina que algumas constituições, como a do Equador e da Bolívia, ultrapassaram o entendimento jurídico clássico da natureza como bem jurídico. Desde outro continente, somam-se a Nova Zelândia e a Austrália em seus sistemas de *comon law*.

A Constituição do Equador, no ano de 2008, reconheceu expressamente os direitos da natureza em sua Constituição, bem como identificou a natureza como um sujeito de direito⁵. A referida Lei considera direitos da natureza: *i) el derecho a su existencia y tener defensores (Art. 71); ii) el derecho a la restauración sin ignorar el derecho de las comunidades a una reparación total (Art. 72); iii) el derecho a la precaución y a aplicar restricciones (Art. 73); iv) el derecho a no ser comercializado; y v) permitir actividades humanas y comunitarias dentro del alcance de sumak kawsay (Art. 74) (ECUADOR, 2008).*

Por sua vez, a Constituição Boliviana de 2009, ainda que não tenha afirmado expressamente os direitos da natureza, estabelece suas normas em estreito vínculo com a *Madre Tierra*, a *Pachamama*,⁶ em direção ao *buen vivir*. Por conseguinte, motiva a aprovação da Lei 071 de 2010 (BOLÍVIA, 2010), que reconhece os direitos da *Madre Tierra*, impõe obrigações e deveres ao Estado plurinacional e à sociedade para garantir o respeito desses direitos e reconhece seu caráter jurídico.⁷ A mencionada Lei limita o exercício dos direitos individuais em relação aos coletivos e determina que qualquer conflito entre direitos deve resolver-se de maneira que não afete a funcionalidade dos sistemas de vida. Igualmente, vale mencionar que, na Colômbia, a Corte Suprema, em 2018, confirmou a Amazônia colombiana como entidade sujeito de direitos em questões relativas às mudanças climáticas (COLÔMBIA, 2018).

⁴ Sem pretender esgotar o tema, que pode ser estudado no livro dos referidos autores (página 211 em diante), não há nenhuma definição jurídica reconhecida, mas os estudiosos do direito concordam, em grande parte, que os *commons* não são nem privados nem públicos.

⁵ *La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución (art. 10) (ECUADOR, 2008).*

⁶ O Preâmbulo assinala: [...] *Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. [...] Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia [...]. Ademais, o artigo 255, II vincula os tratados internacionais à “Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva” (BOLÍVIA, 2009).*

⁷ Artículo 5. (CARÁCTER JURÍDICO DE LA MADRE TIERRA). *Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público. La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Los derechos establecidos en la presente Ley, no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra (BOLÍVIA, 2010).*

Na Nova Zelândia, a sessão 11 do *Te Urewera Act*, de 2014, reconhece que a *Urewera*, uma região montanhosa do país, possui todos os direitos, poderes, deveres e responsabilidades de uma pessoa jurídica, os quais serão exercidos e executados pelo Conselho *Te Urewera* (NOVA ZELÂNDIA, [2014]). Nessa linha, em 2017, após 140 anos de negociações, o rio *Whanganui* (também chamado *Te Awa Tupua*), considerado sagrado para os povos indígenas *Maori*, foi reconhecido como entidade viva a ser protegida, de modo a garantir a continuidade da sua existência. Ainda, ao rio foi conferida identidade jurídica, sendo também considerado detentor de direitos, deveres e responsabilidades como qualquer outra pessoa jurídica (SANTOS, 2019, p. 55). O *Te Awa Tupua Act (Whanganui River Claims Settlement) 2017*, em sua sessão 14, reconhece a personalidade jurídica do rio e seus direitos e deveres (NOVA ZELÂNDIA, [2017]). Na Austrália, este reconhecimento ficou por conta do *Yarra River Protection Act 2017*.

Isso posto, os direitos da natureza atravessam o paradigma de proteção ambiental para a manutenção da vida humana e viabilizam mais uma dimensão para a reivindicação e efetivação da necessária conservação da natureza. O homem passa a ser compreendido como um integrante da natureza e o “mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas” (CAPRA, 1996, p. 25). Os mencionados países apresentados prosperam o paradigma da ética ambiental ecocêntrica, que pressupõe a ética da vida, a responsabilidade e a solidariedade ambiental, a justiça socioambiental e a descolonização e decolonialidade da natureza.

Como dito, em que pese o Brasil não reconhecer a natureza como um sujeito de direitos, o Poder Judiciário vem sendo provocado para se manifestar, especialmente em licenciamentos e conflitos ambientais territoriais.

Segundo Ferreira (2013, p. 417), a primeira vez que os direitos da natureza foram suscitados ao Judiciário brasileiro foi na Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do Pará, no dia 17 de agosto de 2011 (BRASIL, 2011).

Nessa ação, o Ministério Público Federal, como forma de fundamentar o pedido de suspensão das obras, sustentou que “a humanidade caminha para o reconhecimento da natureza como um sujeito de direitos” (BRASIL, 2011, p. 25), argumento que objetivava impedir a construção do aproveitamento hidrelétrico Belo Monte pela concessionária Norte Energia S.A., pois atingiria a Volta Grande do Xingu. Na sentença proferida em 8 de julho de 2014 (BRASIL, 2014), o magistrado alegou que “o argumento de ser a Volta do Xingu sujeito de direitos não pode ser acatado como fundamento para a acolhida do pedido formulado”. Além disso, por compreender que as ilegalidades não ficaram evidenciadas, julgou improcedente os pedidos da inicial.

Posteriormente, em 7 de novembro de 2017, a Bacia Hidrográfica do Rio Doce solicita ao Judiciário o seu reconhecimento como sujeito de direitos (BRASIL, 2017), sendo representado pela Associação Pachamama.⁸ Na petição, como recurso natural, a Bacia demonstra sua essencialidade a 3,5 milhões de pessoas, aos processos ecológicos, à biodiversidade e aos povos que vivem na sua margem. Fundamentou-se na Convenção 169 da OIT (artigo 13), que obriga o Estado a respeitar a importância espiritual que a terra tem para os povos indígenas e tribais. Ademais, respaldou seu pedido na Constituição Federal, alegando que o Estado brasileiro deve proteger a vida, os modos ancestrais de criar, fazer e viver, os espaços de manifestações culturais ancestrais, os processos ecológicos essenciais, a biodiversidade e os recursos ambientais necessários à reprodução física e cultural dos povos ancestrais, segundo os seus usos, costumes e tradições. Ainda, demonstrou os prejuízos que a empresa Samarco Mineração S.A. provocou à Bacia, em razão do rompimento de sua barragem de rejeitos.

⁸ A Associação Pachamama é uma organização que semeia e desperta consciências das maravilhas da Madre Terra, baseadas pelos princípios do Bem Viver. Trabalham para uma interligação humana, ligada aos pilares da vida, seja ela ecológica, social ou humana. Está sediada na cidade de Pelotas/RS. Disponível em: <https://www.ongpachamama.org/quem-somos>. Acesso em: 13 ago. 2019.

Quanto aos pedidos, a Bacia Hidrográfica do Rio Doce solicitou o reconhecimento e a procedência da ação; liminarmente requereu o seu reconhecimento como sujeito de direitos e o reconhecimento da ampla legitimidade de pessoas defenderem o seu direito à existência;⁹ e a condenação da União e do Estado de Minas Gerais ao cumprimento de diretrizes do Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima. Na sentença, a magistrada alegou ausência de pressuposto processual de existência:

- 2.11. A legislação vem evoluindo e é perceptível a mudança de uma visão puramente antropocêntrica para um pensamento concebido no princípio de que há uma importante e estrita relação entre o homem e o universo, donde se percebe o homem como um ser que do universo faz parte e com ele interage.
- 2.12. Mas ainda assim, o nosso ordenamento jurídico não conferiu aos demais seres vivos, como animais, florestas, mares e rios os atributos da personalidade [...];
- 2.16. Entretanto, para ser parte (personalidade judiciária ou personalidade jurídica), necessária a capacidade do sujeito de gozo e exercício de direitos e obrigações, o que não se verificou *in casu* [...];
- 2.19. Trata-se de um pressuposto processual de existência da ação [...];
- 2.22 O ordenamento jurídico pátrio não conferiu aos animais, florestas, plantas, rios e mares os atributos da personalidade, por conseguinte, a Bacia Hidrográfica do Rio Doce não possui personalidade jurídica ou personalidade judiciária que lhe permita requerer a tutela jurídica [...];
- 2.28. Talvez ninguém ame mais um rio que esta juíza.
- 2.29. Mas ao menos juridicamente, o rio não pode postular perante o juízo os seus direitos. Este nobre encargo, conforme anteriormente salientado, restou constitucionalmente determinado aos legitimados à defesa do meio ambiente e dos interesses difusos e coletivos, entre eles, as associações [...];
- 2.31. Com estas considerações, verifico ausência de pressuposto processual de existência, uma vez que o ordenamento jurídico não confere à requerente “Bacia Hidrográfica do Rio Doce” personalidade jurídica [...];
- 3.1. Por tais razões, indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I e IV, do CPC (BRASIL, 2018).

Como observa-se, as decisões não reconhecem a natureza como sujeito de direitos e seguem compreendendo a personalidade, atributo de um sujeito de direitos (pessoas físicas e jurídicas), em conformidade com o direito nacional. Nessa conjuntura, observa-se que as decisões apresentadas às Ações Cíveis Públicas propostas por elementos da natureza deixam de cumprir com a justiça socioambiental. Ademais, desde as referidas proposituras de ações, as respostas jurisdicionais não resolveram o problema do dano e, por consequência, a não efetivação dos direitos da natureza e da justiça socioambiental.

Diante de tal insucesso, há de mencionar-se alguns progressos, ainda que apenas relacionados aos animais não humanos: i) a aprovação pelo Senado brasileiro, em agosto de 2018, do Projeto de Lei que cria o regime especial para os animais. Segundo o artigo terceiro, os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa (BRASIL, 2018) e; ii) o reconhecimento pelo STF (REsp 1.797.175/SP) da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e da vida em geral e a titularidade de direitos e de dignidade aos animais não humanos e, por conseguinte, seu *status* jurídico de sujeito de direitos (BRASIL, 2019).

Por fim, sustenta-se que o reconhecimento dos direitos da natureza e da natureza como um sujeito de direitos, pode ser um potencial promotor na ampliação do acesso à justiça ao Poder Judiciário para o cumprimento dos direitos da natureza e da justiça socioambiental. A seguir, examina-se esta questão.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ALARGAMENTO DO ROL DOS SUJEITOS DE DIREITO PARA O ACESSO À JUSTIÇA E À JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 8) admitem que “a expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecida de difícil definição”, mas determinam que sua finalidade seja a reivindicação dos direitos pelas pessoas e a resolução dos litígios pelo Estado. O problema, entretanto, translada-se aos direitos difusos. Sobre

⁹ A alegação está amparada no direito comparado, pois a corte constitucional da Colômbia (de forma similar à Nova Zelândia) reconheceu o Rio Atrio como um sujeito de direito biocultural. Do mesmo modo, nos acordos internacionais que a Colômbia aderiu, pois são os mesmos de que o Brasil faz parte. Por mais, a Colômbia determinou a proteção do Rio a uma “comissão de guardiães”, o que justifica o pedido da ampla legitimidade de pessoas para defender o Rio Doce.

isto vale lembrar que, há 25 anos, mais de 30.000 habitantes da Amazônia equatoriana mantêm uma batalha jurídica contra a Chevron em um contexto de obstáculos ao acesso à justiça sem precedentes, e de processos entrelaçados em alta complexidade (GUAMÁN; APARÍCIO, 2019, p. 250).

Durante os séculos 18 e 19, nos estados liberais burgueses, as soluções de litígios refletiam uma filosofia individualista dos direitos, pois o acesso à proteção judicial estava restrito ao direito formal do indivíduo em propor e contestar uma ação. Ao Estado cabia um papel passivo, apenas manifestando-se quando provocado. Também, a justiça somente poderia ser obtida por aqueles com capacidade de enfrentar seus custos, estando adstrita ao procedimento estabelecido em lei, não havendo preocupação com as problemáticas enfrentadas pela maioria da população, as quais eram incapazes de suportar os gastos processuais para terem seus conflitos solucionados pelo Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9-10).

Na medida em que as sociedades liberais cresceram em tamanho, também cresceram em complexidade. As ações, que antes retratavam a filosofia individualista, passam a assumir um caráter coletivo, o que influenciou certa transformação no direito e a conseqüente positivação dessas mudanças nos ordenamentos jurídicos, efetuando-se o reconhecimento dos direitos e deveres sociais dos governos, das comunidades, das associações e dos indivíduos. Diante dessas transformações, as constituições modernas inseriram em seus textos os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação, o que refletiu na necessidade de atuação positiva por parte do Estado para assegurar o gozo desses direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10-11).

O surgimento de novos direitos exigiu um outro comportamento do Estado. Ou seja, a partir do momento em que o Estado reconhece novos direitos, passa a ter por missão assegurá-los e o Poder Judiciário efetivá-los quando acionado. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 4) entende que “por reunir as tensões e disjunções do conflito entre justiça procedimental e justiça material, o acesso à justiça é uma janela analítica privilegiada para se discutir a reinvenção das bases teóricas, práticas e políticas de um pensar radical do direito”.

A mudança não ocorre somente sob a perspectiva de atuação do Estado em assegurar direitos, mas, também, no que se refere ao conceito de acesso à justiça, pois passa a ser compreendido como o modo pelo qual os direitos tornam-se efetivos quando descumpridos. Diante disso, o acesso à justiça afasta-se da compreensão de um direito privatístico e avança para o coletivista, à medida que é reconhecido como um direito social, e caracterizado como o ponto central de uma nova teoria do processo judicial (SANTOS, 2014).

Nessa linha, Cappelletti e Garth (1988, p. 13) expõem que “o ‘acesso’ não é apenas um direito fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.

No Brasil, em meio à redemocratização do país, observou-se uma nova tendência de instrumentalizar o direito processual. De acordo com Dierle Nunes (2012, p. 141), esse movimento foi influenciado por Mauro Cappelletti e trouxe, para o ordenamento jurídico brasileiro, a aprovação da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e outras reformas processuais.

Apesar disto, as reformas processuais ocorridas nas últimas décadas do século 20, demasiadamente comprometidas com o eficientismo neoliberal, tal qual a lógica de mercado, primaram pela celeridade dos procedimentos em detrimento da efetividade. Nesse contexto, questões processuais voltadas para a proteção dos difusos e coletivos, nos quais se incluem o meio ambiente, não obtiveram a devida atenção, razão pela qual algumas amarras da ciência processual de cunho individualista, próprias dos séculos passados, ainda estão presentes no ordenamento jurídico.

A busca de efetividade dos direitos da natureza também passa pelo “direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características” (WATANABE, 2019, p. 10). O acesso à justiça adequado pode pressupor efetivos os direitos da natureza e, em consequência, possibilitar a justiça socioambiental, “entendida como a expressão da desigualdade social na apropriação do ambiente e de seus recursos” (RIBEIRO, 2017). Desde outra perspectiva, um conceito político que compreende os recursos naturais como bens coletivos, cujos modos de apropriação e gestão devem ser objeto de debate público e controle social, reafirma os direitos das populações do campo e da cidade a uma proteção equânime contra a discriminação socioterritorial e a desigualdade ambiental (MALERBA, 2010, p. 17).

Afinal, o Sistema de Justiça não pode, em sua prestação jurisdicional, prestar a “justiça social sem ter em conta a justiça ambiental ou ecológica e ambas devem ser compreendidas em sua inter-relação com a justiça cultural, que implica o reconhecimento de igualdade política dos povos e culturas” (GUAMÁN; APARÍCIO, 2019, p. 235, tradução nossa).

Sustenta-se que o acesso à justiça promove a justiça socioambiental, posto que, ao providenciar a defesa do meio ambiente e reprimir ou reparar danos, ampara a efetivação dos direitos da natureza. Estes direitos conseguem investir contra as desigualdades ambiental e social na medida em que podem impor que as atividades humanas estejam em acordo com a capacidade de regeneração dos recursos naturais e com a distribuição justa e equitativa destes recursos.

Cotejando essas vertentes propositivas, é possível afirmar que o acesso à justiça necessita da superação de alguns obstáculos de natureza processual. Daí que se propõe, a partir da análise das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti, soluções possíveis na eliminação destes obstáculos para garantir a defesa dos direitos da natureza em juízo e promover a justiça socioambiental.

4.1 As Ondas Renovatórias para o Acesso à Justiça

Para compreender as dificuldades enfrentadas na efetivação do acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988) realizaram um estudo comparado, intitulado Projeto Florença, o qual identificou soluções práticas que alguns países adotaram para melhor enfrentar o acesso à justiça. Nesse estudo, identificam três obstáculos principais: as custas judiciais, a possibilidade das partes e os interesses difusos, e apresentam movimentos de reformas processuais chamados de ondas renovatórias, para, então, superar os obstáculos ao acesso à justiça.

Diante desses aspectos, o estudo observou a adoção de medidas resolutivas em períodos similares por países diversos, o que foi denominado pelos autores de ondas renovatórias. A primeira solução observada para o problema da inefetividade do acesso à justiça, a primeira onda, foi a introdução da assistência judiciária; a segunda destacou a representação jurídica em interesses difusos; e a terceira propôs as advocacias judicial e extrajudicial para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas.

Neste trabalho interessa-nos analisar a segunda onda, que investiu nos direitos difusos e coletivos e deu espaço para a coletividade da tutela em resistência ao processo privatístico. No estado brasileiro, o direito difuso¹⁰ a um meio ambiente equilibrado introduziu a segunda onda no seu ordenamento jurídico por meio da Ação Civil Pública, da Ação popular e do Mandado de Segurança Coletivo.

A segunda e terceira ondas propõem a necessária adaptação do processo civil aos tipos de litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71), e no Brasil observa-se esta adequação nas Leis da Ação Civil Pública, da Ação popular e no Mandado de Segurança Coletivo, que permitem a ação coletiva, e no Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), previsto na Lei de Ação Civil Pública, que possibilita a composição extrajudicial do conflito.

Não obstante, os três instrumentos processuais originados da segunda onda têm limitações; uma delas é a legitimidade de ação, para o que se propõe um alargamento do rol de sujeitos aptos a ingressar com uma ação coletiva de repressão ou recuperação de atos lesivos ao meio ambiente e aos direitos da natureza.

4.2 Os Sujeitos de Direito no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Em matéria de proteção ambiental, sem dúvida a restrição da legitimidade de agir com essa finalidade constitui, ainda, no âmbito do acesso à justiça, o maior entrave.

Estabelece o ordenamento jurídico brasileiro, em seu Código Civil, artigo 1º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002).

A partir da inteligência do referido artigo, verifica-se que o ordenamento pátrio entende que toda pessoa, excetuadas as definidas como incapazes, é sujeito de direitos e de obrigações, estabelecendo intrínseca relação entre sujeito, direito e obrigação. O atributo pessoa, no entanto, não se restringe apenas aos humanos, pois nosso ordenamento confere o título de pessoa tanto para as naturais quanto para as jurídicas, o que

¹⁰ Segundo Roberto Barroso (2019, p. 499), os direitos difusos caracterizam-se por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade do seu objeto, e a satisfação implica a satisfação de todos, à medida que a lesão de um só constitui lesão da coletividade.

evidencia que o quesito humanidade não é o cerne para o reconhecimento de um sujeito de direitos. No ordenamento jurídico nacional, apenas estas pessoas, a natural e a jurídica, usufruem de personalidade jurídica, atributo que as reconhece como um sujeito de direito apto para alcançar a justiça.

Assim sendo, o quesito necessário para o reconhecimento de um sujeito, que encontra relação com direitos e obrigações, é a personalidade. Nesse sentido, Clóvis Beviláqua (1999, p. 80) estabelece que pessoa é o ser a quem se outorgam direitos e obrigações; já a personalidade corresponde à aptidão, reconhecida pelo ordenamento jurídico a alguém para exercer direitos e contrair obrigações. Ou seja, para ser categorizado como pessoa e ter personalidade jurídica, é necessário, previamente, o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Como estudou-se, a natureza carece de reconhecimento como sujeito de direito no ordenamento jurídico brasileiro, posto que nenhuma fonte de direito lhe admite personalidade jurídica. Logo, para acessar a justiça na repressão ou reparação de danos ambientais, a natureza necessita ser representada pelos legitimados a propor ação conforme um dos instrumentos de demanda coletiva.

4.3 Ação Civil Pública e Necessárias Reformas

O instrumento mais utilizado em matéria ambiental é a Ação Civil Pública, a qual daremos especial atenção. A Ação Civil Pública, que constitui um “marco inicial da defesa dos direitos supra-individuais no direito brasileiro” (FERRARESI, 2009, p. 199), é um procedimento coletivo regulado pela Lei 7.347 (BRASIL, 1985) para a tutela processual de direitos difusos e coletivos, entre outros, o meio ambiente.

Essa Lei estabelece um rol taxativo de legitimados para a propositura da ação, quais sejam: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações (as constituídas há pelo menos um ano e que, dentro de suas finalidades institucionais, esteja incluída a proteção que irá pleitear).

É um instrumento capaz de gerar responsabilidade por danos morais e patrimoniais, rompendo “mais formalmente com a tradição individualista que informa o sistema processual civil brasileiro” (ANTUNES, 2019, p. 329). Apesar disso, limita o acesso à justiça em dois aspectos essenciais, isto é, ao apresentar um rol taxativo de legitimados e ao determinar que as associações tenham expressa finalidade de proteção ambiental para a proposição de Ação Civil Pública, sob pena de, quando não observados esses requisitos, ocasionar o não conhecimento da ação. Não trataremos desta segunda limitação.

Assim, esse instrumento processual admite pessoas jurídicas públicas ou privadas para figurarem no polo ativo das demandas judiciais, adotando o modelo misto. Não obstante, afasta a legitimidade das pessoas físicas no ajuizamento de ações coletivas, mesmo que essas detenham a titularidade do direito difuso levado ao apreço do Judiciário.

Outra questão complexa presente na referida Lei é o instituto da representação adequada, que, no Brasil é presumida na figura dos legitimados ativos, a critério do legislador e sem o consentimento dos cidadãos que são substituídos processualmente. Nesse sentido, Santos (2016, p. 197) entende que “um dos maiores entraves à incorporação do procedimento coletivo diz respeito à representatividade das coletividades”.

Santos (2016, p. 208) explica que a representatividade adequada não é imanente da legitimidade ativa conferida pelo rol legal, assim como não está o juízo adstrito à confirmação da legitimidade ativa do demandante, mas, sim, resulta de uma análise acerca da fidelidade do legitimado para com a causa coletiva, ou seja, o legitimado deve ser intimado para demonstrar sua condição de representante adequado e, caso suas justificativas não sejam acolhidas, deve-se preservar o processo já ajuizado com a substituição do mesmo, sob pena de extinção da causa sem análise de mérito por falta de interesse de agir.

Convém deixar claro que não existem critérios legais para a análise da representatividade adequada no Brasil, o que reforça a necessidade de um alargamento de legitimados para exercer o direito de acesso à justiça, especialmente em causas que tratem de prevenção ou reparação de danos ao meio ambiente em benefício dos direitos da natureza. A complexidade da natureza, uma totalidade integrada, exige um autor da ação experiente na particularidade.

Em síntese, a natureza, teia interconexa de relações entre sistemas vivos – organismos, partes de organismos ou comunidade de organismos (CAPRA, 1996) – reclama cuidado, responsabilidade e solidariedade ao ser manejada. Esses valores, em consequência, reivindicam conhecimento especializado do legitimado ativo em uma Ação Civil Pública ambiental, que deve bem representar a coletividade. Aliás, tais valores, num mundo em rede, merecem um ordenamento ecojurídico baseado no reconhecimento de que a sobrevivência humana neste planeta não está assegurada, tendo em vista a destruição da vida e o domínio da natureza que tanto caracterizam a atual tendência desenvolvimentista (CAPRA, MATTEI, 2018, p. 43).

O processo coletivo requer um olhar que ultrapassa a tradição privatística do direito processual, notadamente quando está em questão um interesse de caráter difuso que assegura diversos direitos constitucionais, e um objeto que tem vida e é digno de direitos: a natureza. É sob essa perspectiva, e tendo em conta que a condição de ser humano não pode ser o núcleo do reconhecimento de um titular de direitos e deveres, que se propõe um alargamento dos legitimados em Ação Civil Pública que leve em consideração a natureza como um sujeito de direitos, tal como os países supraestudados.

Claro está que uma árvore, um rio, um conjunto de montanhas, por exemplo, não podem cogitar um pedido diante o Poder Judiciário e, assim, efetivar o acesso à justiça; a natureza dependerá de legitimados processuais qualificados para agir em seu nome, seja para reprimir ou recuperar um dano ambiental, seja para preveni-lo. Resulta que este pedido precisará estar acompanhado de defensores, tal é o Conselho de Pesca e Caça na Nova Zelândia e a Defensoria da *Madre Tierra* na Bolívia, e que poderia avançar para as organizações não governamentais, comunidades tradicionais investidas na condição de associação e movimentos sociais. Dessa maneira, as necessárias reformas processuais em Ação Civil Pública são alcançadas, quais sejam, o reconhecimento da natureza como um sujeito de direito e a representatividade adequada.

Essa reflexão vai, inclusive, ao encontro de uma nova proposta de acesso à justiça que está em andamento, por iniciativa de Bryan Garth. O *Global Project Access to Justice*¹¹ reúne diversos profissionais em todo o mundo e adianta a perspectiva de novas ondas ou dimensões para garantir a efetivação ampla de direitos. Essa perspectiva inclui, como quinta onda, uma nova dimensão de acesso à justiça voltada para um contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, o que reforça e abre espaço à presente proposta, que eleva a natureza a um patamar de sujeito de direitos e reconhece os seus direitos, os quais devem ter o mesmo valor que os direitos humanos.

Nessa lógica, o arranjo entre direitos humanos, direitos ambientais e direitos da natureza, que refletem o pensamento sistêmico, ecocêntrico, torna-se oportuno para impulsionar uma ecologia do direito e uma adequada justiça socioambiental.

5 CONCLUSÃO

Da análise da trajetória do pensamento sobre a natureza depreende-se que sua dominação se inicia na Idade Média, fortemente marcada pelo pensamento antropocêntrico. O Período Moderno segue essa linha e agrega o antropocentrismo alargado e o ecocentrismo, que, apesar de ser um pensamento presente e modelo ideal para a contemporaneidade, não tem o necessário potencial para fixar-se enquanto paradigma global de desenvolvimento. Definitivamente, a crise ambiental não dá sinais de possibilidades de contenção.

As normas processuais de acesso à justiça exigem instrumentos hábeis para adentrar o Sistema de Justiça em questões de prevenção e reparação de dano ambiental, tendo em vista os plausíveis direitos da natureza e a consequente justiça socioambiental. À natureza deve-se um Judiciário de portas abertas em ajuste ao pensamento sistêmico; um Judiciário que abrigue instrumentos e instituições capazes de conduzir o comportamento humano em direção ao ecológica, social e economicamente sustentável, levando em conta a natureza como sujeito de direitos.

Nessas veredas, os direitos da natureza têm especial importância ao serem reconhecidos como titulares de direitos, o que ocorre em alguns países. O Brasil não adota esta postura, apesar dos importantes movimentos neste sentido, destacando-se a recente decisão proferida pelo STF que reconhece a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e atribui dignidade e direitos a animais não humanos.

¹¹ Cf. <http://globalaccesstojustice.com/?lang=pt-br>. Acesso em: 29 maio 2020.

Atendendo à necessidade do acesso à justiça para prevenir ou recuperar danos ao meio ambiente em cumprimento dos direitos da natureza, sustenta-se que é fundamental a ampliação dos sujeitos a partir do alargamento do rol de legitimados para a proposição de Ação Civil Pública ambiental, principal instrumento processual para a prevenção ou reparação de danos ao meio ambiente. Tem-se que o rol taxativo da Lei que regula esta ação é um limitador de sua propositura e, portanto, um obstáculo de acesso à justiça ainda a ser superado. Sem essa superação, fica difícil garantir uma boa efetividade de proteção ao meio ambiente para os direitos da natureza. Além disso, essa ampliação poderá qualificar o proponente de uma ação no sentido de transcender o obstáculo do instituto da representação adequada.

Assim, em atenção aos direitos da natureza, o Estado brasileiro tem a possibilidade de ascender a uma processualística mais contemporânea. Compreender a natureza como um sujeito de direitos capaz para acessar a justiça é uma qualificada estratégia para promover um acesso à justiça mais amplo e, em consequência, a justiça socioambiental.

6 REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Alberto. Construcción constituyente de los derechos de la Naturaleza. Repasando una historia con mucho futuro. In: ACHURY, Liliana Estupiñana et al. *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- ALMEIDA, António Correia de. *Concepções ambientalistas dos professores: suas implicações em educação ambiental*. 2005. Tese (Doutorado em Ciências da educação) – Universidade Aberta, Lisboa, 2005. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.2/2484>. Acesso em: 1º ago. 2019.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: RED Livros, 1999.
- BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Ciudad de El Alto de La Paz: Presidencia de la República, 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.
- BOLÍVIA. *Ley n. 071. Ley de Derechos de la Madre Tierra*. Ciudad de El Alto de La Paz: Presidencia de la República, 2010. Disponível em: <http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20071%20DERECHOS%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf>. Acesso em: 24 maio 2019.
- BRASIL. *Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. Ação civil pública (1985)*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VE-TADO) e dá outras providências. Brasília, DF, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 22 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil (2002)*. Institui o Código Civil Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 24 dez. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º ago. 2019.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BRASIL. Procuradoria da República. Ministério Público Federal. *Petição inicial*. Processo 28944-98.2011.4.01.3900. Vara Federal da Seção Judiciária do Pará, 17 ago. 2011. Disponível em: http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2011/BeloMonte_Remocao.pdf. Acesso em: 26 jul. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara n. 28 de 2018*. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 28 maio 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.797.175/SP, 2018/0031230-0 da 2ª Turma*. 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/inteiro-teor-692205385>. Acesso em 15 maio 2020.
- BRASIL. Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. *Petição inicial*. Processo 1009247-73.2017.4.01.3800. Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Minas Gerais, 5 nov. 2017.

- BRASIL. Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. *Sentença*. Processo 1009247-73.2017.4.01.3800. Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Minas Gerais, 21 set. 2018. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetailProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=984e05c9ec3b3ceda7810b14142ed5c65c0e22752c38b7d6>. Acesso em: 19 abr. 2019.
- BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Pará. Justiça Federal de 1ª Instância. *Sentença*. Processo 28944-98.2011.4.01.3900. Vara Federal da Seção Judiciária do Pará, 8 jul. 2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=289449820114013900&secao=PA&nome=NORTE%20ENERGIA%20S/A&mostrarBaixados=S>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.
- COLÔMBIA. Corte Suprema de Justiça. *STC 4360-2018. Radicación n. 11001-22-03-000-2018-00319-01*. 1º abr. 2018. Disponível em: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>. Acesso em: 20 maio 2020.
- ECUADOR. *Constitución de la República del 2008*. Asamblea Constituyente. 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.
- FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FERREIRA, Marilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo constitucionalismo na América Latina. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 4, n. 3, p. 400-423, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2644/2538>. Acesso em: 12 ago. 2019.
- GARZÓN, Rene Patricio Bedón. Aplicación de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador. *Revista Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 13-32, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1038/537>. Acesso em: 9 maio 2019.
- GOMES, Ariel Koch. *Natureza, Direito e homem: sobre o fundamento do Direito ao Meio Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- GUAMÁN, Adoración; APARÍCIO, Marco. Los derechos de la Naturaleza y la lucha frente al poder corporativo em Ecuador. El caso Texaco-Chevron, los alcances del ecoconstitucionalismo y las deficiencias de los mecanismos de garantía y reparación. In: ACHURY, Liliana Estupiñana et al. *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- LEITE, José Rubens Morato. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MALERBA, Juliana. A luta por justiça socioambiental na agenda feminista: visibilizando alternativas e fortalecendo resistências. In: ARANTES, Rivane; GUEDES, Vera (org.). *Mulheres, trabalho e justiça socioambiental*. Recife: SOS Corpo, 2010. Disponível em: http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/pdf_953.pdf#page=13. Acesso em: 24 ago. 2020.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NOVA ZELÂNDIA. *Te Ureora*. [2014]. Disponível em: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/DLM6183601.html>. Acesso em: 24 maio 2020.
- NOVA ZELÂNDIA. *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement)*. [2017]. Disponível em: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>. Acesso em: 24 maio 2020.
- NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Direitos da natureza: biocentrismo?* In: *Direito e Desenvolvimento*, v. 8, n. 2, 2017.
- PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização a natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- PASTOR, Roberto Viciano. La problemática constitucional del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador. In: ACHURY, Liliana Estupiñana et al. *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- RIBEIRO, Wagner Costa. Justiça espacial e justiça socioambiental: uma primeira aproximação. *The Scientific Electronic Library Online – SciELO*, São Paulo, v. 31, n. 89, jan./abr. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142017000100147#aff1. Acesso em: 24 ago. 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena (org.). *O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. ver. e ampl. Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. *Processo civil e litigiosidade: para além da jurisdição dos conceitos sem coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SASS, Liz Beatriz. *Direito e Natureza, (re)construindo vínculos a partir de uma ecocidadania*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceitos atualizados de acesso à justiça) processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

REPERCUSSÕES DO PRECEDENTE, ATIVISMO JUDICIAL E O CASO CONCRETO EM MATÉRIA AMBIENTAL: Discussão e Julgamento Sobre a Situação do Amianto como uma Inovação Legislativa

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.132-143>

Recebido em: 14/4/2020.
Aceito em: 19/9/2020.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Procurador da República do Ministério Público Federal. Pós-Doutorado em História pela UFMG. Membro do Nujup. Doutorado e Mestrado pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCMinas. <http://lattes.cnpq.br/1140151449892429>. <http://orcid.org/0000-0002-4910-0462>. alvaro.sc@terra.com.br

Ana Luiza Novais Cabral

Advogada. Doutoranda em Direito Público na área Democracia, Constituição e Internacionalização e Linha de Pesquisa Constitucionalismo Democrático na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista Capes. Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduada em Direito Tributário pela Faculdade Gama Filho e em Direito Ambiental pela Faculdade Integrada AVM. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Newton Paiva. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “A possibilidade da defesa dos ambientes pelo Direito Penal” da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) e do Grupo de Pesquisa “Teoria do Direito e Constitucionalismo” da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. <http://lattes.cnpq.br/2623437173992273>. <http://orcid.org/0000-0002-3051-2328>. anamutum@adv.oabmg.org.br

RESUMO

O ativismo judicial sempre foi motivo de embates entre grandes doutrinadores no Brasil e no mundo. O presente artigo realiza conjecturas do caso emblemático no Direito Ambiental brasileiro sobre o amianto, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Federal 9.055/1995 que permitia o uso controlado desse material em todo o país mesmo que a inconstitucionalidade não tenha sido o objeto da presente ação. Tendo em vista que o amianto é maléfico para o meio ambiente bem como para a saúde humana, o ativismo realizado pelo Supremo Tribunal Federal foi entendido como um benefício social. Assim, utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial serão observados importantes fatores que influenciam diretamente no enaltecimento do poder Judiciário brasileiro e o proveitoso julgamento no caso concreto do amianto no Brasil como um precedente para realização de novos casos de ativismo judicial como uma inovação legislativa às avessas.

Palavras-chave: Precedente judicial. Ativismo judicial. Meio ambiente. Caso concreto do amianto. Inovação legislativa.

REPERCUSIONES DEL PRECEDENTE, EL ACTIVISMO JUDICIAL Y EL CASO DE HORMIGÓN EN MATERIA AMBIENTAL: DISCUSIÓN Y JUICIO SOBRE LA SITUACIÓN DEL ASBESTOS COMO INNOVACIÓN LEGISLATIVA

RESUMEM

El activismo judicial siempre ha sido motivo de enfrentamientos entre grandes adoctrinadores en Brasil y en el mundo. Este artículo conjetura las conjeturas del caso emblemático de la ley ambiental brasileña sobre el asbesto, en el que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la Ley Federal 9.055/1995 que permitía el uso controlado del material en todo el país a pesar de que la inconstitucionalidad no era objeto de acción actual teniendo en cuenta que el material es perjudicial para el medio ambiente y la salud humana, el activismo llevado a cabo por la Corte Suprema Federal se entendió como un beneficio social. Por lo tanto, utilizando una metodología teórico-legal con razonamiento dedutivo, a través del análisis doctrinal y jurisprudencial, se observarán factores importantes que influyen directamente en los elogios del Poder Judicial brasileño y el juicio fructífero en el caso específico del asbesto en Brasil como precedente para su realización nuevos casos de activismo judicial como una innovación legislativa atrasada.

Palabras-clave: Precedente judicial. Activismo judicial. Medio ambiente. Caja de asbesto de hormigón. Innovación legislativa.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Precedente judicial: apresentação, características e repercussões. 3 Benefícios do ativismo judicial como uma possibilidade de reforma normativa. 4 Ativismo judicial e o caso concreto em matéria ambiental: discussão e julgamento sobre a situação do amianto como uma inovação legislativa. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A ascensão do ativismo judicial é um espelhamento da hipertrofia dos poderes políticos diante de sua inércia e/ou omissão perante a sociedade. Nesse contexto, é certo realizar um paralelo entre ativismo judicial e a crise de representatividade política, tendo em vista que a população tem vislumbrado no poder Judiciário a *ultima ratio* para resolução de embates jurídicos, sociológicos e políticos.

Ademais, deve-se inferir que atualmente o ativismo judicial é um fato, e que tem adquirido adeptos de forma continuada. O poder Judiciário, atuando e inovando de forma proativa, ultrapassa sua esfera de julgador ao exercer o papel de legislador positivo, realizando o ativismo de forma ilimitada.

Inúmeros são os casos concretos em que este órgão jurisdicional agiu de tal forma com intuito de possibilitar um maior alcance das normas no sentido de acompanhar as demandas sociais.

Desta forma, o presente artigo traz em seu primeiro tópico as características e repercussões do precedente judicial, trazendo à baila a forma como o mesmo é disposto no Direito brasileiro e sua inferência proeminente e crescente da normatividade posta. Na sequência, o texto retrata o conceito e os benefícios do ativismo judicial no país, tendo em vista a morosidade e/ou omissão dos poderes políticos na discussão e aprovação legislativas. Por fim, em seu último item, para ratificar a proposta da aceitação do ativismo judicial como algo proveitoso ao Estado de Direito, é disposto o caso concreto do amianto, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei Federal 9.055/1995 que permitia o uso controlado do material em todo o país, mesmo que a inconstitucionalidade não tenha sido o objeto da presente ação, realizando tal julgamento em vista à proteção do meio ambiente e da saúde humana.

A metodologia utilizada para apresentação do problema é a teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, considerando a correlação entre os benefícios do ativismo judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal como uma forma de preservação e segurança social.

2 PRECEDENTE JUDICIAL: Apresentação, Características e Repercussões

O precedente judicial está historicamente vinculado ao conceito do Direito propriamente dito. A falta de uma definição única de Direito traz a criação de institutos que a ele complementam, como no caso do precedente judicial. O Direito está atrelado a fatores filosóficos, sociais, religiosos e culturais, revelando-se um conceito amplo e abstrato. O precedente judicial surgiu para influenciar no nascimento do Direito de forma mais visível e tangível aos juristas.

Sabe-se que o instituto do precedente judicial é uma criação e tradição do sistema *common law* e aos poucos foi se incorporando e difundindo no sistema romano-germânico (*civil law*) a ponto de se tornar algo que afeta fortemente o ordenamento jurídico brasileiro. Faz-se importante a historicidade e primeiras conceituações do precedente judicial para posteriormente o definir no Direito pátrio.

Todos os sistemas jurídicos produzem leis, precedentes ou ambos, de acordo com a família *civil law* ou *common law*, destacando-se que no primeiro o emprego de formas codicísticas possui mais influência, e no segundo, a predominância é dos precedentes. Os precedentes judiciais na primeira família não possuem a capacidade de criar uma norma jurídica, mas somente interpretam e orientam as normas que estão postas. Dessa forma, o precedente judicial sempre ocorrerá onde houver a existência de uma decisão jurisdicional mudando somente o grau de eficiência de acordo com o sistema jurídico adotado.

A reconstrução de leis e precedentes não se dá por “mera repetição”, já que, no sistema do *common law*, tradicionalmente, se tem consciência de que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito, é também autor (porque acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do (pois que interpreta o) passado (NUNES; BAHIA, 2013, p. 129).

O precedente judicial é considerado aquele julgamento paradigma que seja utilizado fundamentando outra decisão posteriormente exarada. Dessa forma, é uma decisão judicial sobre determinado caso concreto e que serve de base para outras ações similares, mesmo que tal decisão seja destoante das demais. Para que a decisão seja considerada um precedente judicial, no entanto, é necessário que ele seja utilizado como embasamento em casos supervenientes. Assim sendo, nem toda sentença gera um precedente judicial.

Se individua a principal característica do precedente na sua força, ou seja, na sua capacidade de determinar ou, pelo menos, de direcionar “o sentido conforme a decisão” nos casos sucessivos, então, parece oportuno excluir da noção de precedente aquelas decisões que, mesmo sendo objeto de referência no âmbito da argumentação jurídica, não são, todavia, dotadas desta eficácia. Pode-se dizer, na verdade, que essas decisões não representam verdadeiros e próprios precedentes, mas são simplesmente usados como exemplos. Sua função, portanto, não é a de indicar o critério de decisão que deve ser seguido no caso sucessivo, mas, simplesmente, de mostrar que a norma em questão foi aplicada de certa maneira em um determinado caso (TARUFFO, 2014, p. 11-12).

No Brasil, o precedente judicial vem ganhando relevância ímpar e abrangência nas soluções de litígios mesmo sendo em caráter secundário, tendo em vista que, de forma primária, o julgamento deve se embasar na legislação em vigor. Com o alto índice demandado aos magistrados na proliferação de sentenças, entretanto, a utilização de precedentes tornou-se um caminho comum e frequente.

Continuando, o precedente judicial pode ser utilizado como embasamento pelo magistrado num caso concreto similar em função da identidade da causa ou ser utilizado em razão da analogia do caso anterior (precedente) com o caso posterior. É o julgador do caso posterior que verá a similitude entre as situações. “É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então – por assim dizer – “cria” o precedente” (TARUFFO, 2014, p. 4).

Mesmo em sentido isolado, uma decisão pode projetar suas características e efeitos em julgamentos posteriores e, assim, tornar-se um precedente. Não são necessárias várias decisões no mesmo sentido para a criação de um precedente judicial, mas sim uma resolução paradigma que o magistrado utilize como orientação em sentença subsequente. Dessa forma, emblemáticas decisões, mesmo que de forma isolada, podem mudar julgados importantes e renovar entendimentos jurídicos que antes eram tidos como dominantes.

O precedente judicial representa uma questão de interpretação utilizada pelo magistrado no embasamento do mérito da questão em determinado julgamento. Nesse sentido, o precedente dá uma base para a interpretação sobre o caso concreto utilizando uma situação anterior similar para dar suporte na argumentação da parte dispositiva. Assim, segundo esse entendimento, o precedente judicial “expressa a ideia de uma decisão, isto é, uma decisão que, independentemente de força vinculativa formal, tem potencial para influenciar na solução de casos futuros” (MANCUSO, 2014, p. 121).

Baseando o magistrado sua decisão de forma rápida a solucionar o litígio, procura num banco de dados precedentes anteriores que favoreçam uma determinada questão. Como existem inúmeras decisões, são grandes as possibilidades de precedentes em vários sentidos. Assim, só resta verificar algum que se encaixe no caso similar posto a julgamento, tornando o mecanismo corriqueiro aos juízes e um facilitador de tempo no momento de emanar decisões.

A importância prática do fenômeno que estamos considerando não necessita de longos comentários, uma vez que ela está diante dos olhos de todos: a pesquisa e o uso do precedente jurisprudencial tornaram-se, hoje, as ferramentas quotidianas do jurista prático, cuja utilização é tornada fácil – até excessivamente fácil – o que enfraquece o impacto da análise crítica – em decorrência dos meios informáticos e das bases de dados. Por outro lado, é a jurisprudência que constitui o conteúdo efetivo do chamado direito vivo, o qual representa, em muitos casos, o único direito do qual dispomos – por exemplo, quando os juízes criam direito para preencher lacunas – ou o verdadeiro direito do qual dispomos – quando os juízes criam direito interpretando cláusulas gerais ou qualquer outro tipo de norma (TARUFFO, 2014, p. 2-3).

Em que pese o precedente judicial no sistema de tradição *civil law* ou romano-germânico, mais propriamente no caso brasileiro, serem considerados, via de regra facultativos, tendo em vista que os magistrados não precisam recorrer a julgamentos anteriores para embasar os posteriores, existem ocasiões em que o instituto terá seguimento obrigatório.

Assim, os precedentes judiciais no ordenamento brasileiro poderão ser persuasivos ou obrigatórios, o qual se dá nesse último caso com a criação das súmulas vinculantes. Apesar de possuírem pontos discrepantes ao precedente judicial obrigatório no sistema *common law*, o modelo utilizado no Brasil, comumente, possui força persuasiva.

Portanto, ainda que cada caso seja um caso, incumbe ao poder Judiciário aplicar de modo uniforme os seus próprios precedentes, estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento dado aos passados, quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato. Isso não significa que o poder Judiciário não possa afastar-se dos seus precedentes. Significa, tão só, que, tendo sido adotada uma linha decisória, ele só possa dela se afastar quando houver razões justificativas suficientes para tanto. Referida autovinculação aos próprios precedentes funciona como fator de calculabilidade do Direito pelo ganho em previsibilidade da atuação do poder Judiciário (SANTOS, 2019).

Quanto aos precedentes em matéria ambiental, assim como nos outros ramos do Direito, são de suma importância principalmente para orientar e justificar o dispositivo exarado pelo magistrado. Percebe-se atualmente uma enorme gama legislativa de cunho ambiental, tendo em vista que a Constituição Federal ampliou o leque quanto à competência entre os entes legislativos e assim, a dificuldade do magistrado em encaixar a norma ao fato concreto se torna ainda maior.

O Direito Ambiental, por ter importância tardia no constitucionalismo brasileiro e ainda pouco estudado entre os juristas, possui certa complexidade no julgamento do caso concreto. Em várias situações o magistrado não possui capacidade técnica adequada para formar uma convicção por se tratar de assunto que exige estudos multidisciplinares. Neste caso, peritos e assistentes apresentam pareceres para facilitar a compreensão sobre a situação. O parecer, portanto, torna-se ímpar ante o despreparo e falta de tecnicidade de grande parte dos magistrados e juristas diante de uma ação ambiental.

Alguns precedentes emblemáticos e ainda pendentes de posicionamentos pelo Supremo Tribunal Federal que os torne vinculantes são matérias de grandes debates entre os estudiosos do assunto. Exemplo claro é quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Tal discussão perdurou por vários anos com posicionamentos contrários entre tribunais e suas turmas, até o órgão de cúpula do poder Judiciário decidir quanto à possibilidade de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica nas práticas de crimes ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em nome daquela (BRASIL, 2014).

Retornando ao cerne da questão, em que pesem os institutos precedentes e jurisprudências possuam proximidades e várias doutrinas os utilizarem como sinônimos, ambos possuem características que os distinguem. É necessária a conceituação dos dois mecanismos e suas discrepâncias quanto à amplitude e uniformização. Assim, toda jurisprudência é um precedente, mas nem todo precedente torna-se uma jurisprudência.

O linguajar jurídico nacional vem solapando o conceito de jurisprudência, que é a interpretação consistente dos tribunais a respeito das lides, igualando-a pela de precedente, que é cada julgamento individual. Um julgado não é jurisprudência, mas um precedente, que interagirá com outros julgados idênticos ou análogos, no sentido da formação, ou não, de jurisprudência (BENETI, 2007, p. 318).

Após conceituação de forma minuciosa do precedente judicial, importante agora demonstrar as características e benefícios do ativismo judicial como uma possibilidade de reforma normativa e, mesmo que tal entendimento não seja aceito por boa parte da doutrina brasileira, é precípua relatar o seu condão tendo em vista sua proeminência e inserção no ordenamento de forma repetida. Tal perspectiva se verá de maneira mais límpida ao se tratar, no último tópico, do caso concreto ambiental em matéria do amianto, em razão de o Supremo Tribunal Federal ter se utilizado do subterfúgio ativismo judicial favoravelmente como uma possibilidade de criação legislativa às avessas.

3 BENEFÍCIOS DO ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA POSSIBILIDADE DE REFORMA NORMATIVA

O novo momento do poder Judiciário no cenário político, filosófico e ideológico brasileiro trouxe à tona o ativismo judicial, que ora é tido como um antídoto em detrimento das mazelas e inércia do Legislativo, ora entendido como um inconveniente à separação dos poderes e à usurpação em matérias que deveriam ter soluções tipicamente legiferantes.

Primeiramente, um dos fatos causadores do ativismo judicial são as várias falhas, omissões e lacunas que as legislações infraconstitucionais possuem. É sabido que o Brasil é um país codicístico com a tendência de legislar todas as situações, o que claramente não é possível. E como a sociedade caminha a passos largos a lei não consegue acompanhar as circunstâncias que vão surgindo no cotidiano.

As normas possuem omissões, lacunas e, por vezes, contrariedades, e é nesse espaço que o poder Judiciário vem alcançando força e logrando alguns êxitos em suas decisões. Como a lei não consegue englobar todas as situações de litígio que possam existir o poder Judiciário, por meio do Direito sumular vinculante e do ativismo judicial, transforma-se num poder que criativamente inova no ordenamento jurídico.

Esses subterfúgios que vêm surgindo com o passar dos anos possuem dois lados. Críticas ferrenhas realizadas por juristas identificam uma clara interferência do poder Judiciário nos poderes Legislativo e Executivo. O fator favorável, no entanto, é certamente que, como o poder Judiciário é devidamente provocado, ele não se exime em dar uma solução para o caso. Assim, “nossa Suprema Corte, que não foge da regra, vai conformando o direito (vai dando os contornos do direito “vivente”), de acordo com sua visão do mundo (sua predominante ideologia)” (GOMES, 2011).

O poder Judiciário não pode se abster de julgar consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição descrito no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, visto que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), no qual a atuação do poder Judiciário é imprescindível para concretizar a aplicação concreta do Direito a todos que dele necessitarem.

No mais, quando se evidenciam lacunas, omissões ou possíveis contrariedades nas normas infraconstitucionais, o STF, onde há maior intensidade ativista, mesmo sendo um órgão técnico-jurídico, possui maior liberdade para interpretar as leis do que os outros poderes, agindo assim de forma a cobrir ou corrigir os espaços jurídicos vazios existentes em todo o ordenamento.

A ideia de “apelo ao legislador” é uma decorrência natural da teoria da separação dos poderes, na medida em que o poder Judiciário não pode, em tese, obrigar o poder Legislativo a legislar, determinando o trancamento da pauta do mesmo até que a legislação seja elaborada. Todavia, o poder Judiciário, diante da omissão do Parlamento, tem solucionado as lacunas legislativas através de decisões que preenchem o vácuo legislativo (FERNANDES; NELSON, 2014, p. 464).

A perspectiva é que a interpretação realizada pelo STF seja conforme a Constituição. No ativismo judicial a interpretação alcança elementos que extrapolam os limites infraconstitucionais, inovando criativamente. Assim, o órgão de cúpula não apenas cobre uma lacuna legal ou uma omissão, mas muda o sentido técnico de uma norma infraconstitucional ou constitucional.

Tal ocorrência é vista principalmente nos casos ditos difíceis (*hard cases*), em que o texto contido na Constituição Federal simplesmente não descreve qual posicionamento mais adequado o Supremo Tribunal Federal deve adotar. Dessa forma, o caso levado à solução do poder Judiciário irá permanecer indefinido até o pronunciamento final da Corte e essa decisão, a depender da matéria, terá força vinculante para administração direta e indireta.

O STF vem enfrentando nos últimos tempos temas ideologicamente muito polêmicos. Primeiro foi o reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Depois veio a marcha da maconha, como liberdade de expressão e de reunião e o caso Battisti (comunista que acabou não sendo extraditado). Em breve vem o aborto anencefálico e assim por diante. Por mais que a Justiça brasileira possa ser criticada (em razão da morosidade, sobretudo), não se pode negar o quanto nosso direito avançou em razão das decisões corajosas do STF, que se mostra progressista em temas onde prospera um terrível e anacrônico conservadorismo. Todos os assuntos citados (que afetam diretamente ou afligem diariamente milhares de cidadãos) estão exigindo posicionamento do STF porque, em regra, estão fora do âmbito do “legislável”, pelo menos de acordo com a atual composição do Congresso Nacional, onde é impossível qualquer tipo de consenso entre as antagonistas ideologias lá presentes (GOMES, 2011).

Mesmo com o surgimento de projetos de leis na tentativa de caminhar juntamente com os anseios da sociedade, percebe-se que o poder Legislativo, por inércia, entraves políticos ou abarrotamento de trabalho no setor, não alcança o objetivo previsto. Nesses termos, o “ativismo é necessário, sobretudo diante da omissão dos demais poderes em sua obrigação de realização dos direitos constitucionalmente atribuídos” (FERNANDES, 2012, p. 123).

Judicializa-se a questão e se vislumbra que, mesmo estando o poder Judiciário enfrentando uma crise com a alta carga processual levada à sua decisão, quando devidamente provocado sua resposta ainda consegue ser mais rápida do que a que o poder Legislativo poderia dar.

Não se quer com isso defender que a solução dada por meio do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal seja célere. Afirma-se que: mesmo havendo uma tendência exorbitante na judicialização e estando o poder Judiciário assoberbado de questões muitas vezes repetitivas ou que não deveriam ter chegado a tão alto grau, Judiciário ainda consegue dar uma resposta à sociedade com mais agilidade do que o poder legiferante, obtendo de certa forma o êxito ao elucidar a questão reivindicada pela sociedade.

Ao poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a revelar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente (RAMOS, 2010, p. 271).

Diante do contexto formado, volta-se novamente ao fator crise de representatividade, tendo em vista que o ativismo judicial advém da inércia ou descaso dos outros poderes em solucionar questões tipicamente políticas.

O ativismo judicial no país existe e isso é um fato expressamente comprovado. A causa deste fenômeno é uma representatividade parlamentar deficiente e/ou inoperante. Numa democracia tida como representativa em que o poder é emanado do povo e quem o representa são os eleitos por meio do voto obrigatório e secreto, dar tal propensão ao poder Judiciário é incongruente, mas de certa forma, eficaz.

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento [...] (BARROSO, 2019a, p. 9).

Atualmente o poder Judiciário é desafiado pela sociedade em prol de mudanças. A população necessitando de soluções para determinadas questões judicializa o fato para que o órgão de cúpula profira uma decisão. No Brasil, como os poderes políticos vêm a cada dia perdendo prestígio por intermédio das notícias englobando corrupção, desvios de verbas públicas, fraudes e outros fatores, o poder Judiciário surge como um salvador das garantias fundamentais, acesso à Justiça e facilitador em prol da solução de novos litígios.

Ademais, outro fator apontado na atual exaltação do poder Judiciário como o protagonista no cenário atual do país é a sua proeminente atuação perante a mídia. É costumeiro verificar as decisões exaradas pelo STF em manchetes dos jornais televisivos, Internet e outros meios de comunicação. Essa enorme visibilidade noticiada pela mídia confere à população um sentimento de “justiça”, ou ao menos de que o trabalho está sendo feito em tempo razoável e hábil.

Importante esse papel desempenhado pelos meios de comunicação, pois é por meio dele que a população consegue acompanhar o desenvolvimento e a solução dos casos concretos. A atitude de televisualizar julgamentos de questões importantes e que possam interferir no cotidiano da sociedade é um diferencial para o destaque do princípio da informação. Assim, todo cidadão consegue acompanhar em tempo real as questões debatidas pelo órgão máximo do poder Judiciário e, além disso, pode visualizar que seus integrantes estão trabalhando em prol do povo.

Por fim, em colocações quanto aos possíveis fatores benéficos do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, pertinente o posicionamento de Luís Roberto Barroso quanto ao assunto que, numa conclusão bastante lúcida, principalmente em vista do cenário político atual, arremata com uma provocação diretamente à população e essa democracia, de certa forma velada, seja realmente concretizada.

[...] O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não parte do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes (BARROSO, 2019a, p. 19).

Isso posto, após descrição minuciosa dos benefícios trazidos pelo ativismo judicial, passa-se ao caso concreto no qual se demonstrará de forma clara a atitude ativista do poder Judiciário com enfoque no Direito Ambiental no conhecido caso do amianto. Tal caso, tido como um precedente judicial no Direito brasileiro, traz uma atitude ativista realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar *extra petita* para proteger e intensificar o debate quanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4 ATIVISMO JUDICIAL E O CASO CONCRETO EM MATÉRIA AMBIENTAL: Discussão e Julgamento Sobre a Situação do Amianto Como uma Inovação Legislativa

A vasta legislação em matéria ambiental encontra-se em normas infraconstitucionais, e não raras vezes são levadas ao poder Judiciário questões para se declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma e, nesse passo, poderá nascer o ativismo judicial. Este fenômeno pode ser visto em todas as matérias do Direito brasileiro e no Direito Ambiental não poderia ser diferente. Esse ramo do Direito no Brasil se proliferou de forma tardia, tendo seu ápice a partir da Constituição Federal de 1988. Como forma de corroborar o ativismo judicial na esfera ambiental, passa-se a analisar um caso concreto.

A situação a ser analisada é uma Medida Cautelar na ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, a qual arguiu a inconstitucionalidade da Lei Estadual de São Paulo nº 12.684, de 26 de julho de 2007, que proibia naquele Estado “o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham qualquer tipo de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente tenham fibras de amianto na sua composição” (BRASIL, 2007).

Primeiramente, antes de entrar no mérito da questão que discutiu a inconstitucionalidade da Lei Estadual de São Paulo, cabe fazer uma apresentação sobre o amianto ou asbesto e suas consequências para a saúde e ao meio ambiente. A fibra mineral descrita é extraída principalmente de rochas com composição formada de silicatos hidratados de magnésio. O apogeu de sua utilização deu-se após a Revolução Industrial em razão de suas propriedades físico-químicas que possuem alta resistência a temperaturas, flexibilidade e durabilidade a intempéries climáticas (ABREA, 2019).

Prosseguindo sobre o desdobramento da ação citada, a Lei 12.684/2007 do Estado de São Paulo foi promulgada a fim de garantir proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde pública e o resguardo dos trabalhadores que se exponham ao amianto ou asbesto. A mesma Lei prossegue descrevendo que já existem produtos substitutivos menos agressivos à saúde e que o poder Executivo daria suporte quanto à orientação de tecnologias que permutem com o amianto até sua completa eliminação (BRASIL, 2007).

A Lei paulista, entretanto, colidia claramente com a Lei Federal 9.055/1995, a qual estabelece que o amianto ou asbesto na variedade crisotila, conhecido como asbesto branco, poderá ser extraído, industrializado, utilizado e comercializado (BRASIL, 1995). Fica evidente o confronto entre a Lei estadual e a Lei federal, uma vez que a primeira rechaça qualquer forma de utilização do amianto ou asbesto e a segunda legislação coaduna com a utilização da forma mineral descrita.

Logo, a Lei estadual de São Paulo proibia o mineral naquele Estado sob o fundamento de proteção ao meio ambiente e à saúde pública, e a Lei federal liberava em todo o país a utilização do amianto ou asbesto em todas suas formas, sob o argumento da restrição da livre iniciativa econômica. Ambas as razões são direitos fundamentais descritos na Constituição Federal.

A Lei estadual foi discutida em sede de ADI pelo STF e, após muitos embates sobre o caso paradigmático e com várias opiniões destoantes, inovou proativamente numa situação que se conceitua como ativismo judicial em matéria ambiental e quanto à saúde pública. Passa-se a relatar minuciosamente os fatos ocorridos na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937/SP.

Em síntese, a requerente alegou pertinência temática em virtude de ser uma entidade de classe que representa os trabalhadores diretamente afetados com o amianto ou asbesto e, portanto, possuindo uma relação direta com o questionamento da Lei estadual e o grande prejuízo que as empresas que utilizam o mineral em todas as suas formas sofreriam. Alega que foram comprovados os índices de suportabilidade do amianto ou asbesto na saúde humana e devidamente permitido pela Lei Federal 9.055/1995. Assim, o mineral não teria o poder de apresentar riscos à saúde e ao meio ambiente. Ainda alegava que a Lei estadual afrontava os princípios da livre iniciativa e da reserva legal proporcional, apontando, ainda, vícios de inconstitucionalidade formal tendo em vista a usurpação de competência (BRASIL, 1995, p. 64-66).

A primeira providência tomada pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio do ministro relator Marco Aurélio, devidamente amparado por precedentes do Tribunal que tratavam sobre a matéria (ADI 2.656/SP e ADI 2.396/MS), foi a suspensão da Lei estadual 12.684/2007 até o seu julgamento final em deferimento de medida cautelar, sob o argumento de que caberia exclusivamente à União legislar sobre a matéria. É o que dispõe:

Em síntese, a lei atacada trata do tema – criando embaraços à comercialização de produtos – sobre o qual, de início, compete à União legislar, porquanto, ao se proibir o uso e a comercialização no Estado, tem-se como alcançado o comércio interestadual. Daí a necessária observação do disposto no inciso VIII do artigo 22 da Constituição Federal (BRASIL, 2008, p. 67-68).

Em seu voto, o ministro Eros Grau apresentou uma argumentação acompanhando o entendimento do ministro Joaquim Barbosa discutida na ADI 3.356, na qual aquele foi o relator, possuindo uma opinião formalista sobre o tema. O ministro Eros Grau entendeu que a Lei estadual não pode ser vista isoladamente tendo em vista a existência da Lei Federal 9.055/1997, a qual, ao seu modo de ver, é inconstitucional por ferir o artigo 196 da Constituição Federal.

Continuando o seu argumento, o ministro Eros Grau relatou que o julgamento naquele momento é da Lei estadual paulista e não a inconstitucionalidade da Lei Federal 9.055/1997, porque não seria esse o objeto da ação apresentada, no entanto aquele ministro da Corte Máxima dispõe em seu voto que, “a esta Corte incumbe apreciar toda e qualquer inconstitucionalidade que lhe chegue ao conhecimento direta ou indiretamente” (BRASIL, 1995, p. 74).

Em debates, o ministro Gilmar Mendes declarou que a matéria discutida, qual seja, a inconstitucionalidade da lei estadual que proíbe o amianto ou asbesto em todas as suas formas, transcende para outras questões que possam vir a ser submetidas àquele tribunal e ainda quando à possibilidade de um Estado legislar sobre o assunto (BRASIL, 1995, p. 79).

Novamente o assunto voltou ao plenário para discussões. Após embates, o ministro Marco Aurélio, então relator da ADI em caso, dispôs que a regência da matéria passa do âmbito estadual para o federal. Ou seja, a princípio a ADI fora proposta para discutir a inconstitucionalidade da Lei Estadual paulista (Lei 12.684/2007) e, após vários debates, suplantou o entendimento de que deveria ser discutida a inconstitucionalidade da Lei Federal 9.055/1995. Percebe-se que a requerente – Confederação Nacional dos Trabalhadores de Indústria (CNTI) – pleiteou a inconstitucionalidade da Lei Estadual de São Paulo que proibia em todas as suas formas o amianto ou asbesto. Em deliberações o Supremo Tribunal Federal entendeu que a discussão deveria se dar em torno da Lei Federal 9.055/1995, que permite a utilização do mineral.

Ora, a ação não perdeu o objeto? O pedido pode transcender ao que fora pleiteado pela requerente? O julgamento da ação não seria considerado *extra petita*? As partes ainda continuam sendo as mesmas? Não poderia questionar a ilegitimidade da parte autora? O Supremo Tribunal Federal foi provocado para discutir uma Lei estadual, poderia então ultrapassar os limites e julgar uma Lei federal de forma volitiva?

O então ministro Joaquim Barbosa relatou que existem várias formas de amianto e que, no Brasil, a Lei Federal 9.055/1997 autoriza a utilização em todas as variáveis do amianto ou asbesto “crisotila”, conhecido como “amianto branco”, e o que a Corte Suprema já julgou declarando a inconstitucionalidade das leis estaduais nas ADIs 2.656/SP e 2.396/MS, que proibiam o amianto e iam de encontro à Lei federal que permite o mineral.

Após uma longa conceituação sobre amianto ou asbesto, no entanto, e trazendo argumentos científicos quanto aos malefícios do mineral, o então ministro Joaquim Barbosa defendeu a constitucionalidade da Lei Estadual paulista, sendo devidamente acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmem Lúcia e Eros Grau. Relata aquele ministro, primeiramente, que:

Na coexistência de norma federal e estadual: a norma específica estadual que regular, direta e imediatamente, uma relação ou situação jurídica concretamente configurada afasta a aplicação da norma federal coincidente, salvo se contrariar diretrizes principiológicas da norma geral (BRASIL, 2008, p. 106).

E, prosseguindo o então ministro, em seu voto, explanou que existem alegações de que o Estado paulista estaria legislando contrariamente à Constituição Federal, mas o mesmo não entendeu desta forma pelos seguintes motivos: primeiramente em razão da Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho, à qual o Brasil aderiu por meio do Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991, que o assume o compromisso de desenvolver programas e medidas na proteção do trabalhador exposto ao amianto ou asbesto.

A convenção é uma norma protetora de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e o direito ao meio ambiente equilibrado. Também vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana e da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, justiça social e defesa do meio ambiente. O conteúdo dessa convenção é um critério definitivo para se avaliar o exercício da competência legislativa dos estados. No caminho que vem sendo aberto pela Corte, a convenção possui, no mínimo, o *status* de norma supralegal e infraconstitucional (BRASIL, 2008, p. 108-109).

Continuando, alega que, “se o Brasil, no plano internacional, assumiu o compromisso de substituir progressivamente a utilização do amianto crisotila, esse compromisso deve ser executado também no plano interno, por todos e cada um dos membros da Federação” (p. 111).

Passando à sua segunda razão argumentativa, em seu voto, o então ministro Joaquim Barbosa voltou a analisar a competência de uma Lei estadual ir de encontro a uma Lei federal. Tratando-se especificamente do amianto ou asbesto, o julgador entende que a proteção é da saúde pública e, nesse caso, o Estado teria competência concorrente. Tal matéria contradiz o que fora decidido nas ADIs 2.656/SP e 2.396/MS, que entenderam que a lei geral federal se sobrepõe à lei específica estadual e que esta somente poderia legislar nos aspectos em que a lei federal fosse omissa.

Partindo desse pressuposto e do voto do então ministro Joaquim Barbosa no caso concreto analisado, percebe-se uma mudança drástica na orientação do Supremo quanto à possibilidade de uma Lei estadual ir contrariamente à Lei federal. E mais, em que a Lei federal acaba sendo declarada inconstitucional sendo que, até aquele momento, se discutia constitucionalidade somente da Lei estadual. É o voto do ministro anteriormente citado:

Penso que é inadequado concluir que a lei federal exclui a aplicação de qualquer outra norma ao caso. A pré-existência da Convenção impede que se tente elevar a lei ordinária federal ao *status* de norma geral. Em verdade, é a Convenção que possui tintas de generalidade. A distinção entre lei geral e lei específica é inaplicável ao caso das leis sobre o amianto. E isto por uma razão simples: em matéria de defesa da saúde, matéria em que os Estados têm competência, não é razoável que a União exerça uma opção permissiva no lugar do Estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade. O exercício desta opção esvaziaria o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção (BRASIL, 2008, p. 113).

Como argumento final, o ministro Joaquim Barbosa em seu voto dispôs que a proteção à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos descritos na Constituição Federal como princípios básicos e direitos a todos os cidadãos de forma equânime, possuem uma preponderância sobre a proteção ao livre-comércio. Como a Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho assegura a substituição progressiva do amianto ou asbesto por outras formas similares, a Lei federal estaria inobservando aquilo que o Brasil pactuou.

Em tempo, o ministro Eros Grau pediu a reparação de seu voto, tendo em vista uma análise mais abrangente sobre o caso concreto. Descreve que a competência em questão seria concorrente, segundo o artigo 24, inciso VIII da Constituição Federal, cabendo à União, Estados, Distrito Federal e municípios legislar sobre

a responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor. E prossegue, “estou plenamente ciente de que a lei federal 9.055 não é objeto desta ação, mas não vejo outra solução a ser tomada para o deslinde da questão senão a da declaração da inconstitucionalidade da Lei federal” (BRASIL, 2008, p. 117).

No impasse dos debates em plenário, volta à discussão se poderia o STF declarar a inconstitucionalidade de uma Lei federal que não é objeto da ADI 3.397/SP. O que fora pleiteado pela requerente, qual seja, a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Indústria (CNTI), é a inconstitucionalidade da Lei Estadual paulista 12.684/2007 e, em momento algum, se referindo à (in)constitucionalidade da Lei federal 9.055/1995.

O ministro Eros Grau, questionado sobre tais argumentos prossegue com o seu entendimento, que se passa a expor:

O Tribunal não está vinculado às razões que fundamentam o pedido do requerente. Repito: este não é um Tribunal qualquer, é uma Corte Constitucional, ainda que desempenhe outras funções. Está aqui para afirmar a normatividade da Constituição; está aqui tanto para interpretar a Constituição escrita quanto a Constituição real, está aqui para considerar o movimento das forças sociais em toda sua intensidade. E eu digo, portanto, que ela não está vinculada às razões que fundamentam o pedido do requerente (BRASIL, 2008, p. 119, grifo nosso).

O ministro Carlos Britto, em argumentação de seu voto, afirmou que a legislação estadual 12.684/2007 se porta mais constitucional e supralegal em razão da Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho do que propriamente a Lei federal 9.055/1995 quanto à proteção, à saúde pública e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O ministro ainda destacou dois princípios primordiais na esfera ambiental que justificam a sua decisão: o princípio da precaução, que possui a finalidade de evitar riscos ou danos à saúde e ao meio ambiente para a presente geração; e o princípio da prevenção, que tem a mesma finalidade para as gerações futuras (BRASIL, 2008, p. 130-135).

Em último voto, o ministro César Peluso, presidente do julgamento no caso em questão, entendeu que mesmo havendo competência comum, concorrente ou complementar, as leis discutidas não conviveriam em razão de serem de naturezas contrapostas: a Lei estadual proibindo o amianto e a Lei federal permitindo o mineral. O conflito de competências, no entanto, foi deixado de lado para uma discussão ainda mais ampla, que é a nocividade do mineral à saúde pública e ao meio ambiente, entendendo pela inconstitucionalidade da Lei federal 9.055/1995, mesmo não sendo essa o objeto da ação (BRASIL, 2008, p. 139-140).

Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal muda a sua orientação dispondo que, no caso do amianto ou asbesto, qualquer Estado poderá legislar a fim de proibir sua utilização em todas as suas formas a fim de resguardar a saúde pública e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Supremo Tribunal Federal assumiu uma atitude ativista ao declarar a inconstitucionalidade da Lei federal 9.055/1995, mesmo não sendo esta o objeto da ação. Críticas claras foram realizadas à forma como o julgamento foi conduzindo, tendo em vista que houve desrespeitos crassos ao Código de Processo Civil e à Constituição Federal. A ADI 3.397/SP inicialmente proposta para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 12.684/2007 acaba por declarar a Lei federal 9.055/1995 inconstitucional, mesmo não sendo o objeto da ação.

Faz-se importante ressaltar que, no caso concreto descrito, o STF inovou de forma criativa ao trazer à baila de julgamento uma legislação não citada pela requerente em sua exordial. O órgão máximo do poder Judiciário, sob justificativa de ser o guardião da Constituição, ultrapassou os limites legais e julgou uma norma não descrita como objeto do caso concreto, caracterizando o ativismo judicial. Nos mesmos moldes, o ativismo judicial:

Desborda-se, desse modo, a premência do ativismo magistral, um dos matizes do protagonismo do Juízo na sociedade atual. O poder Judiciário, por sua arquitetura constitucional genuína, já é personagem principal nas inquietudes comunitárias a ele postas, feito que não infirma a utilidade de uma atuação ainda mais ambiciosa na aplicação do Direito ao caso concreto, performance que inova a letra legal, engrandecendo-a até encobrir a realidade em debate (RIBEIRO; BASTIANETTO, 2016, p. 99).

Constata-se que o STF não seguiu o procedimento padrão descrito no Código de Processo Civil no julgamento do caso concreto em questão. A petição inicial da ADI 3.397/SP pleiteava a inconstitucionalidade da Lei estadual 12.684/2007 e, por fim, o órgão Supremo declarou a inconstitucionalidade do artigo da Lei federal 9.055/1995. Sendo assim, a ADI 3.397/SP perdeu o seu objeto por uma crassa ilegitimidade da parte autora e

claramente a Corte máxima do poder Judiciário ultrapassou os limites da lide e julgou fora do pedido. No julgamento datado de 30 de novembro de 2017, no entanto, a Corte declarou a inconstitucionalidade total da Lei federal 9.055/1995 que permitia o uso controlado do material em todo o país. Assim sendo, agora não existe mais a possibilidade de utilizar o mineral no território nacional.

Existe atualmente uma proatividade exacerbada do Supremo Tribunal Federal. O caso ambiental descrito não é isolado, havendo outros no ordenamento jurídico brasileiro. Em tópico anterior foi descrito os possíveis benefícios do ativismo judicial, sendo este um fato concreto no cenário do país. Tal prerrogativa pode ser comprovada mediante o minucioso estudo no caso do amianto, quando o Supremo Tribunal Federal ultrassou todos os limites do pedido para consagrar a saúde pública e o meio ambiente equilibrado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto percebe-se que, com a carência da população em ter representantes políticos ativos, o poder Judiciário se enalteceu e tornou-se o garantidor da sociedade ao mínimo de direitos descritos na Constituição.

Desse modo, o poder Judiciário assume uma função de protagonista no Direito brasileiro, sendo visto como a *ultima ratio* na possibilidade de os cidadãos terem visibilidade e voz perante a necessária evolução normativa.

Nessa perspectiva, o Judiciário, não obstante também praticar alguns atos criticáveis, ainda é visto como um órgão estatal proativo. O presente artigo abordou o caso concreto do amianto, tendo em vista que o mineral possui o condão de apresentar riscos à saúde e ao meio ambiente. Conforme descrito minuciosamente, contudo, a petição inicial da ADI 3.397/SP pleiteava a inconstitucionalidade da Lei estadual 12.684/2007 e, por fim, o órgão Supremo declarou a inconstitucionalidade da Lei federal 9.055/1995, constatando-se claramente que a Corte máxima do poder Judiciário ultrapassou os limites da lide e julgou fora do pedido, realizando assim uma crassa situação de ativismo judicial.

Tal ativismo judicial, entretanto, pode ser aceito para proteger a saúde humana e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado? Qual seria o limite da inflexão do poder Judiciário nos outros poderes para garantir o bem-estar coletivo?

Diante da inércia dos poderes políticos, o presente artigo reitera que a intromissão do poder Judiciário é necessária e eficaz como forma de suprir os anseios sociais por meio da realização de uma interpretação extensiva da norma como um meio de inovação legislativa às avessas.

Ainda é cedo para se afirmar qual o rumo do ativismo judicial e suas consequências diante da inércia dos agentes políticos nacionais, porém, nestes tempos sombrios, sua atuação é fundamental para que o Direito continue caminhando ao lado das evoluções da comunidade.

6 REFERÊNCIAS

ABREA. Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto. *Amianto ou Asbesto*. Disponível em: <http://www.abrea.com.br/o-amianto/sobre-o-amianto.html>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019a.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019b.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. *Revista de Direito Administrativo FGV*, v. 246, p. 318-340, 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41662/40857>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548181/PR. Recurso extraordinário. Direito Penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na Constituição da República. Rel. Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*. 30 out. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342675/recurso-extraordinario-re-548181-pr-stf>. Acesso em: 6 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. *Diário Oficial do Estado*, São Paulo, 26 jul. 2007. Disponível em: <https://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/131057/lei-12684-07>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 jun. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.937-7/SP. Competência normativa – comércio [...] Rel. min. Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 19 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3937&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 11 nov. 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Revista Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, p. 106-128, out. 2012. Disponível em: <https://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view-File/121/145>. Acesso em: 11 nov. 2019.

FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re)analisando o dogma do “legislador negativo”. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 9, n. 1, p. 450-476, quadrimestre de 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5763/3140>. Acesso em: 11 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *União homoafetiva, caso Battisti e marcha da maconha*. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19386/uniao-homoafetiva-caso-battisti-e-marcha-da-maconha>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*. Natureza. Eficácia. Operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista TST*, Brasília, v. 79, n. 2, p. 118-144, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/39811>. Acesso em: 11 nov. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BASTIANETTO, Lorena Machado Rogedo. A releitura do princípio da *actio nata* quanto aos direitos difusos na judicialização brasileira. *Rev. Bras. Polít. Públicas (on-line)*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 104-115, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3820/pdf_1. Acesso em: 11 nov. 2019.

SANTOS, Samuel Bertolino dos. *A evolução do sistema de precedentes no direito brasileiro: o sistema jurídico brasileiro e os falsos óbices à sua utilização*. Direito e segurança jurídica. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12501&revista_caderno=9. Acesso em: 11 nov. 2019.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Temas essenciais do Novo CPC*. Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro de acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 481-490.

GERENCIAMENTO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO MEIO AMBIENTE URBANO: Estratégia para o Desenvolvimento Sustentável com Expansão das Liberdades

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.144-153>

Recebido em: 7/9/2020
Aceito em: 19/9/2020

Neuro José Zambam

Pós-doutor em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutor em Filosofia pela PU-CRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (Imed). Membro do Grupo de Trabalho, Ética e Cidadania, da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia (Anpof). Coordenador do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. <http://lattes.cnpq.br/6893744456793355>. <https://orcid.org/0000-0001-5960-4237>. neuro.zambam@imed.edu.br; neurojose@hotmail.com

Ana Paula Coelho Abreu dos Santos

Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (Imed). Integrante do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Advogada inscrita na OAB/RS 110.192. <http://lattes.cnpq.br/0169976056405965>. <https://orcid.org/0000-0003-4730-4813>. anapcas@gmail.com

RESUMO

Este artigo tem como objetivo apresentar estratégias de gerenciamento de resíduos sólidos no meio urbano como uma referência para a expansão das liberdades conforme abordado por Amartya Sen. Negligenciar a problemática do inadequado descarte desses resíduos torna o ambiente e a vida humana insustentáveis. O ser humano tem responsabilidade de atuar visando à melhora do ambiente em que vive e de forma ativa constituir parâmetros democráticos em busca de cidades sustentáveis. A democracia é o pressuposto para atingir um modelo de desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, Sen ressalta a importância de condições de participação, que ele refere como “capabilities”. Assim, a construção de soluções justas e sustentáveis, ou seja, a correta gestão dos resíduos sólidos, com uma ampla participação e responsabilidade social, são decisivos para a legitimidade desse modelo de desenvolvimento. O presente artigo apresentará o desenvolvimento sustentável como um referencial, em que a democracia é o sistema viabilizador. A Lei n. 13.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) orienta para soluções equitativas ao reconhecer os resíduos sólidos como um bem econômico passível de valor social e provedor de cidadania, emprego e renda, com reflexos relevantes para o exercício da liberdade. A presente análise terá como base o método dedutivo, com o uso de referências bibliográficas.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Democracia. Liberdade. Política nacional de resíduos sólidos. Amartya Sen.

GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS EN EL ENTORNO URBANO: ESTRATEGIA DE DESARROLLO SOSTENIBLE CON AMPLIACIÓN DE LIBERTADES

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo presentar las estrategias de manejo de residuos sólidos en el medio urbano como referencia para la expansión de las libertades que aborda Amartya Sen. Descuidar el problema de la disposición inadecuada de estos residuos hace que el medio ambiente y la vida humana sean insostenibles. El ser humano tiene la responsabilidad de actuar para mejorar el entorno en el que vive y de constituir activamente parámetros democráticos orientados a ciudades sostenibles. La democracia es el requisito previo para lograr un modelo de desarrollo sostenible. Sen enfatiza la importancia de las condiciones para la participación, lo que él llama “capabilities”. En este sentido, la construcción de soluciones justas y sostenibles, con la correcta gestión de los residuos sólidos, con amplia participación y responsabilidad social, son determinantes para la legitimidad de este modelo de desarrollo. Este artículo presentará el desarrollo sostenible como referencia, en el que la democracia es el sistema habilitador. La Ley no. 13.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) orienta para soluciones equitativas al reconocer los residuos sólidos como un bien económico sujeto a valor social y proveedor de ciudadanía, empleo e ingresos con efectos relevantes para el ejercicio de la libertad. Este análisis se basará en el método dedutivo, utilizando referencias bibliográficas.

Palabras-clave: Desarrollo sostenible. Democracia. libertad. Política nacional de residuos sólidos. Amartya Sen.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Desenvolvimento sustentável e a perspectiva de Amartya Sen. 3 Expansão das capacidades (*capabilities*) como estratégia para o desenvolvimento sustentável. 4 Política nacional de resíduos sólidos e o exercício das liberdades em Amartya Sen. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o ser humano encontra-se inserido cada vez mais no contexto urbano, todavia o crescimento populacional nos centros urbanos acarretou impactos ambientais, de modo que a produção de lixo e seu inadequado descarte tornaram-se um fator que vem alterando a qualidade da vida. Nesse sentido, a problemática gerada pelo inadequado descarte dos resíduos sólidos não deve ser negligenciada.

Nessa perspectiva, o presente artigo tem como objetivo apresentar estratégias de gerenciamento de resíduos sólidos no meio ambiente urbano como uma forma de expansão de liberdades, em que a Lei n. 13.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) converge no que respeita a ser uma resposta de construção justa e sustentável, uma vez que tem como princípio estrutural o desenvolvimento sustentável e a responsabilidade compartilhada de todos os agentes participantes da cadeia dos resíduos sólidos.

Dessa forma, a resposta para essa problemática volta-se para a construção de soluções justas e sustentáveis, constituindo a correta gestão dos resíduos sólidos, com uma ampla participação, conhecimento da legislação e responsabilidade social, decisiva para a legitimidade desse modelo de desenvolvimento. O presente artigo apresentará o desenvolvimento sustentável como um referencial, em que a democracia é o sistema viabilizador.

A democracia é o pressuposto para atingir um modelo de desenvolvimento sustentável. Amartya Sen ressalta a importância de condições de participação, que ele refere como “*capabilities*”, ou seja, esse termo é um aspecto da liberdade substantiva, em que as pessoas devem ter a escolha de levar o tipo de vida que elas valorizam, atentando-se particularmente para a expansão das capacidades.

Ao voltar-se para a construção do adequado gerenciamento dos resíduos sólidos, busca-se olhar a intervenção humana de forma construtiva, perante o meio ambiente, cabendo ao ser humano protegê-lo e melhorá-lo. Tendo em vista a sustentabilidade como um critério a ser seguido, Sen enaltece o Relatório Gro Brundtland, uma vez que este, ao trazer para o público a expressão “Desenvolvimento Sustentável”, supera a visão simplista do meio ambiente como “estado de natureza”, colocando o ser humano como parte da questão ambiental e indicando a conexão existente para a qualidade de vida.

Ao abordar a sustentabilidade, no entanto, deve-se atentar que esse princípio norteador abrange variadas vertentes, tais como a sustentabilidade ambiental, social, econômica, ética, moral, jurídico-político e cultural, mas, acima de tudo, pressupõe uma responsabilidade intergeracional, em que o desenvolvimento sustentável consiste em uma forma de desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem às suas necessidades.

Assim, observar-se-á a aplicabilidade do desenvolvimento sustentável, em que o estabelecimento de um Plano de Gestão adequado tem como pressuposto uma responsabilidade compartilhada de todos os setores da sociedade. Reconhece os resíduos sólidos como um recurso a ser recuperado, conseqüentemente como um bem econômico passível de valor social, uma vez que possibilita gerar trabalho e renda. Trata-se também de um promotor de cidadania, vindo a trazer reflexos positivos no âmbito social, econômico e ambiental. Para a presente análise utilizar-se-á o método dedutivo, com o uso de referências bibliográficas.

2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A PERSPECTIVA DE AMARTYA SEN

A expressão “Desenvolvimento Sustentável” tornou-se o tema condutor da literatura ambiental, expressão esta que ganhou notoriedade por meio do Relatório Brundtland, que traz em seu bojo o conceito de desenvolvimento sustentável para o discurso público.

Dessa forma, Sen e Kliksberg, ao tratarem desse relatório, abordam a definição que este trouxe para a questão do desenvolvimento sustentável:

A necessidade de ação em conjunto foi poderosamente delineada em 1987 no manifesto pioneiro Nosso Futuro em Comum, preparado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, liderada por Gro Brundtland. O Relatório de Brundtland definiu desenvolvimento sustentável como aquele que “atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações de atender às suas próprias necessidades” (2010, p. 64).

Esse relatório comporta uma importante abordagem sobre as consequências da deterioração dos recursos naturais para o desenvolvimento econômico e social, mostrando-se imprescindível para trazer ao público uma nova visão de conexão do valor do meio ambiente para os seres humanos.

Dessa forma, Amartya Sen enaltece a importância que o relatório de Brundtland trouxe, situando o ser humano como parte da questão ambiental, quando afirma: “O impacto do meio ambiente sobre as vidas humanas precisa estar entre as principais considerações na ponderação do meio ambiente” (2011, p. 282).

O autor também faz uma crítica à visão simplista que muitas vezes é projetada nos discursos do meio ambiente como ‘estado de natureza’. Conforme expressa:

O meio ambiente é visto algumas vezes (creio que de forma excessivamente simplista) como o “estado de natureza”, incluindo magnitudes como a extensão da cobertura florestal, a profundidade do lençol freático, o número de espécies viventes, e assim por diante. Na medida em que se supõe que essa natureza preexiste permanecerá intacta a menos que a ela adicionemos impurezas e poluentes, pode, portanto, parecer superficialmente plausível que o meio ambiente está mais bem protegido se nele interferirmos o menos possível (SEN, 2011, p. 282).

Nesse prisma, o autor não deixa de frisar a importância que o meio ambiente tem para a qualidade da vida das pessoas e, nesse mesmo aspecto, destaca-se a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o autor coloca o ser humano inserido na questão ambiental, uma vez que o equilíbrio do meio ambiente está intrinsecamente ligado à sadia qualidade de vida do ser humano, conforme sua elucidação sobre a temática:

[...] o meio ambiente não é apenas uma questão de preservação passiva, mas também de busca ativa. Ainda que muitas atividades humanas que acompanham o processo de desenvolvimento possam ter consequências destrutivas, também está ao alcance do poder humano enriquecer e melhorar o ambiente em que vivemos. Ao pensarmos nos passos que podem ser dados para conter a destruição ambiental, temos que incluir a intervenção humana construtiva (SEN, 2011, p. 283).

Isso significa pensar no ser humano não o limitando às suas necessidades, mas em seu valor como ser capaz de raciocinar, avaliar, escolher, participar e agir. Como afirma Sen: “[...] as pessoas têm necessidades, mas elas também têm valores [...]” (2011, p. 284).

Entre esses valores, o Relatório Brundtland pontua de forma brilhante a responsabilidade intergeracional: “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades” (ONU, 1987).

Ou seja, há a responsabilidade de a atual geração se responsabilizar pela qualidade do meio ambiente que as futuras gerações de seres vivos, humanos e não humanos, irão usufruir. Não estão em jogo somente os interesses dos seres humanos, mas uma vez que o ser humano possui maior poder de raciocínio que outras espécies, há maior responsabilidade para com estas.

A perspectiva das obrigações do poder foi apresentada com grande força por Gautama Buda no Sutta-Nipata. Buda diz lá que temos responsabilidade em relação aos animais precisamente por causa da assimetria entre nós, não por causa de qualquer simetria que nos leve à necessidade de cooperar. Ele argumenta, ao contrário, que por sermos muito mais poderosos que as outras espécies, temos uma responsabilidade em relação a elas que se conecta exatamente com essa assimetria de poder (SEN, 2011, p. 239-240).

Dessa forma, o desenvolvimento sustentável tem ligação intrínseca com ações baseadas em valores, em que a sustentabilidade se torna esse valor, norteando a relação do ser humano e o desenvolvimento. Tais ações devem estar atreladas à sustentabilidade ambiental.

3 EXPANSÃO DAS CAPACIDADES (CAPABILITIES) COMO ESTRATÉGIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A democracia tornou-se uma das conquistas da humanidade, constituindo uma forma de organização social das estruturas políticas em diversas sociedades, essencial para o desenvolvimento humano e sustentável.

Nesse sentido, ao analisar a Conferência da Organização das Nações Unidas referente ao Desenvolvimento Sustentável, sediada no Rio de Janeiro em 2012, conhecida como Rio+20, foram observadas estratégias para a transição ao modelo de desenvolvimento sustentável, em que deveria haver uma espécie de “pacto” entre governo e sociedade para ocorrer o alcance, com a democracia sendo o pressuposto para atingir essa finalidade.

Ao encontro dessa percepção, pontua Zambam:

Uma avaliação segura do desenvolvimento social supõe a afirmação do valor da democracia, independente de precondições, por ser indispensável para a estruturação do modelo de desenvolvimento baseado no princípio da sustentabilidade ao permitir uma ampla rede de relações e debates públicos, da mesma forma que possui um conjunto de instrumentos para auxiliar na organização equitativa das relações sociais internas e externas. Sen (2000, p.185) esclarece essa conexão e a sua importância para a estrutura do desenvolvimento. “A importância da democracia reside, como procuramos mostrar, em três virtudes distintas: (1) sua importância intrínseca, (2) suas contribuições instrumentais e (3) seu papel construtivo na criação de valores e normas. Nenhuma avaliação da forma de governo democrático pode ser completa sem considerar cada uma dessas virtudes” (2012, p. 205).

Nota-se, diante da análise do autor, a importância da democracia para a estrutura do desenvolvimento, uma vez que ela aparece como um marco avaliativo da mensuração do desenvolvimento das sociedades. Dessa forma, ao falar sobre o valor moral substantivo da liberdade, o autor aborda a importância da garantia da livre expressão do pensamento, da liberdade de escolha do que as pessoas consideram importantes para a sua realização. Ainda, afirma: “O modelo de desenvolvimento sustentável supõe a existência das condições de participação e de discussão públicas” (ZAMBAM, 2012, p. 206).

Nesse sentido, ao se atentar à necessária estruturação com base na democracia para a transição para uma forma de desenvolvimento que tenha como embasamento o princípio da sustentabilidade, em que o desenvolvimento sustentável acaba por vir como uma possível resposta, entretanto, importante faz-se compreender como José Roberto Marques caracteriza esse princípio:

O princípio da sustentabilidade consiste na necessidade de se limitar qualitativamente o crescimento econômico, com vista à qualidade de vida das atuais e futuras gerações, mantendo-se o equilíbrio ecológico. A sustentabilidade ambiental é uma das vertentes do desenvolvimento sustentável e deve ser conjugada com o crescimento econômico e o progresso social (2010, p. 41-42).

O autor elucida o fato de a sustentabilidade ambiental ser uma das vertentes do desenvolvimento sustentável, vindo a ser conjugada com o crescimento econômico e o progresso social. A expressão “desenvolvimento sustentável” ganhou notoriedade por meio de Gro Brundtland, em 1987, que publicou o relatório inovador ‘Nosso Futuro Comum’. Nesse sentido, como bem pontua Giddens:

O Relatório Brundtland reconheceu que o crescimento econômico era necessário para trazer maior prosperidade ao mundo em desenvolvimento. Contudo, o desenvolvimento em geral teria que se tornar sustentável. A Comissão definiu o desenvolvimento sustentável como o “desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem as suas necessidades” (2010, p. 87).

Sendo assim, ao pensar formas alternativas de desenvolvimento, a expressão desenvolvimento sustentável vem a público, estando presente na atualidade tanto na literatura ambientalista como também ao se falar em formas de desenvolvimento que vão além da mensuração econômica pelo PIB.

A análise das dimensões da sustentabilidade como meio alternativo de desenvolvimento torna-se primordial. Conforme aponta Juarez Freitas, há pelo menos cinco dimensões da sustentabilidade (dimensão ética, jurídico-política, ambiental, social e econômica). Para o autor, existe uma dialética da sustentabilidade, uma vez que essas dimensões são vinculadas, sendo componentes essenciais do desenvolvimento, como esclarece:

A multidimensionalidade deriva de uma propriedade natural de difícil refutação: o inter-relacionamento de tudo, a conexão inevitável de seres e coisas. Assim, a degradação ambiental, por exemplo, encontra-se associada à degradação social e à criminalidade. E vice-versa. A dimensão jurídica influencia a ética, e assim

reciprocamente. Noutra modo de dizer, a sustentabilidade (longe de ser unívoca ou unilateral) só pode ser entendida como princípio multidimensional (de raízes biológicas e evolutivas, com desdobramentos sociais, econômicos, éticos e jurídicos), em sentido forte (FREITAS, 2012, p. 72).

Constata-se que desenvolvimento sustentável possui abordagem multidimensional e se entrelaça com o desenvolvimento econômico, ético, social, jurídico, ao passo que a sustentabilidade torna-se um critério norteador para as relações sociais, em que a base para a transição a esse modelo alternativo de desenvolvimento deve estar atrelada à democracia.

Ao abordar essa transição para o desenvolvimento sustentável, destaca Zambam:

Ocorre uma mudança de ordem epistemológica, relacionada com outras concepções político-metodológicas de desenvolvimento, elegendo, em primeiro plano, as prioridades relacionadas com as necessidades humanas, sociais, ambientais e culturais e, também, com os demais aspectos que envolvem esse panorama. Esse novo paradigma não restringe a evolução da sociedade às determinações, necessidades e demandas do progresso econômico, mas submete toda essa rede de relações que constitui a estruturação e a organização da sociedade a uma avaliação, considerando, prioritariamente, o critério de sustentabilidade (2012, p. 136).

Nesse contexto, a sustentabilidade é vista como um critério que submete a rede de relações sociais, a sua estruturação e a organização da sociedade. Ao atentar para o desenvolvimento sustentável, é imperiosa a análise da essencialidade do fortalecimento da democracia, uma vez que o desenvolvimento sustentável supõe a existência de condições de participação e de discussão pública.

A importância de condições de participação, conforme propõe Sen, perpassa o que ele desenvolve como “*capabilities*”. Ou seja, esse termo é um aspecto da liberdade substantiva, em que as pessoas devem ter a escolha de levar o tipo de vida que elas valorizam, destacando-se que o autor atenta-se particularmente para a expansão das capacidades (*capabilities*), podendo vir a expandir-se por meio de políticas públicas, ou a própria direção da política pública pode vir a ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo (SEN, 2010, p. 33).

A expansão das *capabilities* vem a pressupor dois aspectos distintos, o aspecto do processo e o aspecto da oportunidade:

A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária) (SEN, 2010, p. 32).

Sendo assim, são essenciais processos adequados, que visem à participação, bem como oportunidades sociais que forneçam a estrutura para que o indivíduo possa ter o ato da escolha, como expõe Zambam: “a falta das capacidades¹ corresponde à privação da liberdade” (2012, p. 105).

Ainda, as condições de escolha das pessoas são imprescindíveis para que estas venham a atuar como agentes, ou como define Sen: “*Agency Aspect*”, sendo alguém que age ou ocasiona mudança.

Dessa forma, torna-se imprescindível fazer a distinção do que seja “aspecto do bem-estar” (*well being aspect*) e o “aspecto da condição de agente” (*Agent aspect*). O primeiro são as oportunidades e realizações do indivíduo, já o segundo vai além do bem-estar individual, como bem argumenta Sen:

O “aspecto do bem-estar” é particularmente importante na avaliação de questões de justiça distributiva (incluindo o diagnóstico da injustiça econômica) e na avaliação da natureza do “quinhão” que cabe à pessoa em termos de vantagem individual. O “aspecto da condição de agente” contém uma visão mais abrangente da pessoa, incluindo a valorização de várias coisas que ela gostaria que acontecessem e a capacidade de formar esses objetivos e realizá-los (2017, p. 75).

¹ ZAMBAM (2012, p. 98) faz a opção pelo termo “capacidade”, em que compreende a presença da pessoa como agente ativo, ao invés de capacidade ou capacitações, como ocorre em diversas traduções e referências, pois tem como objetivo entender a importância e o alcance dessa expressão fundamental no pensamento de Sen.

Assim sendo, a sustentabilidade compreende o ser humano como parte da questão ambiental, em que o desenvolvimento sustentável só vem a ser possível por meio do sistema democrático. Tal sistema é fortalecido pela expansão das *capabilities* promovidas por políticas públicas, ou mesmo estas políticas públicas podem ser influenciadas pelo uso efetivo das capacidades da população. Ou seja, tem-se a intervenção humana construtiva, como agente capaz de raciocinar, avaliar, escolher, participar e agir construtivamente perante o meio ambiente.

4 POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E O EXERCÍCIO DAS LIBERDADES EM AMARTYA SEN

A população humana está inserida em diversos ecossistemas, com a sua inserção na vida urbana sendo uma realidade que ganhou grandes proporções. Esse crescimento populacional nos centros urbanos, todavia, trouxe impactos ambientais, por exemplo, a produção de lixo e seu inadequado descarte é um fator que altera a qualidade da vida nesse ecossistema urbano.

Nesse sentido, o estudo do meio ambiente urbano e como se dão as políticas voltadas ao gerenciamento dos resíduos sólidos torna-se urgente, uma vez que o inadequado descarte dos resíduos sólidos resulta em uma barreira para alcançar o desenvolvimento de cidades sustentáveis.

Dessa forma, para contextualizar tais afirmativas é imprescindível analisar os estudos trazidos por Dias:

As cidades são ecossistemas criados pelos seres humanos. Apesar de ocupar apenas 2% da superfície da Terra, as cidades consomem 75% dos recursos naturais globais e produzem 80% da poluição. Na atualidade, a maioria das pessoas já vive em ecossistemas urbanos, constituindo-se no hábitat preferido da espécie humana (2009, p. 19).

Como exposto, o consumo de recursos naturais e a poluição que produzem as cidades são preocupantemente elevados. Sendo assim, ao estudar formas de manutenção do equilíbrio ambiental não se deve negligenciar o ecossistema urbano e seu impacto no meio ambiente.

Ao adentrar na análise do meio ambiente urbano, não há como não conectar com a realidade da produção e consumo. A Agenda 21, Capítulo 4,² chama a atenção para os padrões de consumo, e, conseqüentemente, para os modelos de produção, uma vez que se estimulam entre si.

Nesse sentido, o alinhamento do desenvolvimento com a produção e o consumismo inconsequente reflete no aumento notório do lixo, uma vez que no que diz respeito à produção, se houvesse um maior emprego de tecnologias limpas que implicassem menos consumo de matérias e energia, geraria menor produção de resíduos com maior capacidade de seu reaproveitamento e com menor volume para a sua disposição final (MILARÉ, 2018).

Ainda, ao sopesar o que sejam o consumo e o consumismo, o primeiro pode contribuir claramente para o desenvolvimento humano, aumentando as suas capacidades, sem afetar adversamente o bem-estar coletivo. Por outro lado, o consumismo consiste numa mentalidade arraigada a hábitos mórbidos, mais ou menos compulsivos (MILARÉ, 2018).

Dessa forma, as necessidades humanas não devem estar em contraposição com as necessidades do planeta Terra, devendo ter como pressupostos a produção e o consumo sustentável, a fim de poder efetivar o processo de desenvolvimento sustentável.

Isso posto, torna-se necessário fazer uma diferenciação do que vem a ser resíduos sólidos, como bem pontua Édis Milaré:

Todo material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe a proceder nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível (2015, p. 769).

² 4.4. Como parte das medidas a serem adotadas no plano internacional para a proteção e a melhora do meio ambiente é necessário levar plenamente em conta os atuais desequilíbrios nos padrões mundiais de consumo e produção.

O autor elucida sobre o significado de rejeitos:

Resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentam outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada (MILARÉ, 2015, p. 748).

O autor explicita tecnicamente que resíduos sólidos têm como premissa ser o objeto descartado proveniente das atividades humanas, no entanto o destino final dado aos resíduos nem sempre foi motivo de preocupação da sociedade. Por exemplo, no ano de 2011 apenas 8% dos 5.565 municípios brasileiros possuíam programas de coleta seletiva, realidade esta que persistiu e persiste, embora haja políticas ambientais e outras normas regulamentando o descarte e o controle de materiais poluentes (BARBOSA; IBRAHIN, 2019, p. 16).

Barbosa e Ibrahin trazem mais dados sobre essa temática:

Já segundo a Associação Brasileira de Resíduos Sólidos e Limpeza Pública (ABLP), apenas 40% do lixo domiciliar separado pela população é coletado seletivamente pelos serviços de coleta pública, e, desse montante, apenas 30 a 40% são encaminhados a aterros sanitários adequados. Ainda de acordo com os dados da ABLP, os volumes dos resíduos descartados enviados para as indústrias de transformação alcançam índice de menos de 2% de materiais reciclados, conforme os dados recolhidos nos anos 2008/2009 [...] (2019, p. 16).

Torna-se, então, evidente a importância de instrumentos de gestão ambiental para melhorar esses resultados. Foi nesse sentido que em agosto de 2010 foi aprovada a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), legislada por meio da Lei n. 13.305/2010. Essa aprovação teve como marco o início de uma forte articulação dos três entes Federados – União, Estados e municípios. O objetivo foi encontrar soluções para a problemática do gerenciamento dos resíduos sólidos.

Um dos pontos centrais da PNRS está na corresponsabilidade ou responsabilidade compartilhada, em que esta é definida legalmente entre todos os agentes participantes da cadeia de resíduos sólidos. Isto é, para além do encargo dos entes públicos, vem tornar responsáveis os demais geradores dos resíduos sólidos, pessoas físicas ou jurídicas que venham a gerar resíduos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo.

Em outras palavras:

Como é previsto na PNRS, a corresponsabilidade é questão central na limpeza urbana, ao chamar a atenção para o fato de que não é apenas o governo o responsável pela gestão dos resíduos, mas a sociedade como um todo. A maior participação da sociedade colabora para a mudança da lógica de que uma cidade limpa é aquela que você mais limpa para dar lugar ao conceito de que, na verdade, uma cidade limpa é aquela que menos se suja. Essa mudança de consciência possibilita o desenvolvimento da sociedade em relação ao tema, isto é, os resíduos deixam de ser vistos como rejeitos e passam a ser vistos como recursos a serem recuperados (ASSOCIAÇÃO..., 2016, p. 17).

A instituição de um Plano de Gestão adequado tem como pressuposto responsabilidade compartilhada de todos os setores da sociedade, de forma que se faz necessária uma mudança de consciência em relação aos resíduos sólidos, passando a vê-los não como rejeitos, mas como recursos a serem recuperados, o que, se assim for reconhecido, importa também em tê-los como um bem econômico passível de valor social, uma vez que vem a gerar trabalho, renda, revelando-se um promotor de cidadania e trazendo reflexos positivos no âmbito social, ambiental e econômico.

Sendo assim, a percepção dos resíduos sólidos como passível de valor econômico e os reflexos positivos que podem vir a gerar, como fruto de uma correta gestão, e em consequência a expansão da liberdade de agentes sociais, converge com o que propõe Amartya Sen:

[...] o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna a vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (2010, p. 29).

Sen elucida o que o desenvolvimento deve representar, indo além de um crescimento econômico mensurado pelo Produto Nacional Bruto. Para ele, deve representar uma melhora qualitativa na vida das pessoas. Nesse sentido, a Política Nacional de Resíduos Sólidos visa a trazer reflexos positivos nos âmbitos social, ambiental e econômico, se os resíduos sólidos forem manejados de forma adequada. Destaca-se, ainda, o fato de essa legislação ter como pilar o desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, torna-se imprescindível pensar alternativas de desenvolvimento, com o desenvolvimento sustentável constituindo-se uma delas, cabendo ao ser humano “a responsabilidade de arquitetar, conduzir e executar o processo de desenvolvimento sustentável” (ZAMBAM, 2012, p. 145).

Como expressa Neuro José Zambam:

A importância da qualidade da vida humana é central para o processo de desenvolvimento sustentável, tanto pela sua razão instrumental, que tem como objetivo a transformação do modelo vigente, quanto pelo valor intrínseco da pessoa. Uma sociedade que se preocupa em efetivar, pela prioridade em investimentos, a promoção das condições de vida de seus habitantes, melhorando a qualidade e o acesso ao sistema educacional, o aprimoramento das condições dos programas de saúde e a implementação de outros programas de promoção humana, como, por exemplo, o incentivo a geração de emprego e renda, tem clareza sobre a importância do capital humano para o processo de desenvolvimento como um todo (2012, p. 149).

A sustentabilidade vem a englobar valores que norteiam a sociedade e o bem público, pois abrange a sustentabilidade econômica, social e ambiental, possuindo cunho universal, ou seja, todas essas searas vêm a impactar a qualidade de vida do ser humano, esta considerada o aspecto central para o processo de desenvolvimento sustentável. Assim, há a possibilidade de um cunho universal, pois não tem qualquer base ideológica ou religiosa, e está estruturada na responsabilização de desenvolvimento ético e moral das presentes gerações com as futuras.

A gestão adequada dos resíduos sólidos, portanto, alicerçada em diretrizes como a Política Nacional de Resíduos Sólidos, uma vez que esta tem como princípio a responsabilidade compartilhada, bem como o desenvolvimento sustentável, pode refletir na expansão das liberdades dos agentes sociais. Os resíduos sólidos são reconhecidos como um bem econômico, e podem abrir novos mercados, gerar trabalho, emprego e renda, conduzir à inclusão social, além de diminuir os impactos ambientais causados pelo seu inadequado descarte.

5 CONCLUSÃO

Com o presente estudo foi possível concluir que se faz urgente um novo modelo de desenvolvimento sustentável, revelando-se a democracia um pressuposto para a sua aplicação, uma vez que este envolve a discussão pública para atender às necessidades da sociedade por desenvolvimento social, econômico, com base na proteção ambiental.

Constatou-se também a importância do Relatório Gro Brundtland, que trouxe notoriedade para o tema do desenvolvimento sustentável, expressão esta que segundo Amartya Sen é de extrema relevância, pois coloca o ser humano como parte da questão ambiental. Apesar de muitas das atividades humanas ao longo dos tempos terem sido e continuarem sendo prejudiciais ao meio ambiente, também está ao alcance do ser humano pensar formas de melhorar o meio ambiente e protegê-lo, ou seja, o autor fala de uma intervenção humana construtiva com relação ao meio ambiente.

Nesse sentido, percebeu-se a necessidade de pensar formas de desenvolvimento, que atualmente tem como base a produção e o consumo de mercadorias tornando-se insuficiente e prejudicial ao equilíbrio ambiental e, conseqüentemente, à qualidade de vida.

Diante do exposto, ao analisar o meio ambiente urbano e sua acessibilidade aos mais diversos bens de consumo, bem como a presença de indústrias, notou-se o excesso de produção de lixo como reflexo dessa forma de desenvolvimento, com o seu inadequado descarte constituindo um fator problemático no ecossistema urbano, que traz conseqüências como doenças, poluição de rios e mares. Ou seja, o descarte inadequado de resíduos sólidos é uma das principais fontes de poluição.

Sendo assim, o desenvolvimento sustentável passa a ser um princípio norteador, estando presente na atualidade tanto na literatura ambientalista como ao se falar em formas de desenvolvimento que vão além da mensuração econômica pelo PIB. Há amparo nos mais variados textos legais como um princípio base, como é o caso da Lei n. 13.305/2010, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Ficou clara a importância dessa lei, que tem como princípio estrutural o desenvolvimento sustentável e a responsabilidade compartilhada de todos os agentes participantes da cadeia dos resíduos sólidos. Estes agentes são os entes públicos e os demais geradores dos resíduos sólidos, pessoas físicas e jurídicas, que venham a gerar resíduos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo.

Por fim, essa normativa reconhece os resíduos sólidos como um bem econômico passível de valor social, uma vez que podem gerar trabalho, renda, promover cidadania, trazer reflexos positivos nos âmbitos social, ambiental e econômico. Em outras palavras, ela converge com a visão sobre o desenvolvimento de Amartya Sen, pois é um bem passível de expandir as liberdades, ou seja, amplia as condições de escolha das pessoas de levarem o tipo de vida que valorizam, bem como de suas ações como agentes (*Agency Aspect*), sendo alguém que age ou ocasiona a mudança.

Nesse sentido, ao pensar estratégias que visem a efetivar o desenvolvimento sustentável, é imprescindível o fortalecimento da democracia, uma vez que tem como pressuposto promover condições de participação e de discussão pública. Isto é, o ser humano como parte da questão ambiental, como agente capaz de raciocinar, avaliar, escolher, participar e agir construtivamente. As necessidades e demandas do progresso econômico, bem como a rede de relações e a organização da sociedade, devem considerar a sustentabilidade como critério de sua estruturação.

6 REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E LIMPEZA PÚBLICA. *Índice de Sustentabilidade da Limpeza Urbana para os Municípios Brasileiros*. Disponível em: <http://www.ablp.org.br/pdf/SELUR-ISLU-2016-ACESSIBILIZADO1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.
- BARBOSA, Rildo Pereira; IBRAHIM, Francini Imene Dias. *Resíduos sólidos – impactos, manejo e gestão ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: nov. 2019.
- BRASIL. *Política Nacional sobre Resíduos Sólidos*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: dez. 2020.
- BRUNDTLAND, Gro. *Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Nosso Futuro em Comum*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf. Acesso em: fev. 2020.
- DIAS, Generaldo Freire. *Atividades interdisciplinares de educação ambiental*. São Paulo: Gaia, 2009.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GIDDENS, Anthony. *A política da mudança climática*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- MARQUES, José Roberto. *Lições preliminares de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 11. ed. São Paulo. Thompson Reuters, 2018.
- MILARÉ, Édís. *Dicionário de direito ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e o meio ambiente*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 16 jun. 2019a.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972*. Disponível em: https://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf. Acesso em: 16 jun. 2019.
- NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <https://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019b.
- ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Contribuições para a Conferência Rio +20*. 1987. Disponível em: <file:///C:/Users/AnaPaula/Downloads/Acordo%20para%20o%20Desenvolvimento%20Sustentavel%20-%20Rio%202020-2020111006-1.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2020.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya; KLIKBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar* – a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Trad. Bernardo Ajzemberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo. Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo. Companhia das Letras, 2017.

ZAMBAM, Neuro José. *Amartya Sen* – liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: Imed Editora, 2012.

PROTEÇÃO SOCIAL NO CONE SUL DA AMÉRICA LATINA NO SÉCULO 21: Entre o Seguro e a Assistência Social

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.154-164>

Recebido em: 7/9/2020

Aceito em: 19/9/2020

Lislei Teresinha Preuss

Doutora em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2011). Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (2007). Graduada em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (1998) e em Pedagogia pela Universidade do Estado de Santa Catarina (1996). Professora-adjunta da Universidade Estadual de Ponta Grossa e do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas. Tem experiência na área de Serviço Social, com ênfase em Serviço Social da Saúde, atuando principalmente nos seguintes temas: proteção social, política social de saúde, política social de saúde na América Latina, atenção primária à saúde. <http://lattes.cnpq.br/3788365740475306>. <https://orcid.org/0000-0001-5786-7228>. lisleipreuss@hotmail.com

Nayara Cristina Bueno

Doutoranda em Ciências Sociais Aplicadas na Universidade Estadual de Ponta-Grossa. Mestre em Serviço Social e Política Social pela Universidade Estadual de Londrina (2013). Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual do Centro-Oeste (2010). Professora do curso de Serviço Social da Universidade Estadual do Centro-Oeste. Atua principalmente nos seguintes temas: Proteção Social, Seguridade Social, Gestão Social, Assistência Social, Família e Políticas Públicas. <http://lattes.cnpq.br/9913656499504352>. <https://orcid.org/0000-0003-2113-0931>. nbueno@unicentro.br

RESUMO

A proteção social nas sociedades capitalistas periféricas possui particularidades relacionadas às marcas do colonialismo que dificultam o desenvolvimento de políticas sociais universais e na perspectiva dos direitos sociais. Com objetivo de apresentar um panorama da proteção social no Cone Sul da América Latina no século 21 foi realizada uma pesquisa exploratória que contou com revisão bibliográfica e análise estatística sobre o tema na base de dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal). Após a apresentação de como o colonialismo mostra-se presente nas sociedades dessa região, os sistemas de proteção social contributivos e não contributivos são problematizados na sua relação com o mercado de trabalho, instável, informal e com condições precárias para os/as trabalhadores/as. Nas considerações finais identifica-se que os benefícios e programas existentes são resultado de lutas e mobilizações sociais e podem contribuir para a diminuição da pobreza e desigualdade social na região se combinados com políticas estruturais.

Palavras-chave: Colonialismo. Seguridade social. Políticas sociais.

SOCIAL PROTECTION IN THE SOUTH CONE OF LATIN AMERICA IN THE 21 CENTURY: BETWEEN INSURANCE AND SOCIAL ASSISTANCE

ABSTRACT

Social protection in peripheral capitalist societies has particularities related to the marks of colonialism that hinder the development of universal social policies and from the perspective of social rights. In order to present an overview of social protection in the southern cone of Latin America in the 21st century, an exploratory research was carried out that included a bibliographic review and statistical analysis on the subject in the database of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (Cepal). After presenting how colonialism is still present in societies in the region, contributory and non-contributory social protection systems are problematized in their relationship with the labor market, which is unstable, informal and with precarious conditions for workers. In the final considerations, it is identified that the existing benefits and programs are the result of social struggles and mobilizations and can contribute to the reduction of poverty and social inequality in the region if combined with structural policies.

Keywords: Colonialism. Social security. Social politics.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Proteção social na América Latina e as marcas do colonialismo. 3 A centralidade do sistema contributivo nos países do Cone Sul da América Latina. 4 O sistema não contributivo: focalização na pobreza. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A proteção social nas sociedades capitalistas periféricas possuem particularidades relacionadas à forma como os países se inserem no mercado mundial, na condição de exportadores de matérias-primas, porque isso impacta no acesso e nas condições de trabalho e na renda. As marcas do colonialismo nas sociedades contribuem para a perpetuação das desigualdades econômicas, sociais e políticas, assim como se manifestam nas hierarquias sociais de classe, raça/etnia, gênero.

A proteção social pública, via políticas sociais, interfere nas atribuições das demais esferas de proteção social, quais sejam: a família, o mercado e a sociedade. É nessa relação, dinâmica e contraditória, que as necessidades sociais são atendidas, quanto maior a participação estatal, menor a sobrecarga da família (e das mulheres) e menos mercadorizadas e dependentes de ações filantrópicas estão as pessoas.

Este trabalho tem como objetivo apresentar um panorama da proteção social pública no Cone Sul da América Latina no século 21. Para isso foi realizada uma pesquisa exploratória que contou com revisão bibliográfica e análise estatística em duas bases de dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal).

Na Base de Dados e Publicações Estatísticas (Cepalstat) foram coletadas informações sobre a situação de pobreza, extrema pobreza e índice Gini dos países do Cone Sul da América Latina: Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, disponíveis ao público na Internet. As informações foram organizadas no Quadro 2.

Sobre os programas de transferência condicionada de renda e benefícios não contributivos os dados foram coletados na Base de Dados de Programas de Proteção Social não Contributiva na América Latina e Caribe, também disponível ao público na Internet. As informações foram organizadas nos Quadros 3 e 4 e apresentam as características de público-alvo, valor do benefício e cobertura de cada programa e benefício.

O trabalho está organizado em três momentos. Inicia-se com a discussão sobre as marcas do colonialismo na proteção social, demonstrando os limites da transposição de modelos europeus para a região devido às suas particularidades históricas, ligados ao passado colonial, mas também à diversidade das sociedades. Em seguida são problematizados os sistemas contributivos e não contributivos, separadamente apenas para fins didáticos, uma vez que compreende-se que eles estão relacionados e devem ser pensados de forma integrada.

Por fim, as considerações finais apontam que a redistribuição da riqueza socialmente produzida por meio da valorização do salário mínimo e dos benefícios sociais é um dos mecanismos que podem contribuir com a redução da pobreza e da desigualdade social na região, mas precisa estar combinada com reformas estruturais como a forma de arrecadação estatal.

2 PROTEÇÃO SOCIAL NA AMÉRICA LATINA E AS MARCAS DO COLONIALISMO

A revisão histórica sobre a inserção dos países da América Latina no mercado mundial não é apenas um pano de fundo no qual se desenvolvem os estudos sobre a região. Apresenta-se como uma exigência para compreender as sociedades latino-americanas na atualidade, tanto pelos problemas estruturais de desigualdade econômica, social e de acesso à política quanto pelas dificuldades em desenvolver políticas de proteção social rompendo com modelos eurocentrados.

A particularidade da região está, justamente, no fato de ser una e diversa. Para Rouquié (1982, p. 25) “a heterogeneidade interna marcha ao lado da homogeneidade externa, isto é, a diversidade das sociedades se inscrevem em um fundo comum do estrangimento da dominação internacional e a situação periférica”. Esse conjunto de países estão na periferia do mercado mundial, enquanto exportadores de matérias-primas e fornecedores de mão de obra superexplorada, portanto possuem o seu desenvolvimento moldado pelo exterior.

Segundo Quijano (2005), no processo de colonialismo, a ideia de raça e divisão do trabalho serão associados e fortalecidos mutuamente. A ideia de raça irá diferenciar os conquistadores e os conquistados e será relacionada com estrutura biológica e fenótipo e, ainda, irá colocar os não europeus, em especial os índios americanos e os africanos na posição de inferioridade, relacionando-os ao primitivo, ao não civilizado.

Isso favorece a divisão e a exploração do trabalho por meio do controle da produção, apropriação e distribuição dos produtos. Neste processo, organiza-se uma forma de trabalho que explora o trabalho dos índios e, posteriormente, dos escravos africanos, em um relação não mercantil, não paga, não assalariada e sustentada na ideia de raças inferiores. Desde o começo, portanto, há uma associação entre branquitude social e salário e, também, com os postos de mando da administração colonial (QUIJANO, 2005).

Sem nenhum interesse nacional, a burguesia latino-americana nasce voltada a atender aos interesses dos pares europeus (e, mais tarde, do capital financeiro internacional), posicionando-se contrária à democratização social e política, ou ainda, à construção de sociedades que respeitem os modos de vida, a cultura, a língua, as crenças, os territórios dos povos originários.

Conforme demonstra Quijano (2005), o processo de homogeneização da população, considerado necessário à constituição de um Estado moderno à europeia, levou ao extermínio dos povos originários nos países do Cone Sul da América, em especial na Argentina, no Chile e no Uruguai e, ainda, a imposição de uma ideologia da “democracia racial” que mascara o preconceito com índios e negros no Brasil.

Lugones (2014) também realiza importantes contribuições para compreensão do movimento colonial ao apontar que, além da inseparabilidade da raça e da exploração capitalista, a colonização realizou um processo de redução das pessoas, ao tornar o/a colonizado/a menos que seres humanos, destacando a consequência desse processo na vida das mulheres e no controle da sexualidade.

Estão postos alguns dos elementos que contribuem para explicar, por exemplo, o entendimento de que uma sociedade capitalista moderna¹ deveria se assemelhar à sociedade europeia, realizando um processo de modernização linear, de transição agrária para a urbana e industrial, desconsiderando, assim, a realidade local, em que coexistem várias formas de organização do trabalho – trabalho coletivo, trabalho mercantil, trabalho escravo – não apenas o agrário e, mesmo esse, não se assemelha ao feudal.

Desconsiderando, também, as necessidades sociais da população que precisam ser atendidas, a proteção social, como organização social voltada para o atendimento das necessidades humanas básicas, é anterior ao capitalismo, uma vez que as comunidades e as famílias sempre se voltaram a garantir a vida e o bem-estar de seus membros. No capitalismo, contudo, isso se transforma substantivamente devido às mudanças do modo de vida, e o Estado e o mercado são instituições que passam a interferir e direcionar a forma como a proteção social é garantida.

Se a burguesia latino-americana nunca esteve voltada às necessidades nacionais, tem se valido do Estado para manter a histórica-estrutural-dependência, assim como as desigualdades econômicas, sociais e políticas internas. Isso se dá porque o Estado desenvolverá um papel peculiar nas sociedades latino-americanas, tanto que Rouquié (1982) afirma que foi o Estado colonial que contribuiu para erigir e estabelecer os grupos sociais dominantes mediante a distribuição de terras, de créditos e das políticas de trabalho voltadas à imigração.

Compreende-se que as políticas sociais desenvolvidas pelos Estados capitalistas são respostas às expressões da questão social, resultado da organização social capitalista, fundada na apropriação privada da riqueza socialmente produzida. Na América Latina a questão social tem seu cerne na colonização, expressa na violência, estupro, controle da reprodução, exploração do trabalho, desapropriação das terras, assassinatos, apropriação das riquezas naturais que geraram resistência e lutas sociais, as quais foram (e ainda são, em parte) respondidas com repressão e violência.

¹ “Se o conceito de modernidade refere-se única ou fundamentalmente às idéias de novidade, do avançado, do racional-científico, laico, secular, que são as idéias e experiências normalmente associadas a esse conceito, não cabe dúvida de que é necessário admitir que é um fenômeno possível em todas as culturas e em todas as épocas históricas. Com todas as suas respectivas particularidades e diferenças, todas as chamadas *altas culturas* (China, Índia, Egito, Grécia, Maia-Asteca, Tautantinsuio) anteriores ao atual sistema-mundo, mostram inequivocamente os sinais dessa modernidade, incluído o racional científico, a secularização do pensamento, etc.” (QUIJANO, 2005, p. 231).

Nesta região, a questão social está indissociável da questão étnico-racial e de gênero, uma vez que as mulheres negras e indígenas são as mais pobres, pois, quando se inserem no mercado de trabalho, lhes são atribuídas socialmente posições no mercado informal, desprotegido, mal-pago, em condições precárias. Às mulheres cabe ainda, predominantemente, o trabalho doméstico e de cuidados, ocasionando dupla e tripla jornada.

O racismo estrutural, conforme apresenta Almeida (2019, p. 50-51), decorre do modo como “se constituem as relações políticas, econômicas e jurídicas e até familiares”. O racismo, na condição de “processo histórico e político, cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática.”

Os sistemas públicos de proteção social reproduzem esse movimento ao elegerem os trabalhadores urbanos industriais e os funcionários públicos (imigrantes, homens, brancos) como os primeiros a serem protegidos pelo Estado, associados ao movimento de incentivo à urbanização e à industrialização com substituição de importações, no contexto do Estado desenvolvimentista do século 20, em especial entre os anos 1920-1980.

O trabalho assalariado estava voltado aos imigrantes, especialmente europeus. Enquanto os escravos, a exemplo do Brasil, permaneceram sem políticas indenizatórias, os imigrantes que foram trabalhar no setor agrícola receberam incentivos dos governos e aqueles que foram para os centros urbanos tiveram acesso privilegiado ao trabalho assalariado e protegido. Essas primeiras medidas públicas de proteção social tinham caráter contributivo, baseadas nas ideias bismarkianas de seguro social,² advindas do modelo europeu.

No final do século 20, desde os anos 80, se generalizam as políticas de proteção social. Isso se dá no contexto de orientação econômica e política neoliberal, a partir do Consenso de Washington. Segundo Draibe e Riesco (2011), as características da proteção social, a partir desse período, são: a provisão mercantil de bens e serviços, a expansão de programas focalizados nos mais pobres, as redes sociais de proteção mínima, os programas de transferência de renda e a crescente expansão das Organizações Não Governamentais – ONGs.

A agenda principal será o combate à pobreza, contudo a pobreza no neoliberalismo é entendida como “responsabilidade individual ou coletiva dos setores por ela atingidos”, como “fenômenos naturais ou produzidos pelo comportamento dos sujeitos que os padecem.” Seu enfrentamento será focalizado, precarizado, passível de clientelismo, quando não realizado por instituições mercantis ou pela sociedade civil organizada (MONTAÑO, 2012, p. 3).

Ao desvincular a discussão da pobreza da histórica-estrutural-dependência dos países do Cone Sul da América Latina são reproduzidas, institucionalmente, as desigualdades econômica, social e política, tendo as políticas de proteção social mantido privilégios e penalizado os mais pobres.

Compreende-se que reformas estruturais como, por exemplo, modificar a forma de arrecadação estatal (taxando as propriedades e grandes fortunas em vez dos salários e do consumo), investir em políticas afirmativas e de proteção social universal, em detrimento do pagamento da dívida externa e rediscutir as prioridades do processo de desenvolvimento e a sociedade que queremos viver, são questões urgentes em vários países.

Ao ingressar no século 21, decorrente deste processo perpetuador de desigualdades, ocorrem mudanças consideráveis nos sistemas de proteção social. Os avanços sociais são instituídos em vários países, em especial durante o giro à esquerda no Cone Sul (2002-2018).³ Não foram suficientes, contudo, para romper com o projeto econômico e político neoliberal, por isso a expressão liberalismo de esquerda marca as primeiras duas décadas.

Diante disso, a proteção social permanece tendo como base a organização social do trabalho, com centralidade no sistema contributivo, enquanto que os programas de benefícios de caráter não contributivo estão sendo desenvolvidos de forma focalizada na população em situação de pobreza, como demonstrado nas próximas seções.

² O seguro social surgiu na Alemanha impulsionado pelo chanceler Otto von Bismarck entre 1883 e 1889, que estabeleceu a proteção dos trabalhadores contra os riscos sociais da idade, invalidez e da doença, com obrigatoriedade de contribuição de trabalhadores e empregados e regulado pelo Estado (MESA-LAGO, 2006).

³ Na Argentina: Cristina Kirchner (2007-2015); no Brasil: Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) e Dilma Rousseff (2011-2016); no Chile: Bachelet (2006-2010); no Paraguai: Fernando Lugo (2008-2012); e, no Uruguai: Pepe Mujica (2005-2010) e Tabaré Vázquez (2005-2020)

3 A CENTRALIDADE DO SISTEMA CONTRIBUTIVO NOS PAÍSES DO CONE SUL DA AMÉRICA LATINA

Nos marcos do desenvolvimento do capitalismo nos países do Cone Sul da América Latina no século 20, a partir dos anos 20, correlacionados ao processo de industrialização e urbanização, começam a ser postas em prática as primeiras medidas de proteção social pública, vinculadas à organização social do trabalho, em especial na Argentina, Brasil, Chile e Uruguai, enquanto o Paraguai iniciará somente na década de 40 (MESA-LAGO, 2006).

As primeiras medidas de seguro social tinham como característica privilegiar a extensão dos riscos cobertos, mais do que a extensão da população atendida. Além disso, estava voltada aos setores mais organizados da classe trabalhadora que possuíam poder de pressão sobre o Estado, em especial os setores econômicos estratégicos e aqueles de interesse do Estado de cooptação, neutralização e controle por meio dos benefícios sociais, como os servidores civis, professores e militares (MESA-LAGO, 2006).

Silva (2008) demonstra o papel dos grupos classistas e setoriais organizados nas reivindicações de políticas de seguro social, levando para a arena política as necessidades sociais e o Estado desenvolvendo um papel ativo nas respostas seletivas. Consequência deste processo é que as categorias menos organizadas, como os trabalhadores autônomos, trabalhadores rurais e trabalhadores domésticos foram os últimos a serem incorporados ao sistema. O atendimento seletivo dificultou o entendimento dos benefícios sociais como direito social, os quais, historicamente, foram percebidos como privilégio de algumas categorias.

O seguro social, como uma segurança ofertada àqueles que contribuem de forma obrigatória ao ingressar no mercado formal ou, mais tarde, de forma facultativa, garantem, por exemplo, os regimes de pensão, licenças remuneradas, seguros saúde e desemprego, de forma proporcional à contribuição efetuada.

Segundo Boschetti (2009), historicamente, ter um contrato de trabalho sempre foi condição ao acesso à seguridade social, por isso a universalização do acesso pressupõe a universalização do direito ao trabalho. O modelo vigente tem sido o europeu, desenvolvido no período entreguerras (entre as décadas de 40-70), permanecendo com maiores ou menores modificações.

A configuração da seguridade social se dará de forma diferenciada nos países, conforme as concepções adotadas pelas sociedades. A expressão foi usada pela primeira vez nos Estados Unidos em 1935, contudo vinculado à ideia de seguro social. O conceito de seguridade social como direito social que envolve os seguros sociais, a assistência social e os seguros voluntários complementares foi desenvolvido pelo inglês William Beveridge em 1942 (MESA-LAGO, 2006).

A seguridade social pode abranger o seguro social ou previdenciário e/ou de saúde (exemplo da Argentina, do Chile, do Uruguai e do Paraguai) e, ainda, incluir outras políticas de natureza não contributiva como o direito à saúde com caráter universal e a assistência social com características de seletividade (exemplo do Brasil).

Esse formato de proteção social, entretanto, tem sido, historicamente, excludente na América Latina, devido à instabilidade do mercado de trabalho e alto índice de informalidade, que chega à metade da população, além do desemprego e dos trabalhos precários. Além disso, gera desigualdades entre os trabalhadores, principalmente entre os funcionários públicos e privados, militares e trabalhadores de áreas urbanas e rurais.

Outros indicadores apontam para as desigualdades também entre os/as trabalhadores/as: os homens, de maior renda e com maior escolaridade são os que mais contribuem para os sistemas de seguro social. A participação feminina no trabalho formal é de 56%, enquanto a dos homens é de 83% na região, por isso, no Chile e no Brasil, por exemplo, uma proporção significativa das mulheres acessam aposentadoria de forma indireta (pensão dos cônjuges) (OECD, 2015).

A maioria das mulheres precisa conciliar o trabalho remunerado com o trabalho doméstico e de cuidados, por isso inserem-se no mercado de trabalho informal, desprotegido, com baixa remuneração, o que repercute no acesso aos sistemas de seguro social. Destaca-se que a contribuição econômica do trabalho não remunerado realizado nos domicílios equivale a entre 15,2% e 24,2% do PIB da região, cifra que é superior a muitas atividades econômicas de vários países (CEPAL, 2019).

A situação dos autônomos também é de fragilidades, uma vez que a estimativa é que apenas 17 a cada cem profissionais contribuem para os sistemas de seguro social, enquanto que esse número para assalariados é de 64 a cada cem. Ademais, somente entre 20% e 40% dos trabalhadores de menor renda contribuem e, quando combinado com a escolaridade esse número é ainda menor, por exemplo, no Paraguai, menos de 5% dos trabalhadores com menor escolaridade possui emprego formal (OECD, 2015).

A cobertura do seguro social/previdenciário nos países da América Latina e Caribe varia conforme o país e a configuração do sistema, se é público, de capitalização individual ou misto.⁴ Em 2010, segundo Bosch, Melguizo e Pagés (2013), a média de cobertura era de 44,7% da população. Os autores exemplificam a baixa cobertura com a situação dos idosos, a cada cem idosos, apenas 40 recebiam aposentadoria por contribuição, 20 recebiam aposentadoria não contributiva e 40 precisam continuar trabalhando e/ou dependiam das famílias e da comunidade para sobreviver.

O Quadro 1 apresenta informações dos países do Cone Sul sobre a cobertura do seguro social/previdenciário no ano de 2018:

Quadro 1 – Cobertura Seguro Social/Previdenciário no Cone Sul da América Latina em 2018⁵

País	Argentina	Brasil	Chile	Uruguai	Paraguai
Cobertura Seguro Social/ Previdência Social	51,0%	63,5%	70%	71%	22,8%

Fonte: Argentina: OECD (2015); Brasil: IBGE (2020); Uruguai e Chile: CEPAL (2019); Paraguai: MTESS (2018).

O Paraguai tem a menor cobertura previdenciária do Cone Sul, apresenta diversidade na forma de filiação devido à existência de vários institutos de seguro social, o que causa diferenças entre as contribuições e benefícios; a cobertura entre funcionários públicos é maior, comparado aos funcionários privados (MTESS, 2018).

Chile e Uruguai apresentam as maiores coberturas da América Latina, segundo o OECD (2015), devido às melhores rendas no padrão regional, entretanto esse percentual é baixo se analisado em escala mundial. Esses dois países têm mantido os níveis de cobertura desde a década de 90, com dificuldades na ampliação dos segurados.

Estudo de Bosch, Melguizo e Pagés (2013) apontou que a aposentadoria, por exemplo, contribui com a redução de desigualdades e da pobreza, especialmente no Uruguai, no Brasil e na Argentina. Precisa integrar políticas contributivas e não contributivas para que amplie a cobertura e o acesso à proteção social.

4 O SISTEMA NÃO CONTRIBUTIVO: Focalização na Pobreza

A proteção social desenvolvida pelo Estado capitalista opera na tensão entre seguro e assistência social. Os destinatários do sistema contributivo são aqueles que estão inseridos no mercado de trabalho formal, enquanto os beneficiários do sistema não contributivo são, prioritariamente, os trabalhadores que estão na informalidade e no desemprego, a população idosa, crianças, gestantes e pessoas com deficiência em situação de pobreza.⁶

Na perspectiva neoliberal os benefícios sociais não devem desestimular o trabalho, garantindo a disponibilidade de mão de obra para o capital, por isso os benefícios não contributivos tendem a ter menor valor do que os contributivos. Inclusive o valor deve estar desvinculado do salário mínimo nacional e ser focalizado naqueles que não possuem renda ou vivem na extrema pobreza.

⁴ A heterogeneidade marca os sistemas de seguro social da América Latina, não havendo um modelo único. Após a década de 80 vários países realizam reformas em seus sistemas, visando à retração estatal e à ampliação do setor privado. Em alguns países a participação privada passou a ser predominante (exemplo do Chile), ou outros de forma complementar ou concorrente (como a Argentina e o Uruguai), e em outros a predominância é pública (como o Brasil).

⁵ Apenas a Argentina possui os dados de 2010, os demais países estão com dados de 2018.

⁶ Dados da Cepal-OPS (2020) indicam que 54% da população entre 15 e 59 anos da América Latina estão na informalidade e 8,1% em situação de desemprego. A pobreza afeta mais a infância, as mulheres e idosos. Estima-se ainda que 12% da população da região possua alguma deficiência.

A focalização distingue os “merecedores” da atenção pública e aqueles que não correspondem aos objetivos dos programas e das instituições, estigmatizando os pobres e culpabilizando-os pela situação de pobreza. Há ainda um caráter fiscalizador do Estado ao colocar os beneficiários como possíveis “fraudadores” das regras dos benefícios sociais.

Entre os elementos que explicam a persistente situação de pobreza da maioria da população latino-americana está o fato de que as sociedades periféricas não conseguem estabelecer padrões de desenvolvimento e de acesso à renda e ao consumo como os países centrais. Este fato deve-se à concorrência desigual no mercado mundial, que exige um processo de superexploração da força de trabalho para garantir a acumulação capitalista, o que só é possível com rebaixamento salarial e níveis altos de desemprego e informalidade (ARAUJO, 2018).

A questão social expressa-se, principalmente, na superexploração do trabalho e na situação de pobreza de grande contingente da população da região. A pobreza não está relacionada apenas com a renda, mas ao acesso à educação, à saúde, ao saneamento básico, à cultura, ao esporte, à participação social, entre outros elementos indispensáveis para a sociabilidade humana.

A Cepal (2020) destaca que a pobreza afeta mais indígenas e afrodescendentes, os quais correspondem a 10% e 21% da população da América Latina, respectivamente, e vivem em piores condições socioeconômicas, possuem mais dificuldades de acesso à proteção social e ao mercado de trabalho comparados com o restante da população. A pobreza atinge mais as crianças e adolescentes (menores de 15 anos), as mulheres e a população rural.

A questão social também se manifesta no processo de luta social e reivindicações dos/as trabalhadores/as pelo acesso à riqueza socialmente produzida. Segundo Araujo (2018), é o apassivamento via repressão e/ou via cooptação das lutas sociais na região pela burguesia e pelo Estado capitalista que coloca limites à garantia de direitos sociais.

A pobreza está vinculada com a desigualdade social, uma vez que a América Latina é a região mais desigual do mundo (CEPAL-OPS, 2020). Os 10% mais ricos concentram 37% da riqueza e os 40% mais pobres recebem apenas 13% da riqueza, segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2019).

O Quadro 2 expõe os dados de pobreza, extrema pobreza e índice Gini⁷ dos países do Cone Sul.

Quadro 2 – Pobreza, Extrema Pobreza e Gini nos países do Cone Sul da América Latina em 2018⁸

País	Argentina	Brasil	Chile	Uruguai	Paraguai
Situação de Pobreza	24,4%	19,4%	10,7%	2,9%	19,5%
Situação de Extrema Pobreza	3,6%	5,4%	1,4%	0,1%	6,5%
Índice Gini	0,41	0,54	0,45	0,39	0,47

Fonte: CEPALSTAT (2020).

O Uruguai e o Chile têm os menores indicadores de pobreza e desigualdade da região, o que pode ser relacionado com melhores rendas e coberturas do seguro social, assim como serem pioneiros nas medidas de proteção social pública, como referido anteriormente. Já o Brasil e o Paraguai têm piores índices de pobreza e desigualdade, com o Brasil destacando-se em âmbito regional como o mais desigual.

Cecchini, Filgueira e Robles (2014) ao realizarem um estudo comparado na região, utilizando indicadores sobre o mercado de trabalho, dados demográficos, acesso à educação e saúde e PIB *per capita*, classificam o Paraguai como um dos países com brechas severas de proteção social, enquanto Argentina, Brasil, Chile e Uruguai estão do lado oposto, como países com brecha moderada.

⁷ O coeficiente de Gini, indicador que mede a desigualdade, varia entre 0 e 1 e, quanto mais elevado, maior a desigualdade registrada.

⁸ Apenas os dados do Chile são de 2017, os demais são dados de 2018.

A valorização do salário mínimo e as transferências de renda são colocadas como indutores da diminuição da desigualdade social e da pobreza. Precisam integrar, articular e mobilizar, contudo, diferentes políticas sociais, ofertando serviços básicos que garantam a autonomia às famílias, especialmente às mulheres, que são colocadas como as principais responsáveis pelo bem-estar do grupo familiar.

Na América Latina a família tem sido, historicamente, o principal pilar de proteção social, o que pode ser constatado pelo formato dos benefícios não contributivos que têm as famílias (e não os indivíduos) como público-alvo, e o Estado apenas transfere renda se estas não tiverem condições de manter seus membros.

Destaca-se ainda a participação da comunidade na proteção social por meio de redes de solidariedade informal, por exemplo, vizinhança, grupo de mulheres e grupos religiosos e Organizações Não Governamentais – ONGs – formalmente instituídas, com práticas voluntaristas e clientelistas, desenvolvidas com apoio do poder público, via isenção de impostos ou incentivos monetários.

O enfoque neoliberal de combate à pobreza via transferência condicionada de renda também favorece o mercado pela financeirização da política social em duas vias: o pagamento realizado à instituição bancária pela intermediação no acesso ao benefício pela população por número de beneficiários e a cidadania sendo acessada via consumo, o que desvincula a proteção social do direito social devido pelo Estado (ARAUJO, 2018).

A contradição dos programas de transferência condicionada de renda está no fato de um lado atender a uma necessidade imediata da população que necessita desses recursos para sobreviver, contribuir com a redução do trabalho infantil e ao acesso à renda pelas mulheres. E, de outro, desvincular a discussão da pobreza de suas múltiplas determinações e dos elementos estruturais de desigualdade econômica e social das sociedades latino-americanas.

O sistema não contributivo é financiado por impostos que incidem sobre o consumo, pois são regressivos e indiretos, por isso recaem sobre os mais pobres. Deveriam voltar-se a atender às necessidades sociais da população, ofertando serviços públicos e universais de qualidade e garantindo benefícios sociais no valor do salário mínimo nacional.

O Quadro 3 reúne informações sobre os Programas Condicionados de Transferência de renda dos países do Cone Sul, no qual observa-se os destinatários, o valor do benefício (em dólar) e a cobertura (%).

Quadro 3 – Programas Condicionados de Transferência de Renda no Cone Sul da América Latina em 2018

País	Programa	Destinatários	Valor (US\$)	Cobertura
Argentina	Asignación Universal por Hijo para Protección Social (2009-)	Famílias com pessoas menores de 18 anos ou com deficiências. Mulheres grávidas desempregadas ou no trabalho informal. Empregados domésticos com renda menor que 1 salário mínimo e monotributistas sociais.	Entre 64,6 e 1400,0	26,68%
	Programa de Ciudadanía Porteña (2005-)	Residentes em Buenos Aires em situação de pobreza.	Entre 12,5 e 612,6	0,32%
Brasil	Programa Bolsa Família	Famílias em situação de pobreza e extrema pobreza.	Entre 5,6 e 66,30	24,83%
	Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti) (1996-)	Famílias pobres com crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil.	Entre 7,9 e 12,7	0,05%
Chile	Chile Seguridades y Oportunidades (2012-)	Famílias em situação de extrema pobreza.	Entre 48 e 79	4,44%
	Subsidio Único Familiar (1981-)	Pessoas menores de 18 anos, mulheres grávidas, mulheres com filhos, pessoas com deficiência.	35,4	19,00%
Paraguai	Abrazo (2005-)	Famílias com situação de trabalho infantil.	Entre 5,69 e 96	0,15%
	Tekoporâ (2005-)	Famílias em situação de extrema pobreza, mulheres grávidas, famílias monoparentais com crianças, pessoas com deficiência, indígenas.	Entre 4 e 102,9	12,21%

Uruguai	Asignaciones Familiares (2008-)	Famílias em situação de pobreza	Entre 48,7 e 340,9	18,46%
	Tarjeta Uruguay Social (2006-)	Famílias em situação de extrema pobreza e pessoas trans (transexuales, travestis e transgénero).	Entre 32,3 e 173,6	12,04%

Fonte: CEPAL (2020) Base de datos de programas de protección social no contributiva en América Latina y el Caribe.

Os Programas são voltados aos grupos familiares em situação de pobreza, com valores variáveis conforme a composição familiar. Observa-se, contudo, que são valores baixos, desvinculados do salário mínimo nacional e de baixa cobertura, se considerarmos que mais da metade da população da região encontra-se em situação de informalidade.

O Estado uruguaio tem avançado na aproximação com as pautas progressistas, em especial com a discussão sobre a igualdade de gênero, a legalização do aborto, o respeito à diversidade, a legalização da maconha. Esse debate tem impulsionado outros países na região. Destaca-se que essa aproximação com pautas progressistas reflete-se na inclusão de pessoas trans (transexuais, travestis e transgêneros) em situação de pobreza como público-alvo do Programa Tarjeta Social.

As condicionalidades dos programas de transferência de renda, de modo geral, estão voltadas ao acesso às políticas sociais de educação (frequência e aproveitamento escolar) e de saúde (vacinação, acompanhamento prenatal), direitos sociais básicos que devem ser garantidos pelo Estado. As penalidades ao descumprimento são progressivas, da suspensão ao cancelamento do benefício.

Destaca-se, conforme Araujo (2018), a influência do economista indiano Amartya Sen, o qual defende que a simples redistribuição é prejudicial ao mercado, por isso as condicionalidades investem no “empoderamento” individual, na habilitação e na capacitação dos mais pobres para ingresso no mercado de trabalho, o que reatualiza a moralização e individualização da situação de pobreza.

Além dos programas condicionados de renda, os países da região do Cone Sul possuem benefícios não contributivos voltados a idosos e pessoas com deficiência que não possuem seguro social e estão em situação de pobreza, conforme o Quadro 4:

Quadro 4 – Benefícios não contributivos no Cone Sul da América Latina em 2018

País	Benefício	Público-alvo	Valor (US\$)	Cobertura (nº. beneficiários)
Argentina	Pensión Universal para el Adulto Mayor (2016-)	Maiores de 65 anos.	269,96	115.377
	Programa de Pensiones no Contributivas (1948-)	Maiores de 70 anos; Mulheres com 7 ou mais filhos vivos; Pessoas com deficiência; Pessoas beneficiárias por leis especiais.	Entre 231,9 e 312,1	1.420.438
Brasil	Benefício de Prestação Continuada (1996-)	Maiores de 65 anos e pessoas com deficiência em extrema pobreza.	261,1	4.651.924
	Previdência Rural (1993-)	Pessoas residentes em área rural ou urbanas de até 50.000 habitantes com desempenho econômico em área rural ou pesca artesanal. Pessoas com deficiência que vivem na área rural.	261,1	6.957.148
Chile	Pensión Básica Solidaria (ex-Pasis) (2008-)	Maiores de 65 anos e pessoas com deficiência entre 18 e 65 anos em situação de pobreza.	494,5	585.212
Paraguai	Pensión Alimentaria Para Adultos Mayores en Situación de Pobreza (2009-)	Maiores de 65 anos em situação de pobreza.	92,1	191.995
Uruguai	Pensiones no contributivas por vejez e invalidez (1919-)	Maiores de 70 anos ou pessoas com deficiência.	329,6	84.783

Fonte: CEPAL (2020) Base de datos de programas de protección social no contributiva en América Latina y el Caribe.

Os benefícios sociais destinados a idosos e pessoas com deficiência, no valor de um salário mínimo nacional, poderiam impactar ainda mais na diminuição da situação de pobreza desses grupos e da desigualdade social na região se estivessem vinculados à lógica social, como direito de todos os/as idosos e pessoas com deficiência, independentemente da comprovação da insuficiência de renda, tendo em vista que o atual formato destina-se aos comprovadamente pobres.

A relação dos dados sobre a situação de pobreza, benefícios contributivos e não contributivos apresentam um panorama da proteção social no Cone Sul da América Latina. Constata-se diferenças significativas entre os países, estando Paraguai e Uruguai em lados opostos, o que revela a necessidade de uma análise histórico-social de cada país para identificar os trajetórias e os principais desafios de se romper com a lógica do seguro na proteção social pública, visando a sua universalização e a construção de sistemas de proteção social a partir da realidade local.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os modelos de proteção social pública adotados pelo Cone Sul da América Latina desde o século 20 têm como referência as experiências europeias e vinculam-se à organização social do trabalho assalariado. Os limites desses sistemas têm sido objeto de problematização das sociedades, principalmente em relação ao acesso, aos valores e à cobertura.

O mercado de trabalho instável (grande rotatividade de profissionais, de empresas pequenas que não se mantêm, entre outros elementos), a crescente informalidade e desemprego são aspectos que tencionam a proteção social pública, que precisa ser repensada à luz das necessidades sociais da população.

Neste processo, o revisionismo histórico é importante para se compreender os limites do Estado capitalista na região para garantir a proteção social pública, assim como as dívidas com os povos originários e africanos que precisam ser sanadas por meio de políticas de proteção social, políticas afirmativas e políticas de valorização cultural, devido ao permanente extermínio desses povos.

Destacam-se dois elementos da questão social: a primeira é a superexploração do trabalho e, consequentemente, a situação de pobreza da população e a segunda, a forma clientelista e de cooptação das lutas sociais, assim como a antecipação de suas reivindicações. Resultado desse processo de luta social e resistência são os sistemas contributivos e não contributivos que estão sendo desenvolvidos.

Os países do Cone Sul – Argentina, Brasil, Chile, Uruguai e Paraguai – possuem questões em comum devido ao colonialismo, mas, entre si, grande diversidade. Os dados apresentados sobre os benefícios e programas sociais desenvolvidos pelos países exigem o aprofundamento na análise histórico-social de cada sociedade e a realização de novas pesquisas para explicar os principais desafios de cada país.

Por fim, destaca-se que a redistribuição da riqueza socialmente produzida por meio da valorização do salário mínimo e dos benefícios sociais é um dos mecanismos que pode contribuir para a diminuição da pobreza e da desigualdade social na região, mas precisa estar combinada com reformas estruturais, como a forma de arrecadação.

Compreende-se também que o atual formato da proteção social pública não está sendo capaz de atender às necessidades da população porque está desvinculada da questão econômica e política, atuando em questões emergenciais. Torna-se urgente debater socialmente a atual ação estatal no Cone Sul da América Latina.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

ARAUJO, Ricardo Souza. *Financeirização e focalização da Assistência Social na América Latina: um debate sobre os Programas de Transferência de Renda*. JORNADAS BOLIVARIANAS, 14., 2018. Florianópolis: UFSC; Instituto de Estudos Latino-Americanos – Iela, 2018.

BOSCH, Mariano; MELGUIZO, Ángel; PAGÉS, Carmen. *Melhores aposentadorias melhores trabalhos em direção à cobertura universal na América Latina e no Caribe*. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2013.

BOSCHETTI, Ivanete. *Seguridade Social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação*. In: CFESS – Conselho Federal de Serviço Social. *Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais*. Brasília: Cead; UnB, 2009. p. 323-340.

- CECCHINI, Simone; FILGUEIRA, Fernando; ROBLES, Claudia. *Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe: una perspectiva comparada*. Santiago, Chile: Cepal, 2014. (Serie Políticas Sociales, n° 202).
- CEPAL. Comissão Econômica para América Latina e Caribe. *Base de datos de programas de protección social no contributiva en América Latina y el Caribe*. Disponível em: <https://dds.cepal.org/bpsnc/acerca?bd=ilp>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- CEPAL. Comissão Econômica para América Latina e Caribe. *Panorama Social da América Latina 2018*. Documento informativo. Santiago: Cepal, 2019.
- CEPALSTAT. Comissão Econômica para América Latina e Caribe/Estatística. *Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas*. Disponível em: <https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/portada.html>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- CEPAL-OPS. Comissão Econômica para América Latina e Caribe e Organização Panamericana de Saúde. *Informe Covid-19: Salud y economía: una convergencia necesaria para enfrentar el Covid-19 y retomar la senda hacia el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe*. Santiago: Cepal, jul. 2020.
- DRAIBE, Sônia M.; RIESCO, Manuel. Estados de Bem-Estar Social e estratégias de desenvolvimento na América Latina. Um novo desenvolvimentismo em gestação? *Dossiê Sociologias*, Porto Alegre, a. 13, n. 27, p. 220-254, maio/ago. 2011.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios*. Fev. 2020.
- LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Estudos Feministas*, Florianópolis, p. 935-952, set./dez. 2014.
- MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social*. Trad. Secretaria de Políticas de Previdência Social. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2006.
- MONTAÑO, Carlos. Pobreza, “questão social” e seu enfrentamento. *Revista Serviço Social e Sociedade*, n. 110, São Paulo: abr./jun. 2012, p. 270-287.
- MTESS. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. *Boletín Estadístico de Seguridad Social*. Asunción, Paraguay: MTESS, 2018.
- OECD. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Um panorama dos sistemas previdenciários na América Latina e no Caribe*. Brasília, DF: OECD, Banco Mundial, BID, 2015.
- PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do Desenvolvimento Humano*. New York: PNUD, 2019.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Clacso, set. 2005. p. 227-278. (Colección Sur Sur).
- ROUQUIÉ, Alain. *O Estado Militar na América Latina*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1982.
- SILVA, Sidney Jard da. Novos modelos previdenciários na América Latina: lições da experiência Argentina. *Revista de Economia Política*, v. 28, n. 2, p. 312-330, abr./jun. 2008.

INDÍGENAS KAINGANG DA COMUNIDADE FOXÁ, EM LAJEADO/RIO GRANDE DO SUL: Direito de Acesso aos Benefícios da Previdência Social

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.165-179>

Recebido em: 20/5/2020

Aceito em: 26/6/2020

Luís Fernando da Silva Laroque

Graduação em Estudos Sociais (1992) e em História (1996) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos1996). Mestrado em História (2000) e Doutorado em História (2006) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor da Universidade do Vale do Taquari (Univates) e professor da rede de ensino do Estado do Rio Grande do Sul. Trabalha com os seguintes temas: populações indígenas, cultura, etno-história, arqueologia, territorialidades, fronteiras, grupos étnicos, agricultura familiar, história ambiental, história regional e história do Brasil. <http://lattes.cnpq.br/6550642682865922>. <https://orcid.org/0000-0003-1861-4679>. lfaroque@univates.br

Débora Pires Medeiros da Silva

Graduanda do Curso de Direito da Universidade do Vale do Taquari/RS (Univates). <http://lattes.cnpq.br/2367232920931225>. <https://orcid.org/0000-0003-4642-9411>. debora.silva1@universo.univates.br

Fernanda Storck Pinheiro

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS, 2014). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc, 2003). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc, 2000). Professora do curso de Direito da Universidade do Vale do Taquari Univates. Professora colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Ambiente e Desenvolvimento – PPGAD Mestrado e Doutorado da Univates. Tem experiência acadêmica na área de Direito, com ênfase em Direito e Processo do Trabalho nos seguintes temas: tutela coletiva, acesso à justiça e direitos fundamentais dos trabalhadores. Tem experiência profissional na área de Gestão Universitária. <http://lattes.cnpq.br/2051002287550023>. <https://orcid.org/0000-0002-2521-5417>. fernandapinheiro@univates.br

RESUMO

O presente trabalho tem por base diálogo com um servidor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a respeito dos benefícios da Previdência Social requeridos por indígenas Kaingang. Os Kaingang, segundo o IBGE (BRASIL, 2012), correspondem a cerca de 38 mil pessoas aproximadamente e a comunidade estudada, denominada de Terra Indígena Foxá, localiza-se no contexto urbano do município de Lajeado/RS. O objetivo deste estudo consistiu em identificar os desafios do acesso aos direitos da Previdência Social por integrantes da comunidade indígena Kaingang Foxá. Do ponto de vista metodológico tratou-se de uma pesquisa qualitativa e os procedimentos metodológicos consistiram em levantamento bibliográfico, documental e pesquisa de campo acerca do acesso aos direitos da Previdência Social por indígenas, a partir de relatos de um servidor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Por fim, constatou-se que não há benefícios previdenciários destinados aos Kaingang investigados devido a sua condição de índios, devendo essa população preencher os mesmos requisitos que os não índios quando na percepção de quaisquer benefícios da Previdência Social. Devido às atividades exercidas pelos indígenas, contudo, normalmente estes são enquadrados como segurados especiais, sendo a referida qualidade comprovada por meio da certidão emitida pela Funai que descreve a condição de índio e as atividades desenvolvidas.

Palavras-chave: Direito previdenciário. Previdência social. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Indígenas. Kaingang.

KAINGANG INDIGENOUS PEOPLE FROM THE FOXA COMMUNITY, FROM LAJEADO/RIO GRANDE DO SUL: RIGHT OF ACCESS TO SOCIAL SECURITY BENEFITS

ABSTRACT

The article is based on dialogue with a National Institute of Social Security (INSS) server about the security benefits required by Kaingang indigenous people. The Kaingang, according to IBGE (2012), correspond to approximately 38,000 people and the Community studied, called "Terra Indígena Foxá", is located in the urban context of Lajeado/RS city. The aim of this study was to identify the challenges of access to Social Security rights by members of the Kaingang Foxá indigenous community. From the methodological point of view, this was a qualitative research and the methodological procedures consisted in a biographic, documental and field research on access to Social Security rights by indigenous peoples, based on reports from a National Institute of Social Security (INSS) server. Finally, it was found that there are no social security benefits for the Kaingang indigenous people investigated due to their indigenous status, and this population need to fill the same requirements as non-indigenous to receive any Social Security benefits. However, due to the activities performed by the indigenous people, these are framed as special insured, and this quality is proven through the certificate issued by Funai, which describes the condition of indigenous people and the activities developed.

Keywords: Social security law. Social security; National Institute of Social Security (INSS). Indigenous people. Kaingang.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Histórico dos Kaingang no Rio Grande do Sul e no Município de Lajeado. 3 Previdência Social e as Comunidades Indígenas. 4 Requerimentos de Benefícios da Previdência Social com Relação aos Indígenas: relatos de um servidor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, os Kaingang estão entre um dos maiores povos indígenas do Brasil, compreendendo cerca de 38 mil pessoas (BRASIL, 2012). Os grupos Kaingang estão distribuídos por quatro Estados brasileiros, quais sejam: Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e São Paulo. A comunidade em análise encontra-se na área urbana de Lajeado, município do Vale do Taquari, no Estado do Rio Grande do Sul, e se chama Comunidade Kaingang “Foxá”, cujo significado em Português faz referência às árvores de cedro presentes na aldeia, a qual possui em torno de 30 casas, que abrigam 32 famílias, compostas por aproximadamente 4 integrantes, correspondendo a um total de 128 pessoas.

Para que os dispositivos relacionados à Seguridade Social, mais especificamente à Previdência Social, bem como as normas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto do Índio, sejam efetivos, é necessário que as comunidades indígenas compreendam seus direitos e deveres, principalmente no que se refere aos direitos da Previdência Social, tendo em vista que se trata de dispositivos que, geralmente, modificam-se rapidamente. O presente estudo busca responder ao seguinte questionamento: Quais os desafios do acesso aos direitos da Previdência Social na comunidade indígena Kaingang da Foxá com base em relato de servidor no INSS? Sabe-se que a legislação brasileira garante a proteção dos direitos das comunidades indígenas, bem como a preservação de suas culturas, costumes e tradições. Diante das dificuldades que a comunidade indígena Foxá enfrenta ao acessar os direitos previdenciários pode-se concluir que isso ocorre em razão da falta de políticas públicas que visem à conscientização indígena acerca dos direitos dessa natureza.

Pesquisas que abordam os direitos indígenas são poucos exploradas, evidenciando a falta de conhecimento e intensificando o preconceito existente a respeito dos índios. O estudo acerca do desafio do acesso aos direitos da Previdência Social na comunidade Kaingang Foxá é relevante para a sociedade, pois irá evidenciar os direitos e as dificuldades que a comunidade Foxá enfrenta, servindo como fonte de informação, cuja finalidade é desconstruir preconceitos e pensamentos equivocados que muitos possuem quando se trata dos direitos dos índios.

Apesar de os índios serem os primeiros habitantes do Brasil, atualmente as comunidades indígenas possuem muitas dificuldades na garantia de seus direitos. Esse fato é possível identificar a partir de toda luta que esses povos enfrentaram e enfrentam para ver garantidos os dispositivos previstos na legislação brasileira, a qual, teoricamente, garante a proteção dos direitos das comunidades indígenas, bem como a preservação de suas culturas. Nesse sentido, o presente estudo propôs-se a identificar os desafios do acesso aos direitos da Previdência Social por integrantes da comunidade indígena Kaingang Foxá.

A metodologia utilizada foi do tipo qualitativo, sendo dedutiva e comparativa com relação ao método de abordagem e procedimento, respectivamente. Segundo Chemin (2015), o tipo de pesquisa qualitativa refere-se à investigação de percepções do público em estudo, o que será feito na comunidade Foxá, ao buscar qual a visão e experiências obtidas pelos indígenas ao requererem um benefício previdenciário. De acordo com Gil (2008), o método de abordagem dedutiva ocorre quando parte do geral para o particular e o método de procedimento comparativo se caracteriza quando há investigações de pessoas, destacando suas diferenças.

Por meio desses métodos foi realizada pesquisa de campo mediante um diálogo presencial com servidor do Instituto Nacional do Seguro Social, cuja intenção foi elucidar as dificuldades indígenas, particularmente da etnia Kaingang que também foi observada em incursões a campo, envolvendo os requerimentos de benefícios em via administrativa. O estudo também utilizou instrumentos técnicos, tais como bibliográficos, documentais e pesquisa de campo.

2 HISTÓRICO DOS KAINGANG NO RIO GRANDE DO SUL E NO MUNICÍPIO DE LAJEADO

No século 19, mais especificamente no ano de 1824, começaram a chegar os primeiros imigrantes europeus. Referente aos alemães, estes se estabeleceram em regiões menos ocupadas pelos indígenas, observando-se que a imigração se manteve até meados de 1830, quando foi interrompida pela Guerra Farrroupilha, movimento civil ocorrido entre os anos 1835 e 1845 (NONNENMACHER, 2000).

Diante da vinda da imigração europeia, os colonos tentaram se aproximar dos territórios tradicionais dos Kaingang, contudo esses indígenas não demonstravam interesse pelo contato ou convivência com os brancos. Diante da política colonizatória em territórios do planalto gaúcho, conforme Becker (1975), o governo cogitava reunir e aldear os índios nos Aldeamentos de Guarita, Nonoai e Campo do Meio, pois, assim, haveria mais facilidade em controlá-los e, conseqüentemente, disponibilizar os territórios Kaingang aos colonizadores.

Em virtude do plano governamental, os indígenas eram deslocados para conviver em aldeias, pois apresentavam ameaça aos europeus. Enquanto isso, as terras indígenas eram tomadas cada vez mais pelos colonizadores (OLIVEIRA, 2010). Segundo Nonnenmacher (2000), o propósito do governo era de retirar os índios de suas terras a fim de que os europeus tivessem espaços para se estabelecer. Dessa forma, o indígena era forçado a se instalar em determinados locais, sendo esquecidos e expostos às condições de vulnerabilidades, assim como ocorre nos dias de hoje.

Pesquisas têm demonstrado que os antepassados Kaingang não mantinham muito contato com os colonizadores nos séculos 16, 17 e 18 pelo fato de viverem em territórios de planalto, os quais, em um primeiro momento, não despertaram maior interesse das frentes expansionistas. A partir do século 19 a situação muda e o contato com os não índios tornou-se mais frequente, tendo, em 1848, iniciado com os missionários (BECKER, 1975).

A partir de 1850, após a formação de aldeamentos, em especial o de Nonoai, os territórios Kaingang começaram a enfrentar transformações devido às ações dos colonos. A vinda dos europeus faz crescer o número de habitante nos municípios do Rio Grande do Sul, como Cruz Alta, que, posteriormente, em um de seus distritos, Passo Fundo, possui a sede de um importante aldeamento (NONNENMACHER, 2000). Nos primeiros contatos ocorriam muitas trocas de objetos, uma vez que, com a intenção de iniciar uma relação com os índios, sem que estes se opusessem à sua chegada, os europeus ofereciam presentes ao grupo, os quais, tomados como manifestação de alianças, eram aceitos (OLIVEIRA, 2010).

Becker (1975) descreve que os Kaingang são descendentes dos indígenas Guaianá e também podem ser identificados com outras denominações, como Bugres ou Coroados. A respeito da designação “Coroados”, Mota (2004) destaca que esse foi um nome dado pelos portugueses, pelo fato de os Kaingang costumarem raspar o cabelo na parte superior da cabeça em forma de coroa, muito embora os indígenas não gostassem de serem chamado desta forma.

Ademais, Mota (2004, p. 14) justifica que essa atitude “[...] pode ter sido mais uma maneira de buscar dissolver a etnia Kaingang na população nacional, negando sua autodeterminação e sua identidade”. Ainda assim, contudo, o grupo se defendeu e lutou contra a apropriação de suas terras e a suposta extinção da história brasileira.

De acordo com Tommasino e Fernandes (2001), a designação “Kaingang” foi inserida no contexto histórico ao final do século 19. Outrossim, cumpre informar que há controvérsias acerca de quem começou a utilizar esse nome para denominar o grupo indígena. Mota (2004), entretanto, informa que o termo Kaingang primeiramente foi utilizado pelo engenheiro Franz Keller em 1867 e o pelo sertanista Telêmaco Borba em 1882.

O termo Kaingang significa “povo do mato”, a terra para os Kaingang possui grande importância. Para eles, a terra representa sua grande mãe, pois acreditam que surgiram através dela, por isso a comunidade tem uma ligação muito grande com seu território. Nas comunidades, a terra não serve somente para produzir riqueza, mas também para desenvolver suas práticas culturais (LAPPE; LAROQUE, 2018).

O grupo Kaingang pertence ao tronco linguístico Macro-Jê, família linguística Jê e atualmente possuem vários dialetos. Segundo D’Angelis (2006, p. 1-2), “[...] a língua Kaingang é uma das línguas com maior número de falantes entre as línguas indígenas do Brasil [...] como se espalharam por lugares tão distantes, há tanto tempo, os Kaingang desenvolveram vários dialetos diferentes”.

A respeito da organização das aldeias e número de pessoas, Becker (1975, p. 104) ressalta que, inicialmente, “[...] viviam em pequenos agrupamentos organizados em aldeias; cada aldeia com seu chefe estava composta por 20 a 25 famílias, mas todas as aldeias estavam subordinadas a um cacique geral”. Ademais, viviam em ranchos beira-chão, protegidos com folhas de palmeiras de tamanhos e figuras de acordo com quantidade de pessoas, condição e hierarquia da família (BECKER, 1975).

De acordo com Tommasino e Fernandes (2001), “[...] pode-se relacionar a expansão geográfica dos Kaingang com as pressões que as expedições de conquista foram promovendo”. Nesse período, além do plano governamental, muitos caciques tornaram-se aliados dos brancos e coagiam os grupos a formarem aldeias em lugares mais retirados. Dessa forma, parte dos territórios era liberada aos europeus colonizadores.

Inicialmente, a economia desse grupo foi organizada por meio da caça, pesca, coleta de frutas e agricultura. Segundo Veiga (2006), “A caça incluía os grandes e pequenos mamíferos das florestas subtropicais [...] usavam mais frequentemente caçar aves e animais com seus arcos e flechas, com diferentes tipos de pontas feitas de madeira ou ossos de animais”.

Com relação aos costumes e práticas de rituais, os Kaingang possuem a cosmologia muito presente em sua cultura. Uma das práticas culturais desse grupo trata-se da forma que se constitui o matrimônio, o qual é feito por um sistema de metades. Essa cultura determina que o casal seja formado por um Kamé, o qual representa o sol, e um Kaiâru, que representa a lua. Os casamentos devem ser realizados com pessoas de metades opostas. Os Kamé são apontados como tendo espíritos mais fortes, já os Kaiâru tomam a frente em questões que envolvam política e guerras (VEIGA, 2004).

A esse respeito, este autor (2004) relata:

Diferentes dos Jê setentrionais e populações indígenas não implica trocas matrimoniais, o dualismo Kaingang inclui a exogamia de metades. Os Kaingang percebem o mundo como perfeitamente simétrico, formado por pares antitéticos e complementares. Esse princípio formador do mundo é personificado nos heróis míticos Kamé e Kaiâru, homônimos das metades Kaingang. Os Kaingang afirmam que o sol é Kamé e a lua é Kaiâru (cf. Nimuendajú [1913] 1993, p. 60), embora não assumam, nem seus mitos enunciem, que as metades sejam sol e lua, como é comum a outros povos Jê. A relação de troca entre as metades é permanente. Casa-se na metade oposta, enterram-se os mortos da outra metade e, quando alguém passa por um período de liminaridade, é acompanhado e servido por pessoas da metade oposta à sua (VEIGA, 2004, p. 269).

Ainda a respeito do sistema cosmológico dualista, Ferreira (2014, p. 37) leciona que “[...] cada metade clânica possui uma marca/sinal que usa em seus rituais: a dos Kamé é téj (comprido), a dos Kaiâru é ror (curto). As pessoas da mesma marca são consideradas irmãs e irmãos”. Assim, os Kamé são representados pelo símbolo de listras e os Kaiâru por bolinhas (Figura 1). Além disso, as crianças herdaram a marca do pai, independentemente do gênero (FERREIRA, 2014). Segundo Prestes e Laroque (2018, p. 32), “a concepção destas metades remonta ao mito de origem dos Kaingang, que está ligado à crença da procedência do povo a partir da terra”.

Figura 1 – Jovens Kaingang com os sinais que representam Kamé (listras) e Kaiâru (bolinhas)



Fonte: Acervo do Projeto.

Ademais, os Kaingang dão grande importância aos antepassados, aos mortos e, principalmente, para a terra onde estão enterrados (TOMMASINO; FERNANDES, 2001). Para os Kaingang, quando uma pessoa de sua comunidade falece, ela apenas passa para uma aldeia que se encontra em outra dimensão, a qual possui tempo e condições sempre opostas às nossas, ou seja, se aqui está com um tempo chuvoso, lá está sol, se aqui é dia, lá é noite (VEIGA, 2004).

Uma das principais expressões culturais dos Kaingang trata-se de um ritual com relação aos mortos. Tommasino e Fernandes (2001) ressaltam que “[...] o culto aos mortos destaca-se não apenas pela importância atribuída pelos Kaingang, mas também, por seu caráter comunitário e intercomunitário”. A esse ritual dá-se a denominação de “Festa do Kikikoi”.

A festa do Kikikoi, segundo Veiga (2004, p. 273), “[...] trata-se de uma festa para os mortos recentes, que é organizada pelos consanguíneos do morto, em sua homenagem”. Para realização da festa é necessário todo um processo para a preparação da bebida “Kiki”, a qual é uma espécie de cerveja que dá nome ao evento. Esse ritual, feito em homenagem aos mortos, é também o momento em que são liberados os nomes para serem usados nas crianças (FERREIRA, 2014).

Com relação a Lajeado, onde a TI Foxá está localizada, destaca-se que esta fazia parte de uma colônia denominada de “Colônia Conventos”, a qual, entre os anos de 1794 e 1856, passou por dois proprietários, os irmãos descendentes de açorianos, oriundos de Laguna, chamados João Ignácio Teixeira e José Ignácio Teixeira. Os irmãos receberam a propriedade por meio das sesmarias no ano de 1794, que mediante uma sociedade buscavam aumentar seus domínios territoriais (GREGORY, 2015). De acordo com Vedoy (2018), posteriormente, as terras foram ocupadas pelos imigrantes alemães.

No ano de 1891 Lajeado se desmembrou do município de Estrela, do qual fazia parte, e no dia 26 de janeiro de 1891 tornou-se um município. Atualmente Lajeado faz parte do Vale do Taquari, região central do Estado do Rio Grande do Sul, e possui aproximadamente 85.000 habitantes (BRASIL, 2019c). Além dos Kaingang, o município é composto por imigrantes e descendentes de alemães, além de italianos, africanos, portugueses, mais recentemente de haitianos e senegaleses. O município possui sua economia baseada no comércio, na indústria de transformação, de beneficiamento e serviços (LAJEADO, 2019).

Diante do plano colonizador, os ancestrais dos Kaingang tiveram os seus territórios dominados pelos imigrantes alemães e italianos. Conforme descrito anteriormente, nessa oportunidade o governo seguia com o confinamento do grupo indígena em grandes aldeamentos no Norte do Rio Grande do Sul. Os Kaingang, contudo, começaram a sair desses grandes aldeamentos e a retornar para as áreas que já pertenciam aos seus antepassados, ressaltando-se que este é um costume muito presente nas comunidades indígenas. Ao final do século 20, mais especificamente entre os anos 90 e o início dos anos 2000, muitos indígenas intensificaram as movimentações de retorno para o Vale do Taquari e se alojaram no município de Lajeado (LAPPE; LAROQUE, 2018).

A respeito das lutas pelos territórios que sempre pertenceram aos Kaingang, Lappe e Laroque (2018) observam:

Entende-se que a luta pela terra se torna uma luta pela manutenção da identidade étnica, baseada em uma cultura e memória em comum, pois as terras tradicionalmente ocupadas pelos Kaingang configuram-se como transmissão cultural, um direito originário e preexistente à ocupação ocidental, para a proteção efetiva do presente, que objetiva a garantia do futuro, no sentido de que essas terras estão para sempre destinadas a ser hábitat permanente das populações indígenas (LAPPE; LAROQUE, 2018, p. 29).

A comunidade em análise, a qual se denomina “Foxá”, encontra-se na área urbana de Lajeado, município do Vale do Taquari, no Estado do Rio Grande do Sul. Essa comunidade formou-se há aproximadamente 20 anos e, desde então, busca recuperar seus tradicionais territórios. Destaca-se que os primeiros indígenas que retornaram para a cidade de Lajeado são de famílias provenientes de Nonoai, Serrinha, Votouro e Guarita (LAPPE; LAROQUE, 2018).

Ao retornarem, aproximadamente 15 pessoas estabeleceram-se às margens da RS130, próximo ao Presídio Estadual e à Rodoviária de Lajeado. Nesse período, os indígenas permaneceram no local, buscando por seus direitos, apesar de todo perigo presente no lugar (PRESTES; LAROQUE, 2018). Segundo Lappe e Laroque (2018), os indígenas tinham interesse em comercializar seus artesanatos para subsidiar a compra de alimentos, roupas e material escolar para as crianças e jovens estudantes.

No ano de 2003 iniciaram-se discussões a respeito das circunstâncias em que as famílias indígenas de Lajeado se encontravam, observando-se que as autoridades que tomaram a frente foram a Promotoria de Justiça, Assistência Social e os secretários municipais. Na oportunidade foi sugerido que os indígenas tivessem um lugar para se estabelecer enquanto estivessem na cidade. Assim, em 2004, os órgãos públicos e os representantes dos indígenas Kaingang realizaram uma reunião para firmarem melhores condições aos índios do município (LAPPE; LAROQUE, 2018).

Em nova reunião, também no ano de 2004, ficou decidido que a Fundação Nacional da Saúde (Funasa) providenciaria a instalação do ponto de água no acampamento da RS130, posto que essa situação era um dos principais problemas enfrentados pelos Kaingang. No mesmo ano também foi sugerida a troca do acampamento para um local de 500 m² também às margens da RS-130, distante aproximadamente 2 km do trevo de acesso, no sentido Lajeado-Cruzeiro do Sul. Somente após muitas reuniões os Kaingang vieram a receber a área de terras localizada no bairro Jardim do Cedro (LAPPE; LAROQUE, 2018).

No ano de 2005 foi autorizada a Cessão de Uso das terras e os indígenas conseguiram o direito de ocupar uma área de 525 m² por meio do “Termo Administrativo de Cessão de Uso celebrado entre a prefeitura de Lajeado e a Secretaria do Trabalho, Cidadania e Assistência Social do Estado do Rio Grande do Sul” (LAPPE; LAROQUE, 2018, p. 35). Em 2006 o local foi disponibilizado e, em 2007, foi decidida a construção de casas para as famílias Kaingang. No mesmo ano foram construídas oito casas, três sanitários e dois tanques para lavar roupa com materiais doados pela Companhia Estadual de Energia Elétrica (Ceee) e pela prefeitura, além de instalação de água e luz com recursos da Funasa e do governo federal (LAPPE; LAROQUE, 2018). Logo que se estabeleceram no local atual (Figura 2) os indígenas escolheram um nome para a comunidade. O nome escolhido, conforme já referido, foi “Foxá”, que faz referência às árvores de cedro presentes na aldeia (LAPPE; LAROQUE, 2018).

Figura 2 – Aldeia Foxá localizada no bairro Jardim do Cedro



Fonte: Acervo do Projeto.

Acerca das terras onde atualmente está estabelecida a TI Foxá, Prestes e Laroque (2018, p. 33) descrevem que se trata de “[...] um lugar mais tranquilo, que conta com uma pequena mata, onde é possível coletar frutos e materiais para a confecção do artesanato”. Atualmente a comunidade conta com mais casas, as quais

foram construídas pelos próprios indígenas (PRESTES; LAROQUE, 2018). A aldeia possui aproximadamente 30 casas com cerca de 32 famílias, as quais, conforme já referido, são integradas por quatro membros aproximadamente, totalizando, atualmente, em torno de 128 pessoas.

O artesanato (Figuras 3 e 4) é uma das principais fontes de renda dessa comunidade, contudo alguns indivíduos optaram por trabalhar em empresas da região devido às dificuldades econômicas enfrentadas pela comunidade. Cada família conta com pelo menos um membro trabalhando em empresas locais. Essa renda tem auxiliado no sustento de cada grupo, uma vez que não há recursos suficientes somente com a produção de artesanatos (PRESTES; LAROQUE, 2018).

Figuras 3 e 4 – Artesanatos produzidos por moradores da Aldeia Foxá



Fonte: Acervo do Projeto.

Referente à educação, a comunidade indígena Foxá possui uma pequena escola na aldeia, a qual se denomina Escola Estadual Indígena de Ensino Fundamental *Gatén*, que na língua portuguesa significa “espírito da terra” (PRESTES; LAROQUE, 2018). As crianças permanecem no local até a 5ª série (Figura 5), aprendem sobre a língua e os ensinamentos da cultura Kaingang e, posteriormente, passam a frequentar as escolas dos não indígenas.

Figura 5 – Escola *Gatén* na Aldeia Foxá



Fonte: Acervo do Projeto.

Atualmente as lideranças da comunidade indígena Kaingang Foxá são representadas nas pessoas de Joel Vergueiro, cacique, e por Jucelino Sales, vice-cacique. A aldeia também conta com pessoas que auxiliam as ações das lideranças. As terras da aldeia ainda encontram-se pendentes de regularização, contudo os representantes estão se dedicando a reverter esse quadro.

Cumprido ressaltar que grande parte dos indígenas da comunidade trata-se de pessoas jovens e crianças. Os mais velhos sempre demonstram empenho para que as culturas Kaingang se perpetuem nas próximas gerações. É possível identificar o respeito e a preservação da cultura Kaingang, apesar de todo preconceito e adversidades que o grupo enfrenta em uma sociedade predominantemente de descendentes de europeus, como a cidade de Lajeado/RS.

A aldeia é muito organizada e sua liderança sempre está ciente e trata de todos os assuntos, principalmente as questões relacionadas aos direitos da comunidade. Em que pese tenha havido melhoras desde a vinda das primeiras famílias, o lugar e as pessoas ainda necessitam de atenção especial, principalmente das autoridades locais.

Assim, é possível identificar que os representantes da comunidade Kaingang Foxá estão sempre em busca de melhorias que promovam o desenvolvimento e o alcance dos interesses da comunidade. Dessa forma, é de suma importância que as autoridades se voltem para o grupo e assegurem os direitos básicos previstos na legislação brasileira, pelos quais todas as comunidades indígenas têm lutado diariamente e reivindicado sua efetividade.

3 PREVIDÊNCIA SOCIAL E AS COMUNIDADES INDÍGENAS

A Seguridade Social, expressa no Capítulo II da Constituição Federal de 1988, é composta pelo direito à saúde, à assistência social e à Previdência Social. Os benefícios que abrangem o sistema da Previdência Social do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) constituem um dos três ramos da Seguridade Social.

O conceito da Seguridade Social está previsto no artigo 194 da CF/88, o qual descreve que “[...] compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988). Freitas (2016, p. 48) relata que “[...] é um sistema de proteção social avançado e foi reconhecido pelo artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como um direito fundamental”.

A Previdência Social está regulamentada na seção III da CF/88, mais especificamente nos artigos 201 e 202, além de outros dispositivos, como as Leis nº 8.212 e 8.213 de 1991 e o Regulamento da Previdência Social criado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Em seu Regulamento, a partir do artigo 4º, é possível identificar os objetivos que regem esse sistema.

Castro e Lazzari (2016) descrevem que, além de ser regulada pelos princípios da CF/88 e da Seguridade Social, a Previdência Social também possui princípios específicos que a regulamentam. Os regimes da Previdência Social estão previstos no artigo 6º de seu Regimento, e compreendem o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), além do Regime de Previdência Complementar (RPC) (BRASIL, 1999). O primeiro é exercido por meio da autarquia federal Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), no qual “[...] dentre os contribuintes, encontram-se os empregadores, empregados assalariados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais e trabalhadores rurais” (BRASIL, 2013).

O segundo é executado pelo Ministério da Previdência Social, sendo destinado a servidores públicos e militares, mas “[...] excluem-se deste grupo os empregados das empresas públicas, os agentes políticos, servidores temporários e detentores de cargos de confiança, todos filiados obrigatórios ao Regime Geral” (BRASIL, 2013). E, por fim, o terceiro possui as políticas elaboradas pelo Ministério da Previdência Social, contudo é executado pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar e “[...] tem por finalidade proporcionar ao trabalhador uma proteção previdenciária adicional àquela oferecida pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS – ou pelo Regime Próprio de Previdência Social – RPPS” (BRASIL, 2013).

A Previdência Social, com relação ao Regime Geral de Previdência Social, sobre o qual se delimita o presente estudo, possui “[...] caráter contributivo e filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” (FREITAS, 2016, p. 53). Os segurados são caracterizados no artigo 9º do

Regulamento da Previdência Social e podem ser classificados como obrigatórios ou facultativos. Com relação aos segurados obrigatórios podemos mencionar o empregado, o empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e o segurado especial.

Trata-se de segurado empregado todos que “[...] trabalham de carteira assinada, contrato temporário, diretores-empregados, que têm mandato eletivo, que prestam serviço a órgãos públicos em cargos de livre nomeação e exoneração [...], que trabalham em empresas nacionais instaladas no exterior” (BRASIL, 2017b). Na comunidade Foxá é possível identificar que quando os moradores não são enquadrados como segurados especiais é porque se trata de empregados das empresas locais.

Por outro lado, existem os trabalhadores avulsos, os quais correspondem aos trabalhadores que prestam serviços para várias empresas e são contratados por sindicatos de sua categoria (BRASIL, 2009). Os empregados domésticos são aqueles que trabalham em casas de outra pessoa ou família, cuja atividade não proporciona fins lucrativos ao empregador, conforme disciplinado pela Lei Complementar 150 de 2015 (BRASIL, 2015b).

O contribuinte individual é aquele que trabalha por conta própria, sem vínculo empregatício. O segurado especial consiste na pessoa que desenvolve atividades que constitua seu principal meio de vida, tais como o produtor rural, o filho maior de 16 anos a esse equiparado, pescador artesanal ou a esse assemelhado e o índio (BRASIL, 2017b). Insta ressaltar que esse enquadramento corresponde à grande maioria dos moradores da Aldeia Foxá em razão das atividades desenvolvidas.

Santos (2018) ressalta que, para ter direito aos benefícios da Previdência Social, é indispensável que a pessoa seja segurada. Assim, as principais características desse sistema é a filiação prévia, proteção precípua do trabalhador e a contributividade, isto é, o indivíduo deverá ser filiado, evitando-se filiações de pessoas que se encontram incapazes, bem como deverá ocorrer a proteção previdenciária das atividades laborativas e, conseqüentemente, a contribuição ao sistema (FREITAS, 2016).

Com relação aos direitos previdenciários que se referem aos índios, destaca-se que “[...] os indígenas são cidadãos plenos, e têm direito aos benefícios sociais e previdenciários do Estado Brasileiro” (BRASIL, 2019b). Em 1973 o Estatuto do Índio já concedia aos indígenas direitos da Previdência Social. Da mesma forma, no ano de 2004 a Convenção nº 169 da OIT também reforçou a garantia dos direitos da seguridade social aos indígenas. Entre os principais podem ser citados os benefícios de aposentadoria voluntária com o cumprimento de tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, pensão por morte, aposentadoria por idade, salário-maternidade, entre outros, todos eles previstos no artigo 18 da Lei 8.213/91.

Os indígenas que trabalham e, conseqüentemente, estão vinculados ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), possuem os mesmos direitos dos demais trabalhadores do Brasil, independentemente de viverem isolados, em terras indígenas ou em regiões urbanas. Na Aldeia Kaingang Foxá, localizada no município de Lajeado, há diversas pessoas que trabalham em empresas locais, como Cia. Minuano de Alimentos e BRF S.A. Neste caso, os indígenas que trabalham em empresas, como as referidas anteriormente, acabam se enquadrando como empregados. Assim como o não índio, os indígenas ainda podem se enquadrar como segurados especiais. Isso ocorre quando eles exercem atividades relacionadas à agricultura, pesca e artesanato, desde que seja atividade rural individual ou em regime de economia familiar, conforme prevê o artigo 39, §4º da Instrução Normativa 77/2015 do INSS.

Além disso, seus dependentes também possuem direitos em caso de ausência do segurado, de acordo com o artigo 16 da Lei nº 8.213/91. Cumpre ressaltar que os índios não possuem direitos aos benefícios da Previdência Social em razão de sua condição, pois lhes são garantidos quaisquer dos benefícios desse sistema, desde que cumpridos todos os requisitos legais. Em que pese, contudo, o direito esteja previsto e a intenção do legislador seja de assegurar as garantias indígenas, cabe ressaltar que os índios encontram muitas dificuldades com o meio probatório para a concessão de benefícios, principalmente com relação aos segurados especiais, que representam boa parte da Aldeia Foxá, os quais vivem praticamente do artesanato.

Nesse sentido, Freitas (2016) descreve que em diversos casos a certidão emitida pela Funai, documento hábil para comprovar a qualidade de segurado especial, não é o suficiente, tendo em vista que durante o cruzamento de dados ocorrem divergências no seu preenchimento, além de muitos indígenas acabarem laborando por curtos períodos em empresas, o que descaracteriza a atividade especial. Exemplificando, pode-se utilizar uma situação trazida pelo autor, o qual descreve que “[...] se o indígena tiver trabalhado por três anos,

por exemplo, como segurado empregado e o restante do seu tempo como trabalhador rural, não poderá ter a redução de cinco anos para a aposentadoria por idade, cabendo buscar a aposentadoria mista” (FREITAS, 2016, p. 59).

De acordo com o artigo 18 da Lei nº 8.213/91, os benefícios do Regime Geral de Previdência Social são os seguintes: aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade; aposentadoria voluntária com o cumprimento de tempo de contribuição; aposentadoria especial; auxílio-doença; salário-família; salário-maternidade; auxílio-acidente e, com relação aos dependentes, há a pensão por morte e o auxílio-reclusão, além do serviço social e a reabilitação profissional que será concedida tanto para o segurado como para os dependentes (BRASIL, 1991). Referente aos indígenas, em cada uma dessas categorias os requisitos a serem preenchidos são os mesmos que para as demais pessoas, devendo o servidor da autarquia, em casos de requerimentos administrativos, ou os juízes, em casos de pedidos judiciais, observar as particularidades desses povos.

Dessa forma, a população indígena poderá se enquadrar em qualquer das categorias dos benefícios da Previdência Social, em que pese, normalmente, esteja enquadrada como segurado especial devido as suas atividades. Destaca-se que não existem privilégios nem benefícios destinados aos indígenas devido a sua condição étnica, ao contrário do que o senso comum e pessoas desavisadas pensam.

É fundamental que se trate a respeito da Previdência Social com relação aos indígenas, pois, conforme já mencionado anteriormente, devido à situação econômica do Brasil, os benefícios têm sido cada vez mais restritos à população. Assim, se o acesso aos direitos da Previdência Social está difícil para as demais pessoas, para os indígenas mostra-se ainda pior, uma vez que esse grupo merece atenção especial, pois se trata de um povo em situação de vulnerabilidade social, que, muitas vezes, não tem o conhecimento e condições de acesso aos seus direitos, sendo necessária a promoção da inclusão social e de políticas públicas que visem a sanar esse problema social. Por fim, destaca-se que é de suma importância que se aborde esse tipo de temática, visando à conscientização dos povos indígenas quanto à evolução de seus direitos, principalmente com relação aos dispositivos da Previdência Social, uma vez que se tratam de leis complexas, que frequentemente passam por reformulações.

4 REQUERIMENTOS DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: Relatos de um Servidor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)

Para melhor entendimento de como é a prática dos requerimentos no INSS feitos pelos indígenas da Aldeia Foxá, posto que, muitas vezes, a prática difere da teoria, entendeu-se necessário investigar como ocorre o acesso selecionando um Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Na agência do INSS em questão, em diálogo com um servidor, obteve-se a informação de que não há muitos indígenas que procuram os benefícios da Previdência Social na agência de Lajeado. Informou que é possível que na agência de Estrela, município próximo e onde também existe uma aldeia indígena Kaingang em contexto urbanos, talvez tenha mais procura, tendo em vista que a comunidade indígena daquele município é maior (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b).

Essa informação corrobora o entendimento de que os índios da Aldeia Foxá acabam não usufruindo dos direitos que lhes cabe por lei, seja por falta de conhecimento ou pela própria burocracia do mundo não índio. Esse fato foi identificado por meio do relato de uma interlocutora da aldeia pesquisada, a qual informou que um morador Kaingang da Comunidade Foxá recebeu benefício durante sete anos, pois tinha problemas na coluna, contudo, em perícia de revisão, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) negou a continuidade do pagamento de seu benefício. Após algumas tentativas de restabelecimento do benefício o morador desistiu de solicitar diante da burocracia que precisou enfrentar (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b).

Um servidor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com quem se dialogou afirmou que “normalmente o índio é enquadrado como segurado especial, que é comprovado através de declaração emitida pela Funai certificando a condição indígena como trabalhador rural” (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b, p. 2). Ademais, informou, e vale enfatizar novamente, que não existe benefício destinado ao índio somente devido a sua condição étnica. Além disso, alegou que o indígena é enquadrado como segurado especial devido à semelhança de suas atividades com a dos agricultores e pescadores, por exemplo. Aqueles, no entanto, que laboram em atividades urbanas têm dificuldades de poder valer-se desse enquadramento, ou seja, são definidos como empregados (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b).

A respeito dos documentos probatórios dos segurados especiais, um servidor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) informou que a certidão fornecida pela Funai, certificando a condição do índio como trabalhador rural, nos termos do artigo 47, inciso XI da Instrução Normativa do INSS de 2015, é o suficiente para comprovação e enquadramento do segurado especial (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b), entretanto “a autarquia não estará vinculada aos documentos, podendo concordar ou não com as informações descritas, principalmente em casos de divergência no momento do cruzamento de dados” (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b, p. 2). Acerca da vinculação da autarquia com os documentos fornecidos pela Funai a legislação assim prevê:

Art. 119. Os períodos de atividades do cadastro do segurado especial serão submetidos a cruzamento com outros bancos de dados a que o INSS tenha acesso, para fins da validação prevista no art. 329-B do RPS.

§1º Do cruzamento das informações, referidas no caput, poderá resultar na consideração ou desconsideração do período de atividade, caracterizando ou não a condição de segurado especial, respeitado o disposto na Seção VI do Capítulo I.

§2º Constando registro de óbito no sistema informatizado de óbitos, o período formado será encerrado no dia anterior à data desta ocorrência (BRASIL, 2015a).

A respeito da obtenção das informações para o preenchimento dessas certidões, a Instrução Normativa 77 do INSS de 2015, em seu artigo 118 descreve o seguinte:

Art. 118. As informações obtidas pelo INSS dos bancos de dados disponibilizados por órgãos do poder público estão sendo utilizadas para a construção do cadastro do segurado especial, para fins de reconhecimento dessa atividade.

§1º As informações referidas no caput observarão critérios de utilização e valoração definidos por meio de resolução específica.

§2º Os dados da Fundação Nacional do Índio – Funai – são obtidos por meio de inscrição e certificação dos períodos de exercício de atividade do indígena na condição de segurado especial, que são realizadas por servidores públicos desta Fundação, mediante sistema informatizado disponibilizado no sítio da Previdência Social, nos termos do Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre o Ministério da Previdência Social e Ministério da Justiça, INSS e Funai.

§3º A Funai deverá manter sob sua guarda e responsabilidade os documentos que serviram de base para a inscrição e certificação dos períodos de exercício da atividade, podendo o INSS solicitá-los a qualquer momento (BRASIL, 2015a).

Conforme abordado, é nesse cruzamento de dados que diversos índios encontram dificuldades para o seu enquadramento, pois muitos deles trabalham ora em atividades rurais, ora em atividades urbanas. Inclusive, é possível reforçar tal assertiva após diálogo com um indígena da Aldeia Foxá que relatou trabalhar por muitos anos em uma das empresas de frigorífico local, porém anteriormente atuou como agricultor na aldeia de Nonoai (DIÁRIO DE CAMPO, 2019a). Dessa forma, deve ser considerada toda a dinâmica da cultura indígena e os costumes de transição pelas terras de seus antepassados, como fazem os Kaingang. Esse fator pode ocorrer principalmente quando o índio se muda de uma aldeia/município para outra(o) e passa a desenvolver atividades diversas.

Ao servidor foi perguntado acerca do funcionamento das contribuições, pois se sabe que “a forma de contribuição para o INSS no caso de segurado especial corresponde ao percentual de 2,3% incidente sobre o valor bruto da comercialização da sua produção rural” (BRASIL, 2017a). Além disso, tem-se conhecimento de que o recolhimento dessa tributação ocorre quando o produtor rural vende seus produtos para uma empresa e, posteriormente, esta fica responsável em descontar tal recolhimento repassando-o ao INSS (BRASIL, 2017a). O servidor esclarece que essa contribuição não é decisiva para a concessão do benefício, pois na análise do requerimento do benefício a informação de recolhimento da tributação não é levada em consideração. Ademais, ele informa que o “[...] segurado especial, como o agricultor, faz a comprovação de sua atividade através de vários documentos. Um dos principais é o talão de produtor rural [...] que nos casos de segurado especial não há necessidade de contribuição direta” (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b, p. 2).

Sobre a questão do valor da tributação, o servidor relata que a reforma da Previdência Social, por meio da PEC nº 06/2019, tentou majorar a contribuição sobre os produtos vendidos pelo segurado especial para 5%, contudo o texto foi retirado em uma das votações, sendo mantidos os 2,03% (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b). Impende informar que essa tributação compreende em “2,0% para a Seguridade Social; 0,1% para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT) e 0,2% para o Senar (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural)” (BRASIL, 2017a).

O servidor com o qual estabelecemos a interlocução ainda esclareceu sobre a soma do período rural com o período urbano, observando que “[...] pelo entendimento do INSS a soma do período rural mais o período urbano, o que caracteriza a aposentadoria híbrida, não é permitida, porém a Justiça tem entendimento diverso devido à ação civil pública, permitindo a soma para fins de carência” (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b, p. 3). Ademais, disse que esse entendimento da via judicial se manterá enquanto permanecer a decisão da Ação Civil Pública, dando a entender que ela pode ser afastada a qualquer tempo (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b).

O servidor refere-se à Ação Civil Pública de nº 5038261-15.2015.4.04.7100, a qual foi autuada em 23/6/2015 na 25ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, tendo como autor o Ministério Público Federal e como réu o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que o segurado possui direito à aposentadoria híbrida ao utilizar o período das atividades rurais e urbanas para fins do cumprimento da carência, bem como que os períodos anteriores à Lei nº 8.213/91 serão contabilizados independentemente de recolhimento de contribuições (BRASIL, 2017d).

Durante o diálogo com o interlocutor da Agência do INSS indagou-se sobre a autarquia promover alguma política de conscientização dos direitos previdenciários com relação aos indígenas. Segundo o servidor, como a região do Vale do Taquari não possui grande população de indígenas,¹ o INSS acaba não promovendo esse tipo de ação por ali. Esclarece, contudo, que tem conhecimento desse tipo de política em âmbito nacional para todos os segurados (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b), o que novamente reforça o entendimento de que a conscientização deve ser feita para todos os segurados e especialmente para o segurado indígena, uma vez que se trata de direitos complexos que mudam constantemente.

O servidor também foi questionado se ele teria conhecimento de alguma parceria entre a Funai e o INSS que facilitasse o acesso dos indígenas aos direitos da Previdência Social. Durante o diálogo o interlocutor afirmou não ter conhecimento de uma parceria do INSS diretamente com a Funai, porém, atualmente, têm acontecido algumas mudanças com relação à obtenção de dados dos segurados (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b). Segundo ele, “[...] a partir da mudança o INSS tem tido acesso a todas as informações a nível federal do segurado e que, provavelmente, a Funai também tem” (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b, p. 3).

Por fim, o servidor contribuiu explicando que apesar de os índios serem considerados segurados especiais em razão de suas atividades serem semelhantes aos agricultores e pescadores, os indígenas ainda são menos assistidos. Esclarece que os agricultores e os pescadores são filiados aos seus respectivos sindicatos, os quais os auxiliam em questões burocráticas e, inclusive, possuem acesso às diversas informações que facilitam no momento do requerimento. O interlocutor do INSS relata, ainda, a função do sindicato, que reúne os documentos necessários, facilitando a análise do pedido do segurado (DIÁRIO DE CAMPO, 2019b).

A pesquisa com o servidor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) de Lajeado/RS foi de suma importância para o presente estudo, pois se tratou de um interlocutor que, como funcionário público, está ligado com os direitos da Previdência Social diariamente. Os dados de campo corroboraram para demonstrar como ocorre na prática a análise dos benefícios previdenciários, principalmente com relação ao indígena, os desafios que toda população encontra ao acessar seus direitos, além do relato acerca da assistência ao índio quanto ao seu enquadramento como segurado especial.

¹ A justificativa do servidor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – acerca da baixa população indígena na região merece maior esclarecimento. Veja-se que na Aldeia Foxá/Lajeado há em torno de 128 pessoas, na aldeia Jamã Tỹ Tãnh, localizada no município de Estrela, há quase 200 indígenas. Além disso, devemos considerar também a aldeia Pó Mág/Tabaí, cuja quantidade de habitantes é de aproximadamente de 10 a 15 pessoas, bem como um acampamento temporário localizado em direção a Bom Retiro do Sul com cerca de 50 pessoas. Assim, considerando os indígenas de Lajeado e dos municípios próximos, percebe-se que eles representam quantidade considerável de pessoas e, portanto, merecem alguma política de conscientização acerca dos direitos previdenciários.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa, conforme se observou, possuiu como temática a abordagem do Direito Previdenciário com relação aos indígenas. Retomando a problemática proposta, vale salientar que o estudo buscou analisar relatos de um profissional que atende diariamente requerimentos de benefícios da Previdência Social para identificar quais os desafios do acesso aos direitos da Previdência Social na comunidade Kaingang Foxá.

A partir da narrativa do interlocutor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) evidenciou-se que os indígenas podem encontrar dificuldades ao tentar acessar os direitos da Previdência Social em razão da falta de políticas públicas que os conscientizem acerca de seus direitos, pois se trata de um grupo vulnerável na sociedade. Da mesma forma, deve ser considerado que o desconhecimento sobre a cultura Kaingang e dinâmica indígena pelos não índios pode intensificar o preconceito existente na sociedade. Conforme informado, não existe benefício previdenciário destinado especificamente aos indígenas, muito menos qualquer outro benefício que possa ser considerado um privilégio em razão de sua identidade étnica.

Cumprido ressaltar que os povos indígenas, historicamente, foram relegados às condições de vulnerabilidade social pelo Estado brasileiro, muito embora tenham atuado como protagonistas e suportado imposições dos não índios há praticamente seis séculos. Assim, em que pese, seja evidente, a evolução dos direitos com relação aos povos indígenas após muita luta social e a Constituição de 1988, é possível identificar que os referidos direitos enfrentam muitas dificuldades para se tornarem de fato eficazes.

Dessa forma, é importante que o Estado de fato proporcione a garantia de todos os dispositivos que regulam questões indígenas, fortaleça as ações afirmativas e proteja esses povos que passaram parte de sua história e ainda passam lutando para afirmar seus direitos. Para isso, um dos pontos importantes é que se incentive a representatividade indígena no Parlamento brasileiro, pois, conforme demonstrado, a representatividade ainda é considerada baixa com relação à quantidade de índios existentes na população brasileira. Esse fato pode contribuir para que esses povos se incluam e passem a influenciar em decisões que afetam suas comunidades, bem como garanta a efetividade dos dispositivos que regulamentam seus interesses.

Vale lembrar, segundo o servidor do INSS com quem estabelecemos interlocução, que não há políticas públicas promovidas pela autarquia a fim de conscientizar a população indígena com relação aos seus direitos previdenciários. A região é conhecida pela presença de indígenas, assim, totalmente equivocada a justificativa de que a falta de ações por parte das autoridades ocorre em razão de poucos índios presentes na sociedade de Lajeado. Somente na Aldeia Foxá há 128 pessoas, devendo-se considerar, ainda, as aldeias da redondeza, como a aldeia de Estrela, que possui em torno de 200 pessoas, de Tabaí, que possui de 10 a 15, do acampamento em Bom Retiro do Sul, que conta com a presença de 50 indígenas aproximadamente, Porto Alegre, entre outros municípios do Estado que possuem presença de comunidades indígenas. É necessário, portanto, que as autoridades se voltem para as comunidades indígenas e promovam políticas públicas além de garantir as ações afirmativas para conscientizá-los de seus direitos, sem que deixem de respeitar sua cultura e dinâmica.

6 REFERÊNCIAS

- BECKER, Ítala Irene Basile. *O índio no Rio Grande do Sul*. Aspectos arqueológicos, históricos, etnográficos e étnicos. Biênio da colonização e imigração. Porto Alegre: Comissão Executiva de Homenagem ao Índio, 1975. p. 97-123.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 maio 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 3.048/99*. Regulamento da Previdência Social. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. Fundação Nacional do Índio – Funai. *Direitos sociais*. Entre 2000 e 2019. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/direitos-sociais>. Acesso em: 15 maio 2019a.
- BRASIL. Fundação Nacional do Índio – Funai. *Previdência social*. Entre 2000 e 2019. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/previdencia-social>. Acesso em: 30 set. 2019b.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo demográfico 2010: Características gerais dos indígenas*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf. Acesso em: 5 maio 2019.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Conheça cidades e Estados do Brasil*. Panorama Lajeado, Rio Grande do Sul, 2019c. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/lajeado/panorama>. Acesso em: 14 set. 2019.

- BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Forma de pagar e códigos de pagamento – segurado especial. Publicado em 2017a. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/calculo-da-guia-da-previdencia-social-gps/forma-de-pagar-e-codigos-de-pagamento-segurado-especial/>. Acesso em 19 out. 2019.
- BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2015a. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do-1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 19 out. 2019.
- BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. *Tipos de filiação*. Publicado em 2017b. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/orientacoes/tipos-de-filiacao/>. Acesso em 25 set. 2019.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 150 de 1º de junho de 2015*. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 19 maio 2020.
- BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 12.023 de 27 de agosto de 2009*. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12023.htm. Acesso em: 19 maio 2020.
- BRASIL. Secretaria de Previdência Ministério da Economia. *O que é Previdência Complementar*. Publicado em 2013. Modificado em 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/o-que-previdencia-complementar/>. Acesso em: 19 out. 2019.
- BRASIL. Secretaria de Previdência Ministério da Economia. *Regime Geral – RGPS*. Publicado em 2013. Modificado em 2019d. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/perguntas-frequentes/regime-geral-rgps/>. Acesso em: 19 out. 2019.
- BRASIL. Secretaria de Previdência Ministério da Economia. *Regime Próprio – RPPS*. Publicado em 2013. Modificado em 2017c. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/perguntas-frequentes/regime-proprio-rpps/>. Acesso em 19 out. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Ação Civil Pública nº 5038261-15.2015.4.04.7100*. 2017d. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41497281557170221101858568479&evento=490&key=3ec4f2de00d8608691524e9562de0e215767c8c95fd753b2f3e-2c89e0274b4e7&hash=7b3ab0fe4184c04cf0cb49e0c9a77d29. Acesso em: 19 out. 2019.
- CASTRO, Carlos, A. P.; LAZZARI, João B. *Direito previdenciário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book. Disponível em: <http://www.univates.br/biblioteca>. Acesso em: 20 maio 2019.
- CHEMIN, Beatris F. *Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação*. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.
- D'ANGELIS, Wilmar da Rocha. *Portal Kaingang*. A língua Kaingang. 2006. Disponível em: http://www.portalkaingang.org/Lgua_Kaingang.pdf. Acesso em: 17 ago. 2019.
- DIÁRIO DE CAMPO de 6/9/2019. *Saída de Campo a Terra Indígena Foxá*. Acervo do Acervo do Projeto. 6 set. 2019a. 3 p.
- DIÁRIO DE CAMPO de 11/10/2019. *Saída de Campo a Terra Indígena Foxá*. Acervo do Acervo do Projeto. 11 out. 2019b. 3 p.
- DIÁRIO DE CAMPO de 16/9/2019. *Saída de Campo a Terra Indígena Foxá*. Acervo do Acervo do Projeto. 16 set. 2019c. 1 p.
- FERREIRA, Bruno. *Educação Kaingang: processos próprios de aprendizagem e educação escolar*. 2014. 99 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Educação, Porto Alegre, RS, 2014.
- FREITAS, Eduardo M. de N. *A seguridade social dos indígenas brasileiros à luz dos direitos humanos e fundamentais*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, 2016.
- GIL, Antônio C. *Métodos e técnicas de pesquisa*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GREGORY, Josemir José. *Fazenda da Estrela: um estudo de caso envolvendo posse territorial e negociações no Sul do Brasil durante o século XIX*. 2015. Monografia (Graduação curso de História) – Universidade do Vale do Taquari – Univates, Lajeado, dez. 2015.
- LAJEADO (Município). Prefeitura de Lajeado. *História do Município*. 2019. Disponível em: https://www.lajeado.rs.gov.br/?titulo=Lajeado&template=conteudo&categoria=931&codigoCategoria=931&idConteudo=2963&tipoConteudo=INCLUDE_MOSTRA_CONTEUDO. Acesso em: 10 set. 2019.
- LAPPE, Emilí; LAROQUE, Luis F. S. Terra indígena Foxá “aqui no cedro”: passado e presente Kaingang na sociedade do Vale do Taquari-RS-BR. In: *Geosp, Espaço e Tempo (on-line)*, v. 22, n. 1, p. 025-042, jun. 2018. ISSN 2179-0892. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/geosp/article/view/125928>. Acesso em: 17 abr. 2019.
- MOTA, Lúcio Tadeu. A denominação kaingang na literatura antropológica, histórica e lingüística. In: TOMMASINO, Kimiye; VEIGA, Juracilda; NOELLI, Francisco Silva (org.). *Novas contribuições aos estudos interdisciplinares dos Kaingang*. Londrina: Eduel, 2004.
- NONNENMACHER, Marisa S. *Aldeamentos Kaingang no Rio Grande do Sul: século XIX*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

OLIVEIRA, Marilda D. *Essa terra já era nossa: um estudo histórico sobre o grupo Kaingang na cidade de Lajeado, Rio Grande do Sul*. Lajeado: Univates, 2010.

PRESTES, Fabiane S.; LAROQUE, Luis F. S. O saber sensível do Kujà sobre ambiente e saúde: um estudo de caso da Comunidade Indígena Foxá de Lajeado/RS. In: *Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science*. v. 7, n.3, p. 342-356, dez. 2018. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/fronteiras/>. Acesso em: 17 mar. 2019.

SANTOS, Marisa F. *Direito previdenciário esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601356/cfi/0!4/2@100:0.00>. Acesso em: 10 maio 2019.

SANTOS, Marisa F. *Direito previdenciário esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601356/cfi/0!4/2@100:0.00>. Acesso em: 17 maio 2019.

TOMMASINO, Kimiye; FERNANDES Ricardo Cid. *Povos indígenas no Brasil*. 2001. Instituto Sócio Ambiental. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kaingang#Cosmologia_e_mitologia Acesso em: 17 ago. 2019.

VEDOY, Moisés Ilair Blum. *Sesmarias, fazendas, desenvolvimento e desdobramentos socioambientais em territórios da bacia hidrográfica do Rio Taquari de meados do século XVIII a meados do século XIX*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ambiente e Desenvolvimento) – Universidade do Vale do Taquari – Univates, Lajeado, RS, dez. 2018. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/>. Acesso em: 4 nov. 2019.

VEIGA, Juracilda. *Cosmologia Kaingang e suas práticas rituais*. In: TOMMASINO, Kimiye; MOTA, Lúcio Tadeu; NOELLI, Francisco Silva (org.). *Novas contribuições aos estudos interdisciplinares dos Kaingang*. Londrina: Eduel, 2004.

VEIGA, Juracilda. *Portal Kaingang*. Economia Kaingang. 2006. Disponível em: http://www.portalkaingang.org/index_cultura_5_1.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

MUDANÇAS CLIMÁTICAS E SEUS IMPACTOS NO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA: Uma Análise Sobre a Criação de Novas Demandas Judiciais a Partir de uma Observação dos Princípios da Tutela Ambiental

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.180-191>

Recebido em: 7/9/2020

Aceito em: 19/9/2020

Francielle Benini Agne Tybusch

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Coordenadora do Laboratório de Extensão da Universidade Franciscana (UFN). Professora substituta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. <http://lattes.cnpq.br/4400702817251869>. <https://orcid.org/0000-0001-6158-399X>. francielleagne@gmail.com

Lara Yarth Araújo

Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Franciscana (UFN). <http://lattes.cnpq.br/4514076240298954>. <https://orcid.org/0000-0002-0207-3575>. larayarth@gmail.com

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a criação de novas demandas judiciais diante dos impactos ocasionados pelas mudanças climáticas no direito de propriedade privada, observados os princípios da tutela ambiental no Brasil e também a formação do direito dos desastres. Para isso, utiliza-se do método dedutivo e monográfico para, em um primeiro momento, apresentar o cenário de mudanças climáticas e seus impactos no direito de propriedade, demonstrando o surgimento de novas demandas e, em um segundo momento, compreender, a partir de princípios da tutela ambiental e do direito dos desastres, o papel do poder Judiciário neste panorama. Conclui-se, ao final, que os tribunais brasileiros terão o papel essencial de oferecer resoluções adequadas a essas novas demandas, sendo fundamental uma reflexão antecipada da temática, fundada na percepção do direito dos desastres e da construção principiológica já existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Novas demandas. Mudanças climáticas. Propriedade privada. Tutela ambiental. Direito dos desastres.

CAMBIO CLIMÁTICO Y SUS IMPACTOS EN LA LEY DE PROPIEDAD PRIVADA: UN ANÁLISIS DE LA CREACIÓN DE NUEVAS DEMANDAS BASADAS EN UNA OBSERVACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar la creación de nuevas demandas legales en vista de los impactos causados por el cambio climático en el derecho a la propiedad privada, observando los principios de protección ambiental en Brasil y también la formación de la Ley de desastres. Para ello, utiliza el método deductivo y monográfico para, en un primer momento, presentar el escenario del cambio climático y sus impactos en los derechos de propiedad, demostrando la aparición de nuevas demandas y, en un segundo momento, para comprender, desde principios de protección ambiental y derecho de desastres, el papel del poder judicial en este panorama. Se concluye, al final, que los tribunales brasileños tendrán el papel esencial de dar resoluciones apropiadas a estas nuevas demandas, siendo fundamental una reflexión temprana del tema, basada en la percepción del derecho a desastres y de la construcción principiológica que ya existe en el sistema legal brasileño.

Palabras-clave: Nuevas demandas. Cambios climáticos. Propiedad privada. Protección del medio ambiente. Ley de desastres.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Mudanças climáticas e seus impactos no direito de propriedade privada no Brasil. 2.1 Mudanças climáticas e desastres ambientais. 2.2 Os impactos das mudanças climáticas no direito de propriedade privada no Brasil. 3 O papel do poder Judiciário em relação às novas demandas que envolvam direito de propriedade e tutela ambiental no Brasil diante de mudanças climáticas. 3.1 Considerações relevantes sobre a principiológica da tutela jurídica ambiental e sobre a formação do direito dos desastres para uma adaptação às mudanças climáticas. 3.2 Os desafios do poder Judiciário e o seu papel ao enfrentar demandas em razão de mudanças climáticas. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas serão o maior desafio deste século e das gerações futuras. Com o aumento de eventos climáticos, a adaptação da sociedade será uma consequência necessária. De igual forma, o Direito deverá se adequar, principalmente o direito de propriedade, que deverá ser um dos principais ramos a ser afetado, tanto pela maior necessidade de proteção ambiental quanto pelo aumento na ocorrência de desastres ambientais.

Em razão dos muito prováveis impactos no direito de propriedade, demandas judiciais em decorrência de mudanças climáticas serão o novo tipo de litígio que o poder Judiciário brasileiro irá enfrentar. Por isso, este artigo busca compreender, a partir de uma observação sobre a principiologia da tutela ambiental e sobre a formação do direito dos desastres, qual será o papel do poder Judiciário neste cenário.

Para tanto, dividiu-se este trabalho em dois tópicos. No primeiro, verifica-se a problemáticas das mudanças climáticas, o aumento de desastres no Brasil e seus impactos no direito de propriedade privada, a fim de demonstrar a grande probabilidade do surgimento de novas demandas decorrentes de variações climáticas. Já no segundo aborda-se a tutela ambiental e o surgimento do direito dos desastres no Brasil para, por fim, discorrer sobre os maiores desafios do poder Judiciário e analisar qual será seu papel ao enfrentar essas novas demandas envolvendo direito de propriedade e tutela ambiental decorrentes de mudanças climáticas.

Para essa análise utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois o estudo proposto desenvolve-se a partir de premissas gerais sobre mudanças climáticas e o surgimento de novas demandas em razão dos impactos no direito de propriedade para, ao final, verificar o papel do poder Judiciário diante deste cenário. Além disso, foram aplicados os métodos de procedimento monográfico e jurisprudencial, visto que se realiza levantamento bibliográfico sobre a temática e também pesquisa jurisprudencial em precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

A temática é de atual relevância, pois as mudanças climáticas estão cada vez mais intensas, de forma que a sociedade, o Direito e o poder Judiciário necessitam, com urgência, adaptar-se.

2 MUDANÇAS CLIMÁTICAS E SEUS IMPACTOS NO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA NO BRASIL

Há estudos que demonstram os impactos das mudanças climáticas em inúmeras áreas, como na produção de alimentos, elevação do nível do mar e aumentos dos desastres ambientais. Observa-se, portanto, que as mudanças climáticas estão modificando o mundo de uma maneira sem precedentes. Nesse sentido, os impactos também serão sentidos no próprio Direito e, principalmente, no direito de propriedade, ramo que por muitas vezes entra em conflito com a tutela ambiental. Por isso, é imprescindível compreender a dimensão das mudanças climáticas mundialmente e também perceber o panorama brasileiro neste cenário, além de observar seus prováveis impactos diretos no direito de propriedade

2.1 Mudanças Climáticas e Desastres Ambientais

Não é de hoje que se fala em variações climáticas, mas o aumento de acontecimentos envolvendo desastres ambientais faz com que o assunto seja, cada vez mais, parte dos estudos de diversas áreas do conhecimento. Todo o planeta está precisando se adaptar às mudanças climáticas, inclusive o Brasil, país conhecido por “não ser fortemente exposto a desastres” (FARBER, 2012, p. 1).

Em conformidade com o relatório de avaliação global do *Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*¹ (IPBES), exceto em cenários que incluem uma mudança transformadora, tendências negativas são projetadas para as próximas décadas. A projeção é de um clima principalmente adverso, que alterará a biodiversidade e o funcionamento do ecossistema em todo o mundo (INTERGOVERNMENTAL..., 2019c).

¹ A Plataforma Intergovernamental de Política Científica sobre Serviços de Biodiversidade e Ecossistemas (IPBES) é uma organização intergovernamental criada para melhorar a interface entre ciência e política em questões de biodiversidade e serviços ecossistêmicos (INTERGOVERNMENTAL..., 2019c).

À vista disso, ressalta-se que apesar de as variações climáticas também ocorrerem em razão de mudanças climáticas naturais como as decorrentes de alterações das atividades vulcânicas e de modificações da inclinação do eixo de rotação terrestre, são as mudanças climáticas resultantes da influência humana (mudanças climáticas antropogênicas) que mais causam preocupação aos pesquisadores, por terem atingido uma magnitude jamais vista anteriormente (NOBRE; SAMPAIO; SALAZAR, 2007, p. 1).

Pesquisas cada vez mais contundentes comprovam que as demasiadas influências humanas no meio ambiente estão causando mudanças climáticas praticamente irreversíveis, além de colaborarem para a intensificação de mudanças climáticas naturais. Dados apresentados pelo *Intergovernmental Panel on Climate Change*² (IPCC) mostram que os impactos das mudanças climáticas têm grande probabilidade³ de serem cada vez mais sentidos. De acordo com os resultados das pesquisas, é possível observar um muito provável cenário de aumento na intensidade e também na frequência de eventos climáticos extremos, como chuvas intensas, temperaturas extremas, inundações, deslizamentos, incêndios e queda na produtividade agrícola. Desastres ambientais em geral serão cada vez mais frequentes (INTERGOVERNMENTAL..., 2020).

De acordo com o Relatório Especial sobre Aquecimento Global (INTERGOVERNMENTAL..., 2018, p. 4-5), o aquecimento induzido pelo homem atingiu aproximadamente 1°C acima dos níveis pré-industriais⁴ em 2017, aumentando aproximadamente em 0,2°C por década. Além disso, conforme o Relatório Especial Sobre Mudança Climática e Terra (INTERGOVERNMENTAL..., 2019a, p. 2), a apropriação de ecossistemas pelo ser humano e o uso humano da terra afeta cerca de 60% a 85% das florestas e 70% a 90% de outros ecossistemas naturais, fazendo com que a biodiversidade global diminuísse cerca de 11% a 14%.

O relatório (INTERGOVERNMENTAL..., 2019a, p. 3) ainda afirma que, desde 1961, o suprimento global de calorias por indivíduo em alimentos aumentou cerca de um terço. Ao mesmo tempo, aumentou quase em nove vezes o uso de fertilizantes nitrogenados inorgânicos e o uso da água de irrigação praticamente dobrou, contribuindo com cerca de um quarto das emissões globais de gases de efeito estufa (CO₂, CH₄ e N₂O). Isto fez com que o aquecimento da Terra ocorresse em uma taxa mais rápida do que a média global (1,53 no período de 2006 a 2015), tendo impactos significativos, pois as temperaturas mais quentes alteraram o início e o fim das estações de cultivo.

Ademais, já é necessário lidar com o problema ambiental de áreas degradadas e áreas em processo de desertificação. Problema que vem se intensificando, pois se estima que as áreas degradadas⁵ estão aumentando anualmente em 50 a 100 milhões de km², além de estudos apontarem que, em 2015, cerca de 500 milhões de pessoas viviam em áreas que sofreram desertificação⁶ entre as décadas de 80 e 2000. Dados relevantes, pois, o relatório (INTERGOVERNMENTAL..., 2019a, p. 20) também prevê que a população humana deve aumentar. Com isso, prevê-se que o crescimento urbano ocorra à custa de terras férteis, colocando um desafio à segurança alimentar.

Por fim, um dos principais focos de pesquisa sobre mudanças climáticas são seus impactos em relação ao oceano e à criosfera.⁷ Nesse contexto, o Relatório Especial Sobre o Oceano e a Criosfera (INTERGOVERNMENTAL..., 2019b, p. 3) mostra que a emissão de gases de efeito estufa induzida pelo homem e o aquecimento global contínuo ao longo de décadas estão ocasionando um encolhimento generalizado da criosfera, com perda de massa de camadas de gelo e geleiras, reduções na cobertura de neve e extensão e espessura do gelo do Mar Ártico e aumento da temperatura do permafrost.⁸ Os pesquisadores (INTERGOVERNMENTAL..., 2019b,

² O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas é uma organização científico-política criada no âmbito das Nações Unidas (ONU). Seu objetivo é divulgar estudos sobre mudanças climáticas (INTERGOVERNMENTAL..., 2020).

³ Ainda existem dúvidas científicas sobre os impactos das mudanças climáticas no mundo, mas, conforme as pesquisas científicas nesse âmbito avançam, também aumenta a certeza de que as variações climáticas se intensificarão nas próximas décadas, como vêm se intensificando nos últimos anos (INTERGOVERNMENTAL..., 2020).

⁴ O referencial climático pré-industrial indica período antes da Revolução Industrial (INTERGOVERNMENTAL..., 2018, p. 4).

⁵ A degradação da terra é definida como uma tendência negativa na condição da terra, causada por processos diretos ou indiretos induzidos pelo homem (INTERGOVERNMENTAL..., 2019a, p. 20).

⁶ A desertificação é definida como um fenômeno de empobrecimento e diminuição da humidade em solos arenosos (INTERGOVERNMENTAL..., 2019a, p.20).

⁷ Regiões da superfície terrestre cobertas permanentemente por gelo e neve (INTERGOVERNMENTAL..., 2019a, p. 3).

⁸ Tipo de solo constituído por terra, gelo e rochas permanentemente congelados (INTERGOVERNMENTAL..., 2019a, p. 3).

p. 6) afirmam que o oceano absorveu mais de 90% do excesso de calor no sistema climático e, desde 1993, a taxa de aquecimento do oceano dobrou, passando por uma crescente acidificação da superfície. Com isso, os especialistas observaram também o aumento nos ventos, chuvas, ciclones, aumentos nas ondas extremas e o elevação relativa do nível do mar, que acentuam eventos extremos e riscos costeiros. Todos os dados apresentados demonstram as consequências da forte intromissão do homem no meio ambiente. Os fenômenos climáticos estão cada vez mais intensos e vários serão os desafios a serem enfrentados.

Em um primeiro momento destaca-se que, diante das mudanças climáticas, as regiões mais pobres são as mais vulneráveis, principalmente na ocorrência de desastres ambientais. Mesmo que as perdas econômicas sejam maiores em países desenvolvidos, os países mais pobres têm mais dificuldade a responder rapidamente aos eventos ambientais extremos, de acordo com o Relatório Especial Sobre Mudanças Climáticas e Terra (INTERGOVERNMENTAL..., 2019a, p. 16). Carvalho (2013, p. 5) afirma que “as mudanças climáticas são um multiplicador de riscos, com tendência a desestabilizar não apenas o meio ambiente, mas as próprias estruturas sociais, atingindo vidas humanas, propriedades, serviços e recursos ambientais”.

Nesse viés, as preocupações em relação ao Brasil em um cenário de mudanças climáticas merecem atenção, visto que, conforme o Atlas Brasileiro de Desastres Naturais de 1991 a 2012 (UFSC, 2013, p. 29), trata-se de um país especialmente vulnerável, em razão de seus ecossistemas diversos e com desigualdades sociais latentes.

As projeções sobre os efeitos das mudanças climáticas, no entanto, já estão se concretizando no país. Dados mostram que o Brasil está acompanhando o movimento global. Só no ano início do ano de 2020 diversos eventos climáticos foram noticiados no país, como as fortes chuvas no mês de fevereiro em São Paulo e Minas Gerais. Neste cenário, enchentes atingiram a região da Baixada Santista, no litoral de São Paulo, com 41 vítimas fatais. Em Minas Gerais, as fortes chuvas colapsaram o Estado, desde outubro de 2019 até fevereiro de 2020: foram 72 mortes, 16.011 pessoas ficaram desalojadas e 3.103 desabrigadas, 211 cidades entraram em estado de emergência e 5 decretaram situação de calamidade pública (MAGRI, 2020).

Estudos do Atlas Brasileiro de Desastres Naturais de 1991 a 2012 já apontavam o avanço destes eventos no Brasil. De acordo com as pesquisas (UFSC, 2013, p. 2), ocorreu um considerável aumento na frequência, intensidade e impactos dos desastres ambientais nas últimas décadas no país. Isto porque os dados levantados dos registros do Sistema da Defesa civil⁹ demonstram que de 38.999 registros, 8.515 (22%) aconteceram na década de 90, 21.741 (56%) ocorreram na década de 2000 e apenas nos anos 2010, 2011 e 2012 foram registradas 8.740 (22%) ocorrências de desastres.

Os desastres ambientais são compreendidos, de acordo com Carvalho (2013, p. 7), como “eventos de causa natural, humana ou mista que, mediados por alguma mudança ambiental, comprometem as funções ambientais ou lesionam interesses humanos”. Visto isso, as informações contidas no Atlas (UFSC, 2013, p. 119) ainda demonstram que o Brasil não vinha sendo muito exposto a estes desastres. Antes dos anos 2000, as secas representavam o evento climatológico mais problemático no país. Atualmente o cenário se modificou, estudos apontam que, além de um aumento no registro de estiagem (cerca de 70% desde 2002), também há uma grande intensificação na ocorrência de inundações e movimentos de massa (deslizamentos, quedas, tombamentos e rolamentos de terra).

O total de afetados no Brasil por desastres ambientais de 1991 a 2012 é de 126.926.656; seca é o desastre mais recorrente, com 51% do total de registros, seguido de enxurradas, com 21%, e inundações com 12%. As secas afetam grande extensão territorial e produzem efeitos negativos e prolongados na economia que refletem amplamente na sociedade. Apesar, no entanto, de ser o fenômeno mais recorrente, a enxurrada é o tipo de desastre que mais causou mortes no país, 58,15% do total, seguido por movimentos de massa com 15,60%, de acordo com os estudos do Atlas (UFSC, 2013, p. 35).

⁹ O estudo apresentado no Atlas Brasileiro de Desastres Naturais de 1991 a 2012 (2013, p. 35) não afirma que os desastres aumentaram em 78% nos últimos 13 anos, visto que reforça que há certa fragilidade na atualização de registros do Sistema de Defesa Civil. É possível afirmar, porém, que, haja vista os dados registrados, os desastres têm potencial de crescimento.

Nesse sentido, as enxurradas já são um desafio para o Brasil, além de suas ocorrências também estarem aumentando, conforme demonstrado no Atlas (UFSC, 2013, p. 35), o avanço é evidente, passando de uma média de 227 eventos por ano entre 1991 e 2001 para uma média de 504 eventos por ano entre 2002 e 2012, lembrando que, muitas vezes, estes eventos ocorrem associados a vendavais, que potencializam os danos causados.

Sobre os movimentos de massa, salienta-se que, de 1991 a 2012 foram registrados oficialmente 699 eventos. Neste período, no Estado do Rio de Janeiro, foram registradas 418 mortes, o que representa 78% do total de registros fatais decorrentes de movimentos de massa (UFSC, 2013, p. 83).

Ademais, acerca das inundações, estas estão diretamente relacionadas às cheias dos rios e relacionam-se com períodos prolongados de chuvas contínuas. Esse fenômeno afeta diretamente as populações ribeirinhas. Além das inundações, grandes quantidades de chuva fazem com que os alagamentos sejam registrados com maior frequência; entre 1991 e 2001 a média era de 4,5 eventos por ano, já de 2002 a 2012 a média foi de 42 eventos por ano (UFSC, 2013, p. 54).

Destaca-se ainda que os incêndios florestais também têm sido mais recorrentes no Brasil, pois, no período de 1991 a 2012, registrou-se um total de 38.996 ocorrências (UFSC, 2013, p. 98). Estes eventos apontados no estudo, de acordo com o Atlas (UFSC, 2013, p. 124) são decorrentes, principalmente, da má gestão de recursos naturais, alta poluição, aquecimento global e ocupação irregular do solo. Além disso, Carvalho (2013, p. 6) acrescenta que o desrespeito à proteção de áreas de preservação permanente, ausência de reservas ambientais, ocupação de encostas de morros e os déficits na regulação ambiental também potencializam a ocorrência de desastres.

Isto posto, conforme os dados apresentados, tanto mundiais quanto do Brasil, é fácil visualizar os desafios que as mudanças climáticas estão criando e que os impactos sociais serão imensuráveis. O direito de propriedade certamente será uma área extremamente afetada, visto que os eventos climáticos extremos afetarão diretamente o cotidiano dos indivíduos.

2.2 Os Impactos das Mudanças Climáticas no Direito de Propriedade Privada no Brasil

Em um cenário de mudanças climáticas, são grandes as preocupações sobre seus impactos no direito de propriedade, principalmente porque, ao longo do tempo, construiu-se a ideia de estabilidade deste direito. Conforme Benjamin (1996, p. 4), muitas vezes o conceito de propriedade se confundiu com o direito hipotético de seu titular aproveitar livremente seus recursos naturais.

Damacena e Webber (2016, p. 4) afirmam que o direito de propriedade no Brasil partiu de uma concepção individualista, que foi flexibilizada e limitada de forma progressiva e lenta. As autoras (2016, p. 5) ressaltam que antes da Constituição de 1988 havia quase uma garantia plena do direito de propriedade, salvo as Constituições de 1946 e 1967, nas quais o direito não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Assim, como uma importante inovação, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o cumprimento da função social como um requisito para o exercício do direito de propriedade.

Dessa forma, a própria Constituição que dispõe sobre o direito de propriedade (artigo 5º, XXII) também o limita (Artigo 5º, XXIII).¹⁰ A função social da propriedade constitui um importante dever fundamental, a ser cumprido pelo proprietário, cujos requisitos estão previstos no artigo 186 da Constituição Federal, quais sejam: aproveitamento racional e adequado, utilização correta dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favore-

¹⁰ Art. 5º. Constituição da República: 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: [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

ça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.¹¹ Para Benjamin (1996, p. 4), isso significou que o proprietário tem direito de usar sua propriedade, mas não quer dizer que a ordem jurídica sempre irá assegurar “o melhor, o mais lucrativo ou o mais apazível uso possível.”

Além disso, a Constituição também prevê em seu artigo 225¹² o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, colocando como dever de toda a coletividade e do poder público defendê-lo e preservá-lo. Este artigo constitucional demonstra que, no Brasil, o meio ambiente é “matéria de interesse difuso, que orienta o uso e fruição da propriedade em uma linha de solidariedade coletiva” (DAMACENA; WEBBER, 2016, p. 5).

Diante disso, é possível perceber que a Constituição de 1988 preocupou-se com a proteção constitucional do meio ambiente e trouxe importantes limitações ao uso da propriedade privada no Estado brasileiro. Desde então, outras flexibilizações ao direito de propriedade foram legisladas e importantes leis foram criadas com o intuito de proteção ambiental, que interferem diretamente no direito de propriedade.

Nesse viés, Damacena e Webber (2016, p. 5) explicam que o direito de propriedade tem conexões com diversas áreas do Direito, as quais foram limitando o uso da propriedade privada de acordo com suas especificações. No Direito Civil existem institutos que limitam o uso da propriedade privada, como o usufruto ou condicionantes de testamento, por exemplo. Além disso, no Direito Administrativo, existem as figuras do tombamento e da desapropriação. As autoras (2016, p. 6), contudo, destacam que a área que mais vem influenciando o direito de propriedade, nos últimos tempos, é o Direito Ambiental, que tem colaborado para uma “releitura do direito de propriedade, a partir de uma perspectiva difusa, de valorização da equidade intergeracional e da sustentabilidade”, criando leis que zelam pela tutela ambiental, como a lei 9.985/2000, que trata sobre o sistema nacional de unidades de conservação.

Deste modo, é possível afirmar que os contornos existentes em relação ao direito de propriedade já demonstram certa preocupação com a tutela ambiental. Entende-se, no entanto, que, com as variações climáticas, muitas adaptações ainda terão de ocorrer. Para Farias (2006, p. 5), as variações climáticas irão afetar profundamente muitas expectativas estabelecidas na compreensão da propriedade, porque “os fundamentos deste direito foram concebidos em um mundo que ficou para trás”. As adaptações serão complexas justamente em razão do objetivo basilar do direito de propriedade, uma vez que haverá dificuldade em manter a estabilidade em um mundo de instabilidades climáticas.

As mudanças climáticas causam insegurança sobre o entendimento do direito de propriedade devido aos muito prováveis danos que irão causar, como o aumento de deslizamentos, incêndios, danos em razão do aumento do nível do mar, perda de terras férteis, alterações no solo e também pela necessidade de, cada vez mais, preservar os recursos ambientais e de recuperar as áreas já degradadas, sendo fundamental para o bem-estar humano o uso sustentável dos recursos da terra. Por essas razões, Farias (2006) entende que não se pode esperar por lentas progressões do tempo para melhorar o sistema jurídico do direito de propriedade privada, visto que as mudanças climáticas são um problema sem precedentes e não se deve “temer reexaminar um direito à luz de um problema novo.”

Essa necessidade de maior proteção ambiental e maior recorrência de desastres ambientais irão intensificar os conflitos entre tutela ambiental e direito de propriedade. Isso exigirá adaptações principalmente provenientes do poder público. Nesse sentido, Farias (2006, p. 32) indica como uma oportunidade para a instaurar sustentabilidade nas decisões políticas e jurídicas sobre direito de propriedade. Damacena e Webber (2016, p. 13) acrescentam que uma adaptação bem-sucedida envolve um planejamento governamental, normativo, de decisão e de gestão de riscos em um alto grau de complexidade, algo nunca antes enfrentado pelo Brasil, sequer pela humanidade em geral. Sendo assim, isso será um grande desafio, principalmente para o estabelecimento de políticas públicas e legislações específicas.

¹¹ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - Aproveitamento racional e adequado; II - Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - Observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

¹² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]

Farias (2006, p. 11), contudo, ressalta que as atitudes públicas em relação ao desenvolvimento da terra e aos direitos de propriedade também dependerão de outras razões, que não estão relacionadas às mudanças climáticas, por exemplo, dependerão do “nível de confiança (ou desconfiança) do governo”, as quais, para ele, são difíceis de prever. Na ausência de políticas públicas e legislações específicas, o poder Judiciário certamente irá se deparar com estas novas demandas, precisando dar respostas aos litigantes.

Diversas novas demandas irão surgir em busca de respostas para essa nova problemática decorrente de variações climáticas e clima instável. Estes litígios exigirão que o Judiciário se posicione de maneira ágil e também não arbitraria. Ou seja, na medida do possível, deverão atender ao interesse público de tutela ambiental sem que o direito de propriedade seja desconsiderado (DAMACENA; WEBBER, 2016, p. 7).

Por outro lado, a tendência são demandas complexas, pois além da tensão já existente entre tutela ambiental e direito de propriedade, as tensões entre público e privado ficam ainda mais latentes quando há desconsideração da ciência climática e lentidão na aplicação de políticas públicas, o que tem sido uma conjuntura muito comum no país, atualmente (DAMACENA; WEBBER, 2016, p. 14).

Nesse contexto, o sistema jurídico desempenhará um papel essencial. Por vezes caberá aos juízes decidirem, em um caso concreto, sobre os impactos das mudanças climáticas na propriedade privada. Canotilho (1995, p. 100) reforça que a intensificação desses litígios demandará “novos esforços dogmáticos”, visto que muitas dúvidas surgirão. O autor ainda ressalta que uma das principais dúvidas nessa temática é em relação em que casos o proprietário deve suportar “medidas autoritativas de compressão ecológica” ou se essas limitações implicarão em relevância indenizatória.

Dessa maneira, sobre os impactos no direito de propriedade, em geral, e essencialmente sobre a necessidade de um aumento de proteção sobre a tutela ambiental, questiona-se até que ponto o Judiciário poderá intervir em questões envolvendo mudanças climáticas e seus impactos, seus limites e quais serão os parâmetros de fundamentação das decisões. A complexidade dos conflitos levará a uma ponderação principiológica envolvendo público e privado. Esta ponderação, como já mencionado, não poderá ser arbitrária.

Além disso, em um contexto de desastres ambientais, há muito que se refletir. Por envolver um ramo novo no Brasil, esses eventos estão envolvendo diversos estudos e muitos pesquisadores estão focando no papel do Judiciário tanto na preparação para esses eventos quando na reação a eles após o acontecimento, por ser uma temática que conecta mitigação de riscos, gerenciamento, respostas a emergência, compensação e reconstrução após o evento climático (FARBER, 2012, p. 6). Todas essas questões também perpassaram no direito de propriedade, e alguns autores já indagam sobre a possibilidade ou não de indenização na ocorrência de deslizamentos em áreas públicas ocupadas irregularmente.

Diante de uma problemática tão complexa, portanto, será necessário compreender de forma mais concreta os desafios do poder Judiciário diante dessas novas demandas, levando em consideração os princípios já existentes da tutela ambiental e da formação do direito dos desastres no Brasil.

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO ÀS NOVAS DEMANDAS QUE ENVOLVAM DIREITO DE PROPRIEDADE E TUTELA AMBIENTAL NO BRASIL DIANTE DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

As perdas ecológicas, o aumento dos desastres ambientais e a própria necessidade de maior proteção ao meio ambiente desencadeados pelas mudanças climáticas ocasionarão inúmeros impactos ao direito de propriedade, como demonstrado no tópico anterior. O direito à propriedade eventualmente necessitará se adequar aos novos cenários que se criarão a partir desta perspectiva, porém neste processo de adaptação surgirão novas demandas exigindo que o poder Judiciário se posicione. Nesse sentido, deve-se levar em conta a principiológica da tutela ambiental no Brasil e também a recente formação do Direito dos Desastres no país, pois são a base para os tribunais fundamentarem decisões sobre a temática.

3.1 Considerações Relevantes Sobre a Principiológica da Tutela Jurídica Ambiental e Sobre a Formação do Direito dos Desastres para uma Adaptação às Mudanças Climáticas

A tutela ambiental passou a ser mais discutida na segunda metade do século 20, quando se evidenciou a esgotabilidade de recursos naturais e se percebeu a necessidade de buscar por desenvolvimento sustentável. O primeiro marco internacional sobre tutela ambiental foi a Declaração Universal Sobre

Meio Ambiente de 1972, originária da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que declarou que recursos naturais devem ser conservados em benefício das futuras gerações (FARIAS, 2006, p. 1).

No Brasil, o marco foi a Lei nº 6.938 de 1981, que regulou a Política Nacional do Meio Ambiente. Desde então, houve uma construção da legislação ambiental brasileira. Em 1988, como demonstrado no item anterior, essa tutela foi firmada constitucionalmente no artigo 225 da CF, ao estabelecer o direito/dever a um meio ambiente equilibrado e também ao prever a função social da propriedade no rol do artigo 5º. Com isso, ocorreu uma mudança de panorama, que passou a ser menos individualista e mais solidário, pois o direito a um meio ambiente equilibrado passou a ser considerado um direito fundamental de titularidade coletiva. Nesse viés, com a consagração desse direito na Constituição, firmaram-se diversos princípios norteadores da tutela ambiental.

Em conformidade com Farias (2006, p. 3), os princípios desempenham um papel fundamental em relação às demais fontes do Direito, visto que influenciam sobre o entendimento dos direitos tutelados, na lei, na jurisprudência, na doutrina e nas convenções internacionais, em razão de traduzirem “os valores essenciais da Ciência Jurídica”. Para o autor (2006), os princípios são ainda mais essenciais para o Direito Ambiental, devido à diversidade de leis da área e também ao surgimento de novos dilemas ambientais na humanidade. Nesse sentido, entre os princípios do Direito Ambiental, pode-se citar alguns que são especialmente pertinentes para a finalidade deste estudo.

Sendo assim, o princípio do desenvolvimento sustentável é um dos princípios que são essencialmente importantes ao Direito Ambiental, pois a ideia de conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente foi uma das preocupações que impulsionou diversas convenções internacionais e declarações. É o princípio nº 4 da Declaração do Rio de 1992, originário da Conferência das Nações Unidas para promover o desenvolvimento sustentável e também é abrangido pelos ideais do artigo 225 da Constituição da República. Este princípio baseia-se no fato de que toda atividade econômica se utiliza, direta ou indiretamente, de recursos naturais e estabelece essencialmente que o desenvolvimento humano não pode ameaçar o meio ambiente e os recursos naturais devem ser utilizados racionalmente e harmonicamente (MILARÉ, 2016, p. 38).

Também se destaca o princípio da ubiquidade que está fundamentado na ideia de que “o meio ambiente é ubíquo, ou seja, está presente em toda parte, em todo o globo” e que, por isso, as lesões nele causadas têm reflexos em toda natureza. O objetivo deste princípio é de que o meio ambiente seja considerado em qualquer política pública ou lei criada, a fim de proteger o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (BRITO, 2011, p. 3).

Além desses, dois princípios muito abordados pela doutrina e também muito utilizados em julgados dos tribunais brasileiros, são os princípios da precaução e da prevenção. Estes princípios estão fundamentados no artigo 225 da Constituição, pois esta determina a adoção de políticas públicas de defesa dos recursos ambientais a fim de evitar uma degradação ambiental futura.

O princípio da prevenção foi originalmente tratado na Declaração Universal Sobre Meio Ambiente e também, no Brasil, no artigo 4º da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, e tem como objetivo a proibição da repetição da atividade que já se sabe perigosa, sendo aplicada quando os impactos já são conhecidos. Cabe salientar que o princípio da prevenção é aquele que se faz mais presente em toda legislação ambiental brasileira, em razão da improbabilidade de recuperação do meio ambiente degradado (FARIAS, 2006, p. 9).

O princípio da precaução é de nº 15 da Declaração do Rio de 1992, o qual foi emancipado do princípio da prevenção. O princípio da precaução aplica-se quando houver ameaças de danos sérios ou irreversíveis, mas não há absoluta certeza científica sobre os potenciais impactos do problema e serve para prevenir a degradação ambiental. Existe similaridade entre estes dois princípios, com o da precaução constituindo um aperfeiçoamento do princípio da prevenção e ambos têm um papel fundamental para a proteção ambiental (FARIAS, 2006, p. 10).

Além dos clássicos princípios estabelecidos na doutrina ambiental, de acordo com Damascena e Weber (2016, p. 13), outro princípio que está sendo utilizado em decisões que envolvem direito de propriedade e meio ambiente ecologicamente equilibrado é o da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado, principal-

mente em casos em que há a imposição ou limitações de uso por parte do Estado na propriedade. As autoras (2016) ressaltam que estas decisões se fundamentam sob o argumento da solidariedade e no dever de proteção ambiental estabelecido constitucionalmente.

Nesse viés, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem emanado decisões que evidenciam a prevalência da tutela ambiental sobre o direito privado e a aplicabilidade dos demais princípios de Direito Ambiental, como pode ser demonstrado por trecho retirado da decisão do Agravo Regimental nº 1419/DF:¹³ “Eventual lesão econômica pode ser reparada, a lesão ambiental, por sua vez, jamais poderá ser restaurada. Confrontados o interesse privado e o público, deve-se privilegiar este (que é irreparável) em detrimento daquele”.

Dessa forma, é válido destacar que, em geral, os precedentes do STJ indicam a prevalência da tutela ambiental sobre interesses privados e apesar de não existir um caso padrão que trate exatamente sobre mudanças climáticas, há uma vasta jurisprudência que aplica princípios do direito ambiental a fim de zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado para presentes e futuras gerações.

Ademais, além da principiologia ambiental, é válido observar o surgimento do Direito dos Desastres no Brasil, pois a temática também perpassa por essa questão, visto que, em decorrência das mudanças climáticas, o país passou a registrar eventos climáticos extremos com mais frequência.

Sobre este Direito faz-se necessário salientar que é um ramo que está em forte integração com o Direito Ambiental, em razão dos desastres, pois a maioria destes está ligada a “falhas no processo regulatório, no seu cumprimento, bem como na fiscalização ambiental”, como ocupações irregulares em áreas protegidas e descumprimento das regras de proteção ambiental, por exemplo (CARVALHO, 2013, p. 14).

Carvalho (2013, p. 2) ressalta que o Direito dos Desastres possui estrutura jurídica no Brasil, principalmente com a entrada em vigor da Lei nº 12.608. De forma que as catástrofes não são mais vistas como algo além do controle jurídico, como era o entendimento histórico da temática. O autor (2013, p. 17), porém, afirma que ainda é preciso mais compreensão sobre a aplicação do Direito dos Desastres, que, segundo ele, funda-se na “necessidade de salvar vidas, proteger patrimônio (público, privado e difuso) e as infraestruturas verdes (bens e serviços ecossistêmicos), minimizando vulnerabilidades socioambientais” diante de catástrofes, com o papel de fornecer uma recuperação o mais rápida e adequada possível, que dependerá do caso concreto, de maneira que o Direito deverá trazer a estabilidade de constituir um Direito dos Desastres, mas também deverá ser dinâmico, no sentido de perceber as peculiaridades da casuística, a partir do Direito disponível no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, o poder Judiciário tem papel fundamental, principalmente na judicialização pós-desastre ambiental, pois, diante do cenário legislativo atual, terá de regular as formas de compensação das vítimas e a possível reconstrução das propriedades e ecossistemas atingidos, por exemplo.

Dessa maneira, levando em consideração os muito prováveis impactos no direito de propriedade pelas mudanças climáticas, a principiologia do Direito Ambiental e o surgimento do Direito dos Desastres no Brasil, vê-se muitos desafios ao Judiciário brasileiro. Serão abordadas, portanto, considerações sobre a provável dinâmica futura que deverá ser urgentemente enfrentada pelo poder Judiciário em relação ao direito de propriedade, em razão da aceleração das mudanças climáticas.

3.2 Os Desafios do Poder Judiciário e o seu Papel ao Enfrentar Demandas em Razão de Mudanças Climáticas

O cenário imposto pelas mudanças climáticas exige consciência coletiva. Para além disso, maiores proporções de desastres e a necessidade de adaptação do direito de propriedade exigirão planejamento para que a adaptação seja bem-sucedida, tendo em vista um problema tão emergente.

Os impactos no direito de propriedade, como visto, são de alta probabilidade e necessitarão de respostas para diversas questões, principalmente àquelas relacionadas à limitação do direito de propriedade e à necessidade de compensação indenizatória ao proprietário e de ampliação da proteção ambiental. Ademais,

¹³ Agravo Regimental. Suspensão de Tutela Antecipada. Análise de Cunho Político. Impossibilidade de Avaliação do Mérito da Causa. Obra de Construção Civil. Dano ao Meio Ambiente. Irreparabilidade. Necessidade de Manutenção do Embargo à Obra (BRASIL, 2011).

os desastres ambientais que vêm ocorrendo em maiores escalas também afetarão o direito de propriedade e ocorrem de maneira que sempre terão especificações e variadas consequências. Um evento climático pode afetar a propriedade de diferentes formas, pois cada catástrofe ambiental tem sua particularidade.

Essas questões, em tempos de mudança climática serão parte do cotidiano do Judiciário. Nesse sentido, a principiologia ambiental é de grande valia para a elaboração dessas decisões. Como demonstrado no tópico anterior, os princípios de Direito Ambiental têm por premissa a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, prevalecendo os direitos coletivos sobre o privado e, apesar de não haver uma decisão casuística própria sobre a temática deste estudo, os precedentes do STJ indicam a aplicabilidade dos princípios ambientais, também fazendo com que o meio ambiente equilibrado seja entendido como prioridade quando colocado em balanceamento com o interesse privado.

Acrescenta-se que essa construção ambiental foi estabelecida desde a constitucionalização da função social da propriedade, pois foi firmado o entendimento de que o direito de propriedade não dá ao proprietário o direito somente de usar, gozar e fruir, mas também deveres, pois a propriedade deve cumprir todos os requisitos da função social e também o dever para com a sociedade de zelar pelo meio ambiente, direito/dever igualmente previsto na Constituição.

Assim, quanto às intervenções limitativas da propriedade, salienta-se que a legislação brasileira é ampla, que institui reservas legais, áreas de preservação permanente e áreas de proteção ambiental, além de muitas determinações referentes à proteção ambiental. A questão, porém, é ainda mais complexa. Canotilho (1995, p. 102) reforça que entender em um caso concreto se a intervenção implica indenização diante de impacto significativo ou apenas uma delimitação de vínculo ecológico sem relevância indenizatória é uma tarefa de ponderação de interesses, visto que, diante da irreversibilidade de danos ambientais, justifica-se que sejam utilizados “remédios jurisdicionais preventivo-inibitórios destinados a prevenir lesões futuras aos ecossistemas”.

O autor (1995, p. 103), em sua literatura, entende que diante de um problema envolvendo a tutela ambiental, há obrigação dos poderes públicos, tanto em razão do Direito Interno, quanto do Direito Internacional, de adotar medidas de preservação a danos ambientais. Para ele (1995), os particulares devem suportar os ônus resultantes da necessidade de preservação e defesa do equilíbrio ecológico, pois “o direito de todos a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado implica no dever de todos suportarem os respectivos encargos”. Por essa razão, os litígios com esse viés demandam atenção aos princípios ambientais e ponderação.

Em relação às demandas decorrentes de desastres ambientais, há que se pensar até que ponto o poder Judiciário pode auxiliar. Como exposto por Carvalho (2013, p. 11), em casos relacionados a desastres, deve-se fazer enfrentamento da ocorrência de acordo com a variabilidade do caso concreto, com ênfase no conhecimento cultural, geográfico, ambiental e de ciência local, chamado pelo autor de “flexibilidade orientada”, que leva em consideração os fatores de uma determinada comunidade, seus riscos e eventos. Salienta-se que para essa aplicação sempre deverá ser feita uma “reflexão crítica da viabilidade e eficiência de implementação local de estratégias de prevenção e resposta a desastres, a partir das características e das peculiaridades culturais, axiológicas, científicas, jurídicas e ambientais de uma determinada localidade” (CARVALHO, 2013, p. 12). Dessa forma, retoma-se a ideia de um direito que dá estabilidade, mas também dinâmica perante essas demandas complexas, se observados esses parâmetros. Isto aplica-se também para questões relacionadas à compensação indenizatória por desastres, visto que, igualmente, deve haver uma gestão do risco na compensação, levando em conta o risco moral que pode causar, dependendo de quem é beneficiário da indenização, para que não sejam estimulados comportamentos de risco, como já citado anteriormente no exemplo das ocupações irregulares. Além disso, no viés das compensações relacionadas a desastres dito “naturais”, o autor (2013) entende que a responsabilidade da administração pública deveria se dar com base no conhecimento do risco, para compreender o que é passível de judicialização e o que é uma força alheia ao Direito.

Dessa forma, relacionando todo o estudo, entende-se que em um cenário de incertezas formado pelas mudanças climáticas, é preciso desmitificar a ideia de um Direito totalmente pronto, de maneira a entender que o Direito não é imutável, está em permanente mutação e adaptação, desde que respeite a rede principiológica em que se forma. Diante da complexidade do assunto, há uma ausência de soluções prontas, com apenas uma certeza, o forte impacto das variações climáticas no direito de propriedade.

Os desafios do poder Judiciário serão muitos, porém compreendendo isto, há o dever de estabelecer uma reflexão antecipada para entender a temática da melhor forma, revelando-se imprescindível planejamento e parâmetros de organização. Essas complexas decisões deverão estar orientadas indubitavelmente pelos princípios da tutela ambiental e o estabelecido constitucionalmente. Os princípios terão papel fundamental, a fim de que se busque interpretações razoáveis, que contemplem os direitos fundamentais e a rede jurídica neles envolvidos.

Nesse sentido, evidentemente, o dever de tutela ambiental é essencial em tempo de variações climáticas. Em relação ao direito de propriedade privada, contudo, é imprescindível que isto ocorra com a devida proporcionalidade e razoabilidade. Ao construir novas posições jurídicas, os juízes não poderão ser arbitrários, mas também deverão dar respostas adequadas em tempos adequados devido à urgência dos problemas ambientais, para construir uma jurisprudência coerente e isso só se dará utilizando-se dos princípios já existentes e fazendo ponderações no caso concreto.

Entende-se, portanto, que as respostas a essas questões devem ocorrer sistematicamente, tanto na dimensão material quanto processual. Os tribunais desempenham função fundamental na solução dessas demandas, que serão o grande desafio deste século e dos próximos. Há a necessidade de o direito de propriedade se adequar ao panorama de mudanças climáticas e o poder Judiciário deverá formular decisões que respeitem a principiologia já construída e, para além disso, buscar compreender a complexidade de cada caso para que se busque a resposta mais coerente diante dos litígios envolvendo tutela ambiental e direito de propriedade decorrentes de mudanças climáticas. Assim, reafirma-se a essencialidade da discussão desta problemática anteriormente à ocorrência de grandes eventos ou na multiplicação de demandas relacionadas aos impactos na propriedade privada, para auxílio na elaboração de respostas mais adequadas a essas novas demandas de extrema relevância.

4 CONCLUSÃO

As mudanças climáticas já podem ser observadas em escala global, as pesquisas indicam uma grande probabilidade no aumento de eventos climáticos de alta intensidade e também concluem que boa parte destas variações no clima deve-se às atividades antropogênicas, de consequências irreversíveis. Já se tornou evidente a necessidade de adaptação da sociedade para com essas mudanças climáticas. Visto isso, demonstrou-se que o direito de propriedade será um ramo fortemente afetado e gerará demandas complexas, em razão de ser um direito fundamentado na necessidade de estabilidade e segurança.

A necessidade de maior proteção ambiental e a maior ocorrência de desastres ambientais ocasionados por mudanças climáticas tornarão inviável manter este direito imutável. O grande desafio do poder Judiciário, diante deste cenário, será dar respostas imediatas às questões que surgirem em razão da urgência dessas adaptações.

Nesse sentido, é evidente a essencialidade de uma Justiça preparada para receber tais litígios. Assim entendido, conclui-se que para tratar desta temática é preciso que se faça uma reflexão antecipada, pois não haverá um Direito totalmente pronto para a resolução das demandas. As decisões deverão estar orientadas pelos princípios de Direito Ambiental e dinâmica diante dos casos. A ponderação principiológica terá importante função, a fim de que as soluções não sejam arbitrárias, com decisões razoáveis para o caso concreto.

Dessa maneira, é imprescindível que mudanças climáticas sejam cada vez mais pauta das discussões, devido à forte necessidade de preparação antecipada para estabelecer estratégias e responder adequadamente às demandas que envolverem direito de propriedade e tutela ambiental.

5 REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman V. Direito de Propriedade e Meio Ambiente. CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 16., 1996. Fortaleza. *Anais* [...]. Fortaleza: OAB: Conselho Federal, 1996.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *AgR nº 1419/DF*, 2011. Relator ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=LES%C3O+AO+MEIO+AMBIENTE+JAMAIS+PODER%C1+SER+REPARADA&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 15 jun. 2020.

- BRITO, Fernando de Azevedo Alves; BRITO, Álvaro de Azevedo Alves. Breves considerações sobre princípios do Direito Ambiental Brasileiro. *Âmbito Jurídico*, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/breves-consideracoes-sobre-os-principios-do-direito-ambiental-brasileiro/>. Acesso em: 7 jun. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção ao meio ambiente e direito da propriedade*: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 18, n. 3, p. 397-415, set./dez. 2013. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 29 abr. 2020.
- DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; WEBBER, Suelen. O direito de propriedade e a supremacia do interessa público sobre o privado na era de adaptação às mudanças climáticas. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 18, p 55-70, 2016.
- FARIAS, Talden. *Property Rights and Climate Change*. 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2418756>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- FARIAS, Talden. Princípios gerais do direito ambiental. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. *Prim@ Facie*, a. 5, n. 9, p. 126-148, jul./dez. 2006.
- INTERGOVERNMENTAL Panel on Climate Change (IPCC). 2020. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- INTERGOVERNMENTAL Panel on Climate Change (IPCC). *Special report: Climate change and land*. 2019a. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2019/11/03_SROCC_SPM_FINAL.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.
- INTERGOVERNMENTAL Panel on Climate Change (IPCC). *Special report: Global warming of 1.5°C*. 2018. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/05/SR15_SPM_version_report_LR.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.
- INTERGOVERNMENTAL Panel on Climate Change (IPCC). *Special report: The ocean and cryosphere in a changing climate*. 2019b. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2019/11/03_SROCC_SPM_FINAL.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.
- INTERGOVERNMENTAL Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES). *Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*. 2019c. Disponível em: https://ipbes.net/sites/default/files/downloads/spm_unedited_advance_for_posting_htn.pdf. Acesso em: 4 maio 2020.
- MAGRI, Diogo. Com 39 mortos e 41 desaparecidos, tragédia na Baixada Santista. *El País*, São Paulo, 6 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-03-06/com-31-mortos-e-39-desaparecidos-tragedia-na-baixada-santista-pode-ser-tres-vezes-maior-que-mariana.html>. Acesso em: 9 abr. 2020.
- MILARÉ, Édis. *Reação jurídica à danosidade ambiental*: contribuição para o delineamento de um microsistema de responsabilidade. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2016. Disponível: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- NOBRE, Carlos A; SAMPAIO, Gilvan; SALAZAR, Luis. Mudanças climáticas e Amazônia. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 59, n. 3, p. 22-27, 2007. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252007000300012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 abr. 2020.
- UFSC. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres (UFSC-CEPED). *Atlas brasileiro de desastres naturais 1991 a 2012*: volume Brasil, 2. ed. revisada e ampliada. Florianópolis: Ceped; UFSC, 2013.

O AGRICULTOR FAMILIAR DIANTE DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL: Reflexões à Luz do “Direito à Dignidade”

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.192-204>

Recebido em: 1º/4/2020

Modificações solicitadas em: 26/6/2020

Aceito em: 14/7/2020

Marlene de Paula Pereira

Professora de Direito do Instituto Federal de Educação – Campus Barbacena/MG. Graduada em Direito (UFV). Mestre em Direito (UERJ). Doutorado em Extensão Rural (UFV). <http://lattes.cnpq.br/4377280817505517>. <https://orcid.org/0000-0001-5997-3411>. marlene.pereira@ifsudestemg.edu.br.

RESUMO

Este trabalho teve por objetivo refletir a respeito da vulnerabilidade dos agricultores familiares na esfera judicial. Trabalhou-se com a hipótese de que a fragilidade social e econômica que atinge este segmento estende-se ao âmbito judicial. Para a obtenção dos dados foram realizadas entrevistas não estruturadas com agricultores familiares da região em estudo e com agentes ambientais. Além disso, foram coletados dados por meio de consulta realizada na sede da Polícia Militar do Meio Ambiente, do município de Viçosa – MG, na 2ª Promotoria Cível e nas 1ª e 2ª Varas Criminais, todas da Comarca de Viçosa – MG. Concluiu-se que a posição de desvantagem dos agricultores familiares, que é nítida em termos de segmento da economia, existe também nas relações judiciais. Ficou evidenciada a incapacidade de tais sujeitos utilizarem os mecanismos legais de defesa, como a defesa técnica realizada por advogado ou mesmo o acesso aos recursos, o que representa um grande desafio para o poder público, responsável por exercer os deveres de tutela para assegurar dignidade e respeito a todos os cidadãos.

Palavras-chave: Legislação. Agricultor. Dignidade.

THE FAMILY FARMER IN FRONT OF ENVIRONMENTAL LEGISLATION: REFLECTIONS IN THE LIGHT OF ‘RIGHT TO DIGNITY’

ABSTRACT

This paper aimed to reflect on the vulnerability of family farmers in the judicial sphere. We worked with the hypothesis that the social and economic fragility that affects this segment extends to the judicial sphere. To obtain the data, unstructured interviews were conducted with family farmers in the region under study and with environmental agents. In addition, data were collected through consultation carried out at the headquarters of the Military Police of the Environment, in the municipality of Viçosa – MG, at the 2nd Civil Prosecutor’s Office and at the 1st and 2nd criminal courts, all in the District of Viçosa – MG. It was concluded that the disadvantaged position of family farmers, which is clear in terms of the segment of the economy, also exists in judicial relations. It was evidenced the inability of such subjects to use the legal defense mechanisms, such as the technical defense performed by a lawyer or even access to resources, which represents a great challenge for the public power, responsible for exercising the guardianship duties to ensure dignity and respect for all citizens.

Keywords: Legislation. Farmer. Dignity.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A vulnerabilidade no campo social. 3 Discursos e percepções sobre a lei. 3.1. O que pensam os agricultores. 3.2 Perspectivas dos agentes ambientais. 4 Reflexões à luz do “Direito à dignidade”. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A concepção de vulnerabilidade não está relacionada apenas à ausência ou precariedade de acesso à renda, mas também às fragilidades de vínculos relacionais e de acesso a bens e serviços. Nesse sentido, este trabalho tem o objetivo de refletir a respeito da vulnerabilidade de um segmento específico da agricultura, conhecido como “agricultura familiar”, diante do poder do Estado, especialmente considerando, aqui, os embates desse segmento com o poder Judiciário e com os órgãos que atuam como fiscais da lei ambiental.

Considerando o ser humano um fim em si mesmo, trabalha-se com a hipótese de que, muitas vezes, mesmo no âmbito do poder Judiciário, alguns grupos, entre eles os agricultores familiares, encontram-se nitidamente em condição de desigualdade perante outros grupos e à mercê do poder do Estado, em uma clara violação dos pilares de dignidade que perpassam o ordenamento jurídico brasileiro.

Embora a agricultura familiar englobe segmentos diversos, como extrativistas, assentados, minifundiários, pequenos empresários, agroecologistas e monocultores, para grande parte da população essa denominação refere-se à pequena produção rural, portanto aos estabelecimentos produtores das rendas mais baixas e, também, aqueles de menores extensões de área (NAVARRO; PEDROSO, 2014).

Este conceito que prevalece no imaginário coletivo, porém, encontra justificativa, pois, embora responsável por produzir cerca de 70% dos alimentos consumidos no país e empregar 74,4% dos trabalhadores rurais esse segmento enfrenta dificuldades econômicas, e estas, muitas vezes, refletem-se no campo social, inclusive na capacidade de exercício dos direitos.

Este trabalho investigou a respeito dessa vulnerabilidade dos agricultores familiares diante dos órgãos e instrumentos do Estado que se movem quando há algum tipo de infração ambiental. A análise ocorreu a partir de um estudo de campo realizado na Zona da Mata Mineira, uma localidade com forte presença de conflitos entre agricultores e Estado, em razão das características geológicas e das legislações ambientais de âmbitos federal e estadual que vigoram conjuntamente e que trazem limitações nos modos de produção dos agricultores. Estas leis são, especialmente, o Código Florestal, o Código Florestal Mineiro e a Lei da Mata Atlântica.

Para a realização desta pesquisa a metodologia adotada foi basicamente qualitativa, com a utilização de dados primários e secundários, que foram interpretados com o apoio da literatura pertinente, em uma proposta de triangulação de métodos. Para a obtenção dos dados foram realizadas entrevistas não estruturadas com agricultores familiares da região e com agentes ambientais. Além disso, foram coletadas informações por meio de consulta realizada na sede da Polícia Militar do Meio Ambiente, do município de Viçosa – MG, na 2ª Promotoria Cível e nas 1ª e 2ª Varas Criminais, todas da Comarca de Viçosa – MG. O objetivo desses dados foi apresentar um panorama a respeito do número e dos tipos de infrações mais frequentes, em cada município, no período em estudo.

Optou-se por estudar os municípios que compõem a Comarca de Viçosa – MG, na Zona da Mata Mineira. Os municípios são: Viçosa, Coimbra, Cajuri, São Miguel do Anta, Porto Firme e Paula Cândido. Para análise dos processos foi necessário demarcar um período de tempo, no caso os anos de 2011 a 2013, em que foram identificados 240 processos/procedimentos envolvendo agricultores familiares. O marco temporal foi escolhido com vistas a analisar possível influência do Código Florestal, aprovado em 2012.

Diante da impossibilidade de análise de todos os processos, foi realizado o cálculo da amostra válida, considerando uma amostra com 95% de confiabilidade, e, a partir disso foram analisados, efetivamente, 148 processos/procedimentos.

Antes da realização das entrevistas o projeto foi submetido à apreciação do Comitê de Ética da Universidade Federal de Viçosa e foi aprovado conforme parecer consubstanciado CAAE 34746114.9.0000.5153.

O artigo está dividido em três partes. Na primeira foram apresentados os dados quantitativos de boletins de ocorrência, processos e procedimentos estudados. Na segunda foram apresentadas as percepções dos agricultores e agentes do Estado a respeito da lei ambiental e, na terceira, foi exposta a reflexão acerca da vulnerabilidade desses agricultores diante do sistema legislativo e judiciário, considerando a premissa de que todo cidadão deve ter o ‘direito à dignidade’, isto é, ao reconhecimento, ao respeito e à existência digna.

2 A VULNERABILIDADE NO CAMPO SOCIAL

Na Comarca de Viçosa os policiais chegam ao local do fato por meio de notícia-crime, na maior parte das vezes, ou por meio de policiamento ostensivo, ou seja, do trabalho normal de ronda. Constatada a infração, a polícia notifica o infrator a respeito da instauração de um procedimento administrativo, que geralmente tem como consequência a aplicação de uma multa. O Boletim de Ocorrência, lavrado na hora, é encaminhado *on-line* para a Delegacia da Polícia Civil e para o Ministério Público Estadual.

Cabe ao delegado da Polícia Civil analisar se o fato constitui crime ambiental. Se constituir, deverá ser iniciado um inquérito policial. Concluído o inquérito, ele deverá ser encaminhado ao Ministério Público, órgão responsável para propor a ação penal. O processo surge com a ação penal, pois, ao dar início a ela, o conflito é levado à apreciação do poder Judiciário para que o juiz decida se houve crime e se a pessoa acusada deve ser punida.

Paralelamente a isto, o Ministério Público analisa se o fato causou dano ambiental. Se tiver causado, poderá optar entre propor um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou iniciar uma ação civil pública. O Ministério Público tem competência, ainda, para iniciar inquérito civil para apuração de dano ambiental, independentemente de ocorrência de crime ou infração ambiental. Nesses casos, o fato chega ao conhecimento do promotor por meio de notícia-crime.

A possibilidade de mais de um desdobramento da infração ambiental é um dos aspectos mais difíceis de serem compreendidos pelos agricultores, pois, muitas vezes, eles são autuados administrativamente e acreditam que o problema será totalmente solucionado com o pagamento da multa. Após o pagamento, contudo, são surpreendidos com uma notificação para que compareçam à sede do poder Judiciário para realizar um TAC ou recebem uma citação judicial que informa que foi instaurado um processo em que ele é réu. A sensação dos agricultores é a de que estão sendo punidos duplamente ou triplamente pelo mesmo fato.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é possível apresentar defesa contra o auto de infração, no prazo de 20 (vinte) dias, contados da data da notificação do autuado da lavratura do auto de infração. Essa defesa poderá ser elaborada pelo próprio autuado ou por um advogado. Cabe ao autuado a prova dos fatos alegados, entretanto as provas apresentadas pelo autuado poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada da autoridade competente.

Após julgamento da defesa apresentada, o autuado receberá, em sua residência, uma correspondência, contendo um ofício que informará sobre a resposta da defesa. Caberá, ainda, o recurso que poderá ser apresentado no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da notificação do autuado do julgamento da defesa. O recurso também poderá ser elaborado pelo próprio autuado ou por advogado.

Apesar da previsão legal, dado o grau de desinformação existente entre os agricultores, a apresentação de defesa e de recurso pelo próprio autuado são muito pouco utilizados. Esta pressuposição foi confirmada pelos técnicos do Instituto Estadual de Florestas (IEF). Segundo o analista ambiental do IEF, “a maior parte dos agricultores autuados paga a multa, sem contestações, de forma parcelada”. O senhor Daniel (nome fictício), morador de Córrego Fundo, Viçosa-MG, é um exemplo que parece representar o comportamento comum entre os agricultores da região em relação ao pagamento de multas. Disse ele:

Paguei R\$ 6.000,00 porque não ajustei advogado. Depois me falaram que se tivesse arrumado advogado, a multa tinha diminuído. Mas eu não arranjei não, porque eu não preciso de advogado. Pra quê advogado? Eu não matei ninguém... (senhor Daniel, agricultor familiar da zona rural de Viçosa- MG).

A partir da fala deste agricultor, duas observações podem ser feitas: a primeira vai ao encontro do estudo de Woortmann (1990), de acordo com o qual a honestidade é um valor a que o camponês dá muita importância. Nesse sentido, “demandar na Justiça” é algo que só deve ocorrer quando não puder ser evitado, pois remete à prática de uma má conduta. Desta percepção decorre a segunda observação, que aponta para o significado social e psicológico do processo na vida desses sujeitos, pois, muito além de ser um contratempo, implica deduções a respeito do indivíduo.

Fica evidenciado, portanto, que, embora existam previsões legais no sentido de facilitar a resolução dos problemas de irregularidade ambiental, existe uma parcela significativa de cidadãos que permanece excluída de tais possibilidades, pois a desinformação e a falta de acesso aos mecanismos de defesa limitam o exercício

pleno dos direitos. Considerando que acessos e oportunidades são também uma espécie de recurso, nota-se que grupos social e economicamente vulneráveis, como é o caso dos agricultores familiares, encontram mais dificuldades para usufruírem das garantias legais e jurídicas.

As autoridades esforçam-se para atribuir aos agricultores a responsabilidade por não utilizarem as concessões dadas pela lei e por não pleitearem as políticas de que necessitam, afirmando serem os agricultores pessoas “caladas e pouco participativas”. Em entrevista o promotor de Justiça da Comarca de Viçosa afirmou que “os agricultores não são organizados, e mesmo quando conseguem se organizar, de alguma maneira, os representantes têm pouca instrução” (Promotor de Justiça da Comarca de Viçosa, entrevista).

Na Comarca de Viçosa, durante o período de 2011 a 2013, considerando os 240 procedimentos em curso, 65,8% resultaram em TACs. Destes, 33,5%, foram cumpridos e 66,5% tiveram desdobramentos judiciais, com propositura de ações. Logo, não se pode afirmar que a realização do acordo extrajudicial tenha amenizado a situação do agricultor, evitando que este tenha desgastes decorrentes da lentidão e burocracia da Justiça, pois a quantidade de acordos que não foram cumpridos é significativa. As principais razões que justificam o descumprimento dos TACs são as dificuldades em cumprir as medidas ajustadas e o custo que elas envolvem.

De acordo com a pesquisa, entre a ocorrência do fato e a realização do acordo (TAC) decorrem em média 2 anos. Entre a realização do TAC e o termo final do processo passam em média 3 anos, totalizando um período de duração médio para o processo de 5 anos, desconsiderando eventuais recursos. Esse prazo pode variar de acordo com as especificidades do caso, mas o que se pôde notar é que o fator que mais interfere no tempo de duração do processo é a realização da perícia. De acordo com informações obtidas nos próprios autos e confirmadas por funcionários estaduais, a estrutura dos órgãos técnicos estaduais responsáveis pela perícia encontra-se bastante deficitária, de modo que os agentes são insuficientes para o número de solicitações feitas pela Justiça.

3 DISCURSOS E PERCEPÇÕES SOBRE A LEI

Os agricultores familiares encontram dificuldades em suas relações com o Estado e com as instituições, devido, principalmente, à escassez de informação e acesso, ao passo que os agentes estatais argumentam que as dificuldades encontradas pelos agricultores estão diretamente ligadas ao perfil introspectivo desses atores sociais. Será apresentado, aqui, um paralelo a respeito da perspectiva dos agricultores sobre o Estado e a lei e, por outro lado, a perspectiva dos agentes estatais sobre o papel do Estado e o comportamento dos agricultores.

3.1. O que Pensam os Agricultores

A primeira observação que pode ser feita refere-se ao modo como os agricultores reagiram à pergunta: “O que é o Estado para você?” As primeiras reações observadas eram um riso, acompanhado de uma expressão de quem não sabia responder. Posteriormente, alguns deles falaram: “Isto eu não sei responder, não...”, e outros arriscaram algumas respostas como: “é quem manda”, “são os grandes”, “são aqueles ladrões que não mandam nada pra gente”, “é o presidente, o governador”. Após um pouco mais de conversa, alguns entrevistados mencionaram certos agentes que poderiam ser considerados “Estado”, tais como Emater, juiz, promotor, polícia, IEF. Observa-se que o fato de eles terem mencionado essas autoridades como representantes do Estado deve-se ao fato de a pesquisa ter sido apresentada como investigativa sobre a área ambiental e de toda a conversa que precedeu a essa pergunta ter sido a respeito de meio ambiente e de leis ambientais.

De toda forma, a dificuldade em dizer quem é o Estado ou de mencionar um agente que pudesse representá-lo chama a atenção para a distância que existe entre esse grupo social estudado e a estrutura estatal. Os entrevistados somente associaram aquele ente à imagem de alguém que pune ou que não presta o apoio que deveria prestar.

O senhor Sebastião, do Córrego de São João (Viçosa, MG), disse: “Falta apoio do Estado. O Estado é o presidente que deve dar um apoio, porque viver na roça tá ruim.”

O senhor Roberto, também do Córrego de São João, afirmou: “O poder público deveria dar mais informação e apoio. Vem dinheiro pra isso.”

Sobre esse aspecto vale mencionar Fleury (1994, p. 14), de acordo com a qual “Na percepção do Estado como instrumento, este se acha reduzido a um instrumento da classe dominante na consolidação de sua dominação política e exploração econômica”. Para Fleury (1994), não existe maneira de um Estado, cuja natureza é classista e a ocupação dos postos é feita pelos membros da classe dominante, contemplar, em suas políticas, os interesses das classes dominadas. Esse aspecto reduz o Estado e toda a sua política a um mero elemento da estratégia de exploração e/ou de legitimação do exercício da dominação. É dessa forma mencionada por Fleury (1994) que o Estado é compreendido pelos agricultores, como um ente que os explora, no qual eles não acreditam.

Ainda a respeito das percepções gerais, merece destaque o fato de quase todos os entrevistados terem mencionado que reconhecem que a lei para proteger o meio ambiente é necessária.

O senhor Alessandro, do Córrego de São João, disse: “Que deve de ter lei, acho que deve de ter, se não ia faltar água pra todo mundo. Mas tinha que ter diferença: uma lei para rico e uma para pobre.”

No mesmo sentido, o senhor José Mauro, da Comunidade de Santa Tereza (Viçosa, MG), falou:

Se a lei for cumprida acho que faz diferença, mas ela deveria ser diferente para o pequeno porque para nós é mais difícil de cumprir. Do jeito que é, prejudica a minoria para ajudar a maioria porque atrapalha o agricultor para ajudar a população em geral.

Dois aspectos podem ser observados como recorrentes nas respostas a essa pergunta: a menção ao tratamento desigual que é dado aos agricultores “ricos” e “pobres” e a preocupação em relação à água. Os agricultores compreendem que os “ricos” têm mais facilidade para se adequarem às exigências legais e, também, para se livrarem das punições, uma vez que podem pagar por consultorias e/ou contratar os melhores advogados. Além disso, acreditam que os órgãos de fiscalização são condescendentes com os “ricos”. “O Brasil não tem lei, tem é dinheiro, porque rico paga e pobre leva multa”.

Todos os entrevistados mencionaram que a escassez de água traz consequências graves para a agricultura e para a vida. O senhor Zizim, do Córrego de São João (Viçosa, MG) observou: “[...] acho que tem que proteger muito as nascentes, porque a água faz muita falta... Aqui nunca faltou, graças a Deus! Mas o que a gente faz sem a água? Nada!”

O senhor João, da Sucanga (Viçosa, MG) declarou:

Uma nascente é a coisa mais importante em uma propriedade. Aqui, na minha, eu não tenho, mas meu sonho era ter nem que fosse uma só... Se eu tivesse, eu protegia ela, cercava direitinho e não deixava animal chegar...

Ressalta-se que no período de realização das entrevistas a região vivenciava uma grave crise hídrica e, por essa razão, a água tornou-se uma preocupação premente, o que pode justificar respostas tão enfáticas sobre o assunto. Van Der Ploeg (2009) observa que as economias camponesas possuem um padrão em que os recursos naturais são o principal capital disponível e não têm um caráter mercantil; eles estão ligados à sobrevivência do grupo. Logo, em contextos de escassez, tais recursos ganham importância ainda maior.

O fato de recursos naturais serem fundamentais para a sobrevivência do grupo pode ampliar ainda mais o risco da degradação, que pode advir da superexploração. Lembra-se, aqui, de um dos estudos de Corrêa (2006), em que um agricultor afirmou que “Sem poder utilizar as APPs de margens de rio seria melhor abandonar a propriedade”.

Quando perguntado se os agricultores procuram se adaptar às exigências da legislação, a totalidade deles respondeu que não. O senhor Zizim, do Córrego de São João, afirma:

Tem coisa que, pra mim, não influi, nem contribui. O que é mato tem que ser mato, e o que é água tem que ser água; mas tem umas “frescuragens” que a gente tem que passar por cima; se não, até para bater pasto tem que pegar guia!

No mesmo sentido foi a seguinte a resposta do senhor Filim, de Pedra Redonda (Viçosa, MG): “Não é pra tudo que eu procuro pegar guia, não. Guia é demorado; e tudo é, na cidade...”

Em relação ao fato de, algumas vezes, serem surpreendidos pela fiscalização e receberem multa, sempre justificam, dizendo que as exigências são excessivas e que os vizinhos fazem “denúncias” “por maldade”.

O senhor Zizim, de Córrego de São João, disse: “Muita exigência não ajuda muito, porque a gente respeita mais ou menos. Isso é mais pra deixar a gente de cabeça quente...”

Dois aspectos merecem ser observados aqui. O primeiro, relativo ao descrédito dos agricultores em relação ao Estado que os explora e o segundo, referente ao comportamento de resistência, desenvolvido por eles como uma forma de reação ao constante abandono e exclusão. Segundo Niederle e Grisa (2008), a resistência é uma forma que os atores sociais desenvolvem para se relacionar com o poder.

Acresce-se a esses dois elementos a desinformação dos agricultores. Restou muito claro que eles possuem pouco esclarecimento sobre seus direitos e deveres. A respeito do Código Florestal, sabem aquilo que já “ouviram falar”, e que se refere basicamente à obrigatoriedade de “ter que ter reserva legal na propriedade”, “ter que cercar as nascentes” e “ter que pegar guia para fazer tanque de peixe”. Mesmo sobre esses aspectos mais comentados o conhecimento é bastante superficial. A respeito da existência de um novo Código, a quase totalidade dos entrevistados afirmou que não sabia dessa nova lei: “Essa lei ainda não chegou aqui não”.

Segundo Dewey (1970), as diferenças econômicas reagem contra a igualdade de oportunidades, na medida em que constroem a participação dos indivíduos nos processos coletivos de resolução de problemas sociais. Desse modo, para que as garantias da lei possam ser plenamente usufruídas, é necessário que as desigualdades econômicas e as deficiências de informação e de acesso sejam superadas.

O próprio promotor de Justiça, ao falar a respeito do perfil do agricultor que responde a processo, afirmou:

O perfil é majoritariamente de pessoas pobres, até paupérrimas e desinstruídas, à mercê do suporte estatal. Não sabemos se há uma predileção da polícia por esse público ou se existe um receio de atuação quando o poder econômico é expressivo.

A fala do promotor deixa clara a ideia de Souza (2006), de acordo com o qual o *status* do indivíduo na sociedade depende de sua qualificação, posição e salário. Essa “tríade meritocrática” atribui ao sujeito identidade, autoestima e legitimação social. Segundo Souza (2006), a qualificação, que reflete a importância do conhecimento, é o aspecto mais relevante que condiciona os outros dois. Apenas quando essas condições estão dadas é que o indivíduo obtém sua identidade pessoal e social de forma completa. De acordo ainda com este autor (2006), o *status* que cada um ocupa na sociedade legitima o acesso diferencial permanente a oportunidades na vida e à apropriação de bens escassos.

A percepção aqui, portanto, é de que as dificuldades enfrentadas pelos agricultores para se adequarem à lei e para acessarem os órgãos prestadores de assistência funcionam como um incentivo para permanecerem com as mesmas práticas, algumas vezes sabidamente ilegais.

Esse aspecto fica bastante evidente na fala do senhor Antônio, da Pedreira (Viçosa, MG):

Eu limpei a capoeira, um pedacinho à toa, para plantar e tratar da família. Eles vieram aqui e me multaram. A multa foi a mesma do que se eu tivesse cortado tudo. Quando eles foram embora, eu fui lá e cortei o resto; já tinha me multado mesmo... [risos].

Muitos agricultores disseram que “não vale a pena ficar esquentando cabeça com isto [a lei] não...”.

O mesmo senhor Antônio disse ainda:

Tem que exigir muito é dos grandes, de quem tem muita terra; mas deles, eles não exigem... A vida aqui é difícil, só quem tá aqui é que sabe. O Estado não faz nada pra gente, não. Ninguém vem aqui dar nada, a gente é que tem que lutar...

Essas falas evidenciam a resistência como instrumento de defesa, pois é a única forma que esse grupo, continuamente excluído dos ativos e acessos, encontra para lutar contra um Estado que não os socorre. De acordo com Niederle e Grisa (2008, p. 8), “a resistência é uma forma de os atores sociais intervirem no curso dos acontecimentos, pois faz com que indivíduos destituídos de capacidades transformem-se em atores”.

As alegações de falta de apoio por parte do Estado e de que este “só chega pra multar” são bastante recorrentes. De acordo com os entrevistados, sempre que procuram os serviços do Estado recebem a resposta de que a prestação não é possível, seja porque faltam recursos ou porque faltam técnicos. Apesar disso, as providências para punir são rápidas.

Quando perguntado se os agricultores conheciam algum órgão ambiental e se já tinham tido algum contato com algum deles e em que condições isto teria ocorrido, as respostas mais frequentes foram: “Já ouvi falar, mas não sei para que serve”.

A dona Maria de Lourdes observa: “Eu vejo eles passarem por aqui; acho que é para multar os outros aí, mas eu nem conheço.”

Alguns agricultores, como o senhor Sebastião, disseram que já haviam procurado o IEF para que autorizasse o desmatamento na propriedade e que esse tinha sido o único contato que teve com o órgão.

A percepção dos agricultores, portanto, é de que, se for para receberem apoio, recursos, informações, o Estado age como se eles não existissem, mas, por outro lado, são eles os mais atingidos pelas medidas de punição, seja porque são pobres, seja porque não possuem muita informação ou porque não podem pagar advogado. Pode-se pensar, então, a respeito de uma forma de “invisibilidade seletiva” ou “invisibilidade de dupla face” de que os grupos econômica e socialmente vulneráveis são vítimas. Embora a lei seja igual para todos, a ação do Estado e das instituições depende das características do sujeito.

Os agricultores mencionaram, ainda, o fator “custo” como um elemento que dificulta a regularização das atividades. Ressalta o senhor Antônio, de Pedra Redonda (Viçosa, MG): “Tudo é demorado e tem que pagar”. Muitos agricultores associaram o argumento financeiro com os fatores “falta de tempo” e “falta de mão de obra”. Eles afirmam que, por não disporem de força de trabalho suficiente, seja em razão da escassez, tamanho da família, seja por causa do custo, não podem perder tempo para resolver questões na cidade. Assim, a burocracia e o custo das taxas encorajam o agricultor a permanecer em condição irregular.

Por fim, menciona-se um último aspecto a respeito das entrevistas em que se pôde perceber algumas interferências que as punições e a situação de estar “respondendo a processo” são capazes de trazer para os agricultores em âmbito social. São reflexos ligados ao sentimento de vergonha do agricultor perante sua comunidade.

A respeito das consequências sociais e psicológicas trazidas por um processo judicial, Dworkin afirma que os processos judiciais são importantes em outro aspecto que não pode ser avaliado em termos de dinheiro, nem mesmo de liberdade. Segundo ele, “há inevitavelmente uma dimensão moral associada a um processo judicial, pois o juiz não apenas decide quem vai ter o quê, mas quem agiu bem ou quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão” (DWORKIN, 2007, p. 3). Muitas vezes, as penalidades consideradas brandas pelo Judiciário, especialmente porque não resultaram em cerceamento de liberdade para o réu, trazem outras consequências não jurídicas, mas também gravosas, se considerado o contexto social em que o indivíduo está inserido. No caso dos agricultores, a dimensão moral da pena costuma ser até mais onerosa, dado o valor que esse grupo atribui à honestidade e à honra.

Ihering (1978) enfatiza o valor da honra para o camponês. Segundo ele, “trabalho e propriedade constituem a honra do camponês (IHERING, 1978, p. 51). No mesmo sentido, Woortmann (1990), que compreende a relação do camponês com a terra como uma relação de valor moral, ressalta que, para ele, “terra, trabalho e honra” constituem o fundamento da existência.

Durante as entrevistas, a maior parte dos agricultores que já havia sido multada ou respondido a algum processo por infração ambiental afirmou que não repetiria a conduta. Isso indica que, apesar da resistência, possuem um temor, pois reconhecem que as consequências pelas condutas ilegais os prejudicam. Indica também que, quando se propõe analisar os impactos de um determinado fator (nesse caso, a legislação) em relação aos meios de vida, não existe o pressuposto de que tais interferências serão sempre ruins. Elas também podem ser positivas, por conduzirem a uma mudança de postura no sentido da adoção de práticas mais aceitáveis.

Conforme demonstrado, as interferências da legislação sobre os meios de vida dos agricultores vão além dos aspectos financeiros. Isso porque meios de vida não são apenas as formas de obtenção do sustento material, mas todo um conjunto de direitos, valores, costumes, que fazem do indivíduo quem ele é e que dão sentido ao seu mundo. Apesar da tendência, nos estudos sobre meios de vida, de concentrar o enfoque em capitais e recursos, outros reflexos, relacionados à falta de oportunidades, de informações, de apoio e a formas de assegurar vantagens a grupos específicos, podem interferir e trazer consequências que vão além das dificuldades de terem de sobreviver em condições economicamente difíceis.

A seguir serão apresentados os pontos de vista dos agentes ambientais para que possam servir de contraponto aos argumentos apresentados pelos agricultores. Observa-se que, em muitos casos, as percepções dos dois grupos aproximam-se, enquanto, em outros, as visões revelaram-se diametralmente opostas.

3.2 Perspectivas dos Agentes Ambientais

Na visão das autoridades públicas envolvidas nos processos relativos a infrações ambientais, a falta de acesso às informações é um dos fatores responsáveis pelo número de ocorrências, mas em geral compreendem e explicam essa situação como um problema individual. Na verdade, o que se observa é que o acesso à informação e à extensão rural é um problema que atinge todo o segmento e causa muitos prejuízos, entre eles o desfecho judicial dos conflitos ambientais. Tal comportamento dos agentes do Estado contribui para justificar um sistema de injustiças e também para legitimar a exclusão às oportunidades e acessos que a desigualdade institui, numa perspectiva de compreensão do direito como instrumento de poder.

Embora saibam que a razão para a não utilização dos recursos seja a falta de informação dos agricultores, que funciona como uma limitação não apenas para a utilização dos instrumentos legais, como também para que busquem ajuda, continuam associando tais condutas ao perfil “carrancudo” do camponês. Sobre este aspecto, vale mencionar as reflexões de Freire a respeito das razões prováveis do comportamento fechado do agricultor, em que o autor afirma que os camponeses não recusam o diálogo porque sejam, por natureza, refratários a ele. Há razões de ordem histórica, sociológica, cultural e estrutural que explicam sua recusa ao diálogo (FREIRE, 1983). Freire, porém, observa que “para que os homens simples sejam tidos como absolutamente ignorantes, é necessário que haja quem os considere assim. Estes, como sujeitos desta definição, necessariamente a si mesmos se classificam como aqueles que sabem” (1983, p. 30).

Segundo Souza (2006), o valor diferencial entre os seres humanos subsiste de forma inarticulada em todas as nossas práticas institucionais e sociais. Existe uma ligação subliminar destas intencionalidades individuais nos diversos contextos do cotidiano. Dessa forma, “há uma parcela de pessoas que são consideradas ‘subgente’, mas esta dimensão é subliminar, implícita e se mostra a partir de signos sociais aparentemente sem importância”. Nas palavras de Souza (2006), “o que existe aqui são acordos e consensos sociais mudos e subliminares, mas por isso mesmo tanto mais eficazes, que articulam, como que por meio de fios invisíveis, solidariedades e preconceitos arraigados”.

Percebeu-se certa aproximação entre os dois grupos em estudo (agricultores e autoridades públicas) quando perguntados a respeito das razões que dificultam o cumprimento da legislação. Os agricultores ressaltaram a questão do excesso de exigências; já os agentes ambientais reforçaram a complexidade do conjunto de leis ambientais. Nesse ponto, vale observar que todos os agentes estatais entrevistados destacaram o fato de não serem eles os autores das leis, nem os responsáveis pela existência de tantos instrumentos jurídicos (leis, regulamentos, portarias) em vigor. Argumentaram, também, que, na condição de agentes públicos que são, têm o dever de buscar os caminhos da legalidade e exigir o cumprimento da norma, independentemente de outras questões. O consenso em relação a esse aspecto deixa claro que existe o reconhecimento de que a lei ambiental é complexa e que isto dificulta o seu cumprimento.

O promotor de Justiça da Comarca de Viçosa afirmou:

Ninguém pode se escusar de cumprir a lei, o que significa que a ignorância não pode servir de desculpa para deixar de cumprir o que a lei determina. Apesar disso, sabe-se que os agricultores familiares não dispõem de muita formação/informação, de modo que fiquemos tranquilos que eles conhecem a lei. Nós mesmos não a conhecemos completamente, devido a abundância de leis.

Ambos os grupos mencionaram também, como um dos fatores que dificulta a adequação à norma legal, a questão do custo para o agricultor, posto que, comumente, são cobradas taxas para os processos de regularização.

O secretário de Agricultura de um dos municípios afirmou:

Sempre que se fala em regularizar, o agricultor pensa que isto envolverá em algum custo para ele; e como já é bastante onerado pelos custos da lavoura, acaba não procurando saber o que deve fazer ou como deve fazer.

Com relação ao apoio aos agricultores por parte do Estado, a visão dos agentes é de que o Estado mantém, de forma constante, a assistência técnica e os programas de apoio e subsídio, mas falta interesse por parte de alguns agricultores. Sobre o assunto, o secretário municipal de Agricultura esclarece:

A prefeitura de Viçosa tem programas como o recolhimento de embalagens de agrotóxicos, feito nas zonas rurais. Existem ainda programas, como a inscrição dos proprietários no CAR e programa de mecanização agrícola, em que a prefeitura licita terceiros que possuem as máquinas e subsidia o valor da hora de trabalho para os agricultores.

A falta de informação também foi mencionada pelos dois grupos como um fator que contribui para que as normas sejam descumpridas. Os agentes ambientais, entretanto, ressaltam as dificuldades que o Estado enfrenta para que as informações cheguem até os agricultores, pois, segundo eles, faltam técnicos que possam ir a campo e há lugares em que os veículos de comunicação não têm alcance. Os agentes destacaram, ainda, que existem vários perfis de agricultores, alguns deles mais participativos, frequentando as reuniões dos Conselhos Municipais, buscando informações na sede da Emater e em outros órgãos. Outros, porém, não gostam de participar ou têm dificuldade para sair da propriedade, pois, com frequência, representam a principal mão de obra da roça. O secretário municipal de Agricultura afirmou:

Existe um problema muito difícil de resolver. Muitas vezes, a prefeitura tem projetos, divulga por todos os meios possíveis – rádio, reuniões com as comunidades, jornais – mas, mesmo assim, essa informação não chega, porque existe uma parte dos agricultores que não participa das reuniões comunitárias e nem tem acesso a nenhuma dessas formas de divulgação. Tanto é verdade que já faz dois meses que a prefeitura está realizando o CAR; mas, na última semana, a demanda dobrou, e isto porque passou uma notícia sobre isto no Globo Rural. O Globo Rural é um programa que muitos agricultores assistem; mas por outros veículos de comunicação, às vezes, a informação não chega.

A fala do secretário faz referência a um estereótipo de agricultor que o identifica como pouco sociável e desengajado. Ao associar o camponês a tais características, o Estado, de certa forma, delega a ele, camponês, a responsabilidade por não acessar os benefícios públicos, pois é pessoa pouco aberta às ações destinadas à comunidade.

O promotor de Justiça associou a falta de informação dos agricultores à dificuldade destes para compreenderem os Termos de Ajustamento de Conduta que realizam com o Ministério Público. Nesse sentido, afirmou que, embora muitos agricultores aceitem o Termo, não conseguem cumpri-lo, e a consequência disso é a obrigatoriedade de o Ministério Público realizar a execução civil. A execução pressupõe iniciar uma ação judicial, e isso implica uma série de desdobramentos judiciais. Desse modo, se decorrido o prazo dado pela Justiça para que a pessoa cumpra o TAC, e ela não o fizer, inviabiliza-se a tentativa de resolver o problema de forma extrajudicial e inicia-se a fase judicial.

Sobre este aspecto acredita-se que o rebuscamento da linguagem forense acaba funcionando como uma forma de constranger o agricultor a aceitar, sem restrições, os acordos propostos. Posteriormente à realização do TAC, o agricultor percebe que aquilo que aceitou é extremamente oneroso e difícil de ser cumprido, permanecendo inerte em relação ao que foi acordado. Vencido o prazo, o Ministério Público, obrigado a exigir o cumprimento do compromisso firmado, inicia uma ação judicial. Bourdieu chama a atenção para o fato de o Direito ser um instrumento criado para ser usado apenas por especialistas. Ele afirma: “O desvio entre a visão vulgar do cliente e a visão científica do perito, juiz, advogado, etc., nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder” (BOURDIEU, 2003, p. 226). Evidencia-se, nesse caso, o uso do Direito como instrumento de poder.

Além da dificuldade para compreender a linguagem, outros fatores, como a própria sede física do poder Judiciário, a sua forma de funcionamento e até mesmo as vestes, comuns em ambientes judiciais, contribuem para intimidar o agricultor e induzi-lo a aceitar os acordos, apresentados, inclusive, como uma benevolência do Estado para resolver o problema de forma mais célere e mais simples. A esse respeito, Tragtenberg (1980)

afirma que o Estado chega à população por meio do aparato burocrático, ou seja, de órgãos hierarquicamente organizados, com símbolos que os identificam ou distinguem, uniformes, formas de apresentação que, na verdade, representam uma forma de apresentação da burocracia como poder.

Essa forma de apresentação erudita e formalista dos órgãos judiciais contribui para intimidar o agricultor porque, além de transmitir, de forma subjacente, a noção de poder que a instituição possui e exerce representa o oposto daquilo a que o agricultor está acostumado, que é a simplicidade e a informalidade. Além disso, a apresentação do TAC como forma mais rápida e fácil de solucionar o problema evidencia a sua vantagem diante daqueles que são responsáveis por propor o acordo. Os acordos extrajudiciais representam uma forma de “desafogar” o poder Judiciário. Cada acordo realizado é um processo a menos que tramitará. Em grande parte das vezes os agricultores aceitam a proposta sem compreendê-la ou compreendendo o que não têm condições de cumprir. A aceitação deve-se ao fato de eles já terem sido alertados de que a recusa conduzirá a um caminho ainda mais árduo, que é a via judicial.

As explicações da Polícia Militar Ambiental sobre as causas dos descumprimentos das normas concentraram-se na falta de severidade da lei ambiental. Os policiais enfatizaram que muitos agricultores conhecem a lei, mas preferem “correr o risco”. Segundo eles, isso ocorre porque a lei ambiental é branda. Disse o sargento: “Muitos [agricultores] sabem o que é proibido, mas optam por correr o risco, porque o valor das multas é baixo.”

No mesmo sentido foi o comentário do soldado: “Nós trabalhamos para torná-la efetiva, mas a lei ambiental é branda; e assim, ela acaba estimulando o crime”.

O sargento da Polícia Ambiental comentou, ainda, que a lei, muitas vezes, é desproporcional à extensão do dano e que o melhor seria que o agente fiscalizador tivesse uma autonomia maior para dosar a pena. Nas palavras dele:

Acho que ela poderia dar um poder maior ao agente fiscalizador para que, no momento da fiscalização, ele pudesse avaliar as dimensões do impacto e aplicar a multa de acordo com essas dimensões.

A desproporcionalidade da multa administrativa foi mencionada, também, pelos agricultores. Vale lembrar a fala do senhor Antônio, da Pedreira (Viçosa, MG):

Eu limpei a capoeira, um pedacinho à toa, para plantar e tratar da família. Eles vieram aqui e me multaram. A multa foi a mesma do que se eu tivesse cortado tudo. Quando eles foram embora, eu fui lá e cortei o resto! Já tinha me multado mesmo! [risos].

Os parâmetros para aplicação das multas são estabelecidos em decreto. Apesar disso, cabe enfatizar que todos os órgãos da administração pública estão sujeitos ao princípio da proporcionalidade. De acordo com Cunha Júnior (2009, p. 50), “a proporcionalidade é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a administração pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”. Representa, portanto, uma proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder do Estado.

Confrontando as percepções dos agricultores com a dos agentes ambientais, o que se percebe é que ambos reconhecem que a lei ambiental é complexa e que a burocracia dificulta o seu cumprimento. Enquanto os agricultores, no entanto, queixam-se da falta de apoio por parte do Estado, o “Estado” tenta apresentar justificativas que atribuam a responsabilidade pelo descumprimento da lei ao próprio agricultor. Nota-se, assim, a existência de um paradoxo, pois se, por um lado, o Brasil conta com uma legislação ambiental moderna e inovadora, por outro essa legislação permanece desconhecida e desobedecida por uma considerável parcela de destinatários.

Ainda que haja previsões legais que visem a assegurar garantias ao cidadão diante do poder do Estado e que busquem enfatizar a existência de diferentes sujeitos de direito e de diferentes formas de tratamento que devem ser destinadas a eles, a ausência de políticas públicas, no sentido de capacitar tais indivíduos para que possam usufruir dos mecanismos de defesa, inviabiliza a sua utilização. Dessa forma, a modernização legislativa, para parte significativa dos destinatários da norma, permanece apenas no papel, visto que o acesso às medidas de proteção e de salvaguarda fica limitado aos que possuem mais capital econômico ou social (redes de relacionamento).

Conforme afirma Souza (2006), as instituições, no Brasil, são modernas, mas isso não significa que elas sejam o reflexo de uma sociedade que se modernizou. A exclusão histórica dos agricultores pobres não terminou com os ciclos econômicos; ao contrário, permanece e se estende para outras áreas, como a política e a jurídica. Isso ocorre porque as instituições modernas representam uma criação da sociedade conservadora para assegurar direitos e garantias para os grupos dominantes. Assim, apesar da modernidade, os grupos dominados permanecem cobertos pela invisibilidade social e política, ocupando lugar periférico na sociedade.

4 REFLEXÕES À LUZ DO “DIREITO À DIGNIDADE”

De acordo com a doutrina jurídica, o patamar mínimo de que o cidadão necessita é compreendido como “mínimo existencial”. Segundo Rawls (2001, p. 166), “abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais”. A dignidade humana, direito fundamental e princípio máximo do Estado Democrático de Direito, exige desse último não só respeito e proteção, mas garantia das condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

A Constituição Federal ao estabelecer a dignidade humana como fundamento da República, coloca esse princípio como base de sustentação de toda a estrutura jurídica e social. Segundo Sarlet (2001), o conceito de dignidade é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em concreto, à luz de um determinado ordenamento jurídico e dos influxos históricos e culturais de cada sociedade. Toda essa dificuldade teórica em identificar com precisão o conteúdo da dignidade humana decorre do fato de ser tal conceito indeterminado, ou seja, por ser vago e subjetivo, exige do intérprete a concretização de seu significado (SARLET, 2001). O que se pode afirmar ao certo é que o elemento cultural é indissociável da noção de dignidade. Além disso, há que se considerar, ainda, que o conceito de dignidade tende a ser ampliado ou restringido por outros fatores, entre os quais o econômico. Assim, em uma sociedade economicamente mais desenvolvida, o conceito de dignidade – e, conseqüentemente, daquilo que a ofende – tende a ser mais alargado do que em outra menos desenvolvida (SARLET, 2001).

Sarlet (2001) observa que o Direito exerce papel crucial na proteção e na promoção da dignidade, embora ela não exista apenas onde é por ele reconhecida. Para o autor, quando se fala em “direito à dignidade”, se está a considerar o direito ao reconhecimento, ao respeito, à proteção e a uma existência digna. Assim, ainda de acordo com Sarlet (2008), a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta, por um lado, como expressão da autonomia humana, e, por outro, como objeto sobre o qual deverá recair a obrigatória proteção e respeito, tanto por parte do Estado como por parte da comunidade.

Conforme Sarlet (2008), a dignidade da pessoa humana manifesta-se, simultaneamente, como limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhes também o devido respeito e promoção (SARLET, 2008).

Nesse mesmo sentido, Bortoluzzi (2005) afirma que a dimensão tarefa do princípio resulta na imposição ao Estado, e também à comunidade, de preservar a dignidade existente, promovendo e criando condições que possibilitem o seu pleno exercício. Assim, surge como obrigação do Estado a função de promover as condições que viabilizem e removam todos os obstáculos que estejam impedindo pessoas de viverem com dignidade (BORTOLUZZI, 2005).

Quanto à dimensão limite, o princípio da dignidade humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano (BORTOLUZZI, 2005). Disso resulta que todos os órgãos, funções e atividades estatais ficam vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo todos agir com respeito e proteção. Isso posto, nem mesmo o Estado poderá fazer ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal.

Dworkin (1998), ao tratar do conteúdo da dignidade humana, reporta-se à doutrina de Kant e relembra que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, ou seja, como mero instrumento para realização dos fins alheios. Por essa razão é que se impõe o seu reconhecimento e a sua proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que aponta para a dimensão política da dignidade (SARLET, 2008, p. 25).

De acordo com Taylor (2000), a filosofia, centrada na noção de dignidade, tem desenvolvido uma política do universalismo da igualdade entre todas as pessoas (a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um exemplo dessa postura), na qual a igual dignidade dos cidadãos se tem resolvido em uma política cujos conteúdos têm sido a igualação de direitos e privilégios por meio da lei (TAYLOR, 2000). Concomitantemente a esse tipo de política anteriormente mencionado, contudo, também se desenvolveu, no mundo contemporâneo, uma política da diferença que, por vezes, entra em conflito com a da política da igualdade universal. A política da diferença surge em virtude da discriminação histórica de grupos minoritários ou marginalizados e prega que não é possível um ideal de igualdade universal, dadas as discrepâncias sociais e econômicas em que se encontram as diversas camadas sociais, o que implica que os grupos desfavorecidos historicamente lutam com desvantagens diante dos grupos dominantes.

Vale aqui ressaltar que, de acordo com Bourdieu (2003), com frequência as frações sociais dominantes mascaram a existência de desvantagem entre os grupos sociais diversos, e, principalmente, que este fato seja inerente ao exercício da dominação classista. Ou seja, negam que exista uma ideologia da igualdade que serve de base ao consenso social e político, obscurecendo as relações de desigualdade.

Embora os ordenamentos normativos não sejam capazes de conceder dignidade, por ser o seu significado muito mais amplo do que um conceito jurídico, a existência de grupos sociais em posição de desvantagem aumenta a responsabilidade do poder Judiciário, visto ser ele também responsável pela transposição do significado legal de dignidade para a realidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, a posição de desvantagem dos agricultores familiares, que é nítida em termos sociais e econômicos, existe também nas relações judiciais. Por meio das análises processuais evidenciou-se a incapacidade de tais sujeitos utilizarem os mecanismos legais de defesa, como a defesa técnica realizada por advogado ou mesmo o acesso aos recursos. Nesse contexto, a lei funciona como um instrumento de poder e, como tal, em lugar de promover o tratamento equânime entre os diversos grupos sociais, amplia e reforça o histórico de exclusão, já existente nas esferas social e econômica. Confirma-se, portanto, a hipótese de pesquisa.

Apesar de a legislação e o próprio Judiciário reconhecerem a condição de vulnerabilidade do agricultor, não há medidas efetivas no sentido de corrigir o desnível, como a estruturação de órgãos (inclusive voluntários) que possam prestar assistência e oferecer apoio para viabilizar a defesa dos agricultores ou torná-la mais eficiente. Assim, as garantias constitucionais e legais, como o acesso aos recursos ou o direito de ser tratado com dignidade ou de receber uma pena proporcional à gravidade da conduta praticada acabam ficando apenas no papel.

À luz do “direito à dignidade” pode-se compreender que cabe ao poder público, em todas as suas esferas, buscar agir para assegurar que todo cidadão seja tratado com respeito, que lhe sejam resguardadas as garantias mínimas de tratamento equânime e respeitadas suas características particulares.

6 REFERÊNCIAS

- BORTOLUZZI, Roger Guardiola. A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual. As relações homoafetivas. *Jus Navigandi* [website jurídico], publ. mar. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6494/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-orientacao-sexual>. Acesso em: 3 abr. 2005.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. (Coleção Memória e Sociedade).
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. [Código Florestal]. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União* (DOU). Brasília, DF, Seç. 1, p. 16, 28 maio 2012 (Veto). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 2 abr. 2014.

CORRÊA, João Batista Lúcio. *Quantificação das áreas de preservação permanente e reserva legal e de seus impactos econômicos na bacia do Rio Pomba em Minas Gerais*. 2004. 79f. Dissertação (Mestrado em Ciência Florestal) – Universidade Federal de Viçosa. Viçosa, MG, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2009.

DEWEY, John. *Liberalismo, liberdade e cultura*. Trad. Anísio Teixeira. São Paulo: Nacional, 1970.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona, ES: Ariel, 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FLEURY, S. *Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina [on-line]*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1994. 252 p. ISBN 85-85676-06-X. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: jun. 2016.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. e apres. Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

NAVARRO, Zander; PEDROSO, Maria Theresa M. A agricultura familiar no Brasil: da promessa inicial aos impasses. *Rev. Econ. NE*, Fortaleza, v. 45, suplemento especial, p. 7-20, out./dez. 2014.

NIEDERLE, Paulo André; GRISA, Catia. *Diversificação dos meios de vida e acesso a atores e ativos: uma abordagem sobre a dinâmica de desenvolvimento local da agricultura familiar*. *Cuadernos de Desarrollo Rural*, v. 5, n. 61, p. 41-69, jul./dic. 2008.

RAWLS, J. *Justice as Fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte, MG: Editora da UFMG, 2006.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

TRAGTENBERG, Maurício. *Burocracia e ideologia*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 1980.

VAN DER PLOEG, Jan D. Sete teses sobre a agricultura camponesa. In: PETERSEN, Paulo (org.). *Agricultura familiar camponesa na construção do futuro*. Rio de Janeiro: AS-PTA, 2009. p. 17-31.

WOORTMANN, Klass. *“Com parente não se negueia” – o campesinato como ordem moral*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Tempo Brasileiro, 1990.

RELATIONS BETWEEN HUMAN RIGHTS AND PUBLIC POLICY: A Multi-Case Study of the Impact of the Recommendations of the Inter-American Commission on Human Rights

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.205-221>

Recebido em: 16/4/2020

Modificações solicitadas em: 26/6/2020

Aceito em: 21/7/2020

Sidney Cesar Silva Guerra

Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutorado e Mestrado em Direito. Especialização em Direito Internacional pela Academia de Direito Internacional de Haia. Especialização em Direito Humanitário pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Especialização em Direito Internacional pelo Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA). Professor-adjunto da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional Público, Direitos Humanos e Direito Ambiental. <http://lattes.cnpq.br/6208018085527826>. <http://orcid.org/0000-0002-5309-662X>. sidneyguerra@terra.com.br

Fernanda Figueira Tonetto

Doutorado em Direito Internacional pela Université Paris II Panthéon-Assas. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrado em Integração Latino Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul nos Tribunais Superiores em Brasília. <http://lattes.cnpq.br/3749612744684700>. <https://orcid.org/0000-0003-0493-4284>. fernandafigueiratonetto@gmail.com

ABSTRACT

This article analyzes the work of the Inter-American Commission on Human Rights, as one of the main organs of the American regional protection system, with a special emphasis on the effects produced by its recommendations in terms of the development of public policies that promote human rights in Brazil. In particular, the reports prepared by the Commission vis-à-vis the Brazilian State in the last decade are studied, with the aim of identifying the impacts brought about by the recommendations, not only with regard to the change in the internal legal order, but especially with regard to effective implementation of public policies.

Keywords: Inter-American Commission on Human Rights. Public policy. Human rights. American protection system. Brazilian state.

RELAÇÕES ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS: UM MÚLTIPLO ESTUDO DE CASO DO IMPACTO DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

RESUMO

O presente artigo analisa a atuação da Comissão Interamericana de direitos humanos, enquanto um dos principais órgãos do sistema regional americano de proteção, com ênfase especial nos efeitos produzidos por suas recomendações no plano do desenvolvimento de políticas públicas promotoras dos direitos humanos no Brasil. Em particular, os relatórios elaborados pela Comissão em face do Estado brasileiro na última década são estudados, com o objetivo de se identificar os impactos operados pelas recomendações, não apenas no que diz respeito à alteração da ordem jurídica interna, mas sobretudo no que toca à implementação efetiva de políticas públicas.

Palavras-chave: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Políticas públicas. Direitos humanos. Sistema Americano de proteção. Estado brasileiro.

SUMMARY

1 Introduction. 2 The human rights protection system in the American Continent. 3 The human rights inter-american commission. 4 Some cases that impacted the need for adoption of public policies in Brazil with a human rights approach. 5 Conclusion. 6 References.

1 INTRODUCTION

The Inter-American Commission on Human Rights, which appears as one of the Organization of American States organs for the promotion and protection of human rights, with its firm action ends up having significant effects on normative production and the development of public policies in favor of human rights of the Brazilian state.

Such action derives from the attributions conferred upon them, in particular those related to the preparation of studies, reports and the proposition of recommendations to the States, as well as the adoption of measures that favor the system of protection of human rights at the domestic level and also as regards to the knowledge of individual petitions and interstate communications that contain denunciations of rights that have been debased.

Although the reports issued by the Commission are not binding as they don't have the legal nature of a decision, it is often noted that when a report is issued against a particular state that there has been a violation of human rights, it ends up employing efforts to change the situation in the country through legislative changes and public policies.

The present study intends to analyze some consequences of the reports issued by the Inter-American Commission in face of the Brazilian State whose contrary manifestations count twenty incidences. However, for the purpose of this analysis, which will use the hypothetical-deductive method, where the impact of the recommendations on the internal legal order will be demonstrated, some cases will be dealt with, since a time frame of the last ten years has been adopted.

2 THE HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEM IN THE AMERICAN CONTINENT

The system of international protection of human rights on the American continent encompasses the procedures contained in the Charter of the Organization of American States, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, and the American Convention on Human Rights.

This is because the American system initially assigned a range of competencies to all Member States under the Charter of the Organization of American States and the American Declaration of the Rights and Duties of Man. Subsequently, with the American Convention on Human Rights, the procedures and instruments provided for therein are applicable only to the States Parties to that international treaty.

That is why it is often said that there is a dual system of protection of human rights within the United States: the general system, which is based on the Charter and the Declaration, and the system that encompasses only those States that are signatories to the Convention, which in addition to contemplate the Inter-American Commission on Human Rights, as in the general system, also reaches the Inter-American Court of Human Rights.¹

This inter-American system enshrines the Charter, which is a broader document in terms of the number of States subject to it, but less protective, since it only encompasses the Commission as a body for the protection of human rights, and the Convention, which is a skillful document for states that recognize the jurisdiction of the Inter-American Court.

¹ Those clarifications were also presented by other authors, as seen: "(...) En el primer supuesto, las violaciones son cometidas por Estados miembros de la OEA que no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, como sucede por ejemplo con Estados Unidos y Canadá. En este supuesto la Comisión Interamericana a quien se dirige la petición, se rige por la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como por las disposiciones generales del Reglamento de la Comisión. En el segundo supuesto, la violación es cometida por Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana, pero no la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como sucede por ejemplo con Jamaica. En este supuesto, la Comisión Interamericana se registrará no solo por la Declaración Americana de derechos y Deberes del Hombre sino también por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Reglamento de la Comisión. Finalmente, en el tercer supuesto, la violación es cometida por Estados Miembros de la OEA, que han suscrito la Convención Americana y que mediante declaración unilateral han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como sucede, por ejemplo con el Perú. En este último supuesto el sistema de protección interamericano de derechos humanos despliega toda su capacidad, al permitir no solo la aplicación de los instrumentos antes referidos sino también la intervención da la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos." TALAVERA, Fabian Novak; MOYANO, Luis Garcia C., *op. cit.*, p. 272.

It's noticeable that the "inauguration" of the American system is enshrined in the OAS Charter, which highlights in its preamble the need to contemplate a system that can guarantee respect for human rights:

"(...) Convinced that the historic mission of America is to offer to man a land of liberty and a favorable environment for the development of his personality and the realization of his just aspirations;

Conscious that that mission has already inspired numerous agreements, whose essential value lies in the desire of the American peoples to live together in peace and, through their mutual understanding and respect for the sovereignty of each one, to provide for the betterment of all, in independence, in equality and under law;

Convinced that representative democracy is an indispensable condition for the stability, peace and development of the region;

Confident that the true significance of American solidarity and good neighborliness can only mean the consolidation on this continent, within the framework of democratic institutions, of a system of individual liberty and social justice based on respect for the essential rights of man;

Persuaded that their welfare and their contribution to the progress and the civilization of the world will increasingly require intensive continental cooperation;

Resolved to persevere in the noble undertaking that humanity has conferred upon the United Nations, whose principles and purposes they solemnly reaffirm;

Convinced that juridical organization is a necessary condition for security and peace founded on moral order and on justice; and (...)"

Piovesan (2009, p. 42) emphasizes that in order to analyze the inter-American system of human rights protection, two aspects must be taken into consideration: the historical context and the peculiarities of the Latin American region:

"It is a region marked by a high degree of exclusion and social inequality, to which are added democracies in the consolidation phase. The region also lives with the reminiscences of the legacy of dictatorial authoritarian regimes, a culture of violence and impunity, the low density of the rule of law and the precarious tradition of respect for human rights in the domestic sphere. Two such periods demarcate the Latin American context: the period of dictatorial regimes and the period of political transition to democratic regimes, marked by the end of military dictatorships in the 1980s, in Argentina, Chile, Uruguay and Brazil."² (translated)

The study of the inter-American system of human rights protection has traditionally presented a historical approach as well as a legal approach. The Judge of the International Court of Justice and Former Judge President of the Inter-American Court of Human Rights - Antonio Augusto Cançado Trindade - presents a historical approach, but without neglecting the legal aspect, of the various stages of the evolution of the inter-American human rights protection system in five stages: historical background; training period; conventional institutionalization phase; consolidation phase and improvement phase.³

As regards the historical element, Cançado presents as a starting point for the inter-American system of protection of human rights, the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the American International Charter of Social Guarantees, both of 1948 and states:

"We find that it has been preceded or accompanied by instruments of varying content and legal effects that generally address certain situations or categories of rights: such as conventions on the rights of foreigners and naturalized citizens, asylum conventions, women's rights conventions, resolutions adopted at inter-American conferences on distinct aspects of the protection of human rights and statements by those conferences containing allusions to the theme of human rights."⁴

² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 103-151.

⁴ *Idem*, p. 109

Undoubtedly, the 1948 American Declaration served as the basis and action for the matter until the 1969 American Convention on Human Rights was formed and conceived, proclaiming various inherent rights to the human person.⁵ Such concern is evident from its preamble that states:

“All men are born free and equal, in dignity and in rights, and, being endowed by nature with reason and conscience, they should conduct themselves as brothers one to another.

The fulfillment of duty by each individual is a prerequisite to the rights of all. Rights and duties are interrelated in every social and political activity of man. While rights exalt individual liberty, duties express the dignity of that liberty.

Duties of a juridical nature presuppose others of a moral nature which support them in principle and constitute their basis.

Inasmuch as spiritual development is the supreme end of human existence and the highest expression thereof, it is the duty of man to serve that end with all his strength and resources.

Since culture is the highest social and historical expression of that spiritual development, it is the duty of man to preserve, practice and foster culture by every means within his power.

And, since moral conduct constitutes the noblest flowering of culture, it is the duty of every man always to hold it in high respect.”

As for the formative period, it is characterized by the important role played by the Inter-American Commission on Human Rights. Antônio Celso,⁶ contributing to the debate, he pointed out: The importance of the Inter-American Commission for the protection and monitoring of human rights in the Americas must be stressed,⁷ especially before the creation of the Court. Autonomous almost-judicial body, among the principal members of the structure of the Organization of American States, according to Article 51 of the Charter of the Organization of American States, the Inter-American Commission has its composition and its purposes, functions, and powers governed by specific rules of the American Convention on human rights. It functions as a supervisory body for the international obligations of States Parties to the American Convention on Human Rights, in addition to its promotional and advisory functions. Their contribution over the years of their existence to the protection and supervision of human rights on the American continent is undeniable. It is important to note that in the exercise of its purposes, the Inter-American Commission on Human Rights takes into account the

⁵ HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L., *op. cit.*, p. 388: “Si bien es cierto que el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos tiene antecedentes antiguos, la verdad es que comienza formalmente con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y culmina – por ahora – con el llamado Pacto de San José de Costa Rica.”

⁶ PEREIRA, Antônio Celso Alves. Aportamentos sobre a Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: GUERRA, Sidney. *Temas emergentes de derechos humanos*. Rio de Janeiro: FDC, 2006. p. 268.

⁷ In this regard, it is noteworthy that the Commission is responsible for preparing reports that will contain the following: a) An analysis of the human rights situation in the Hemisphere, accompanied by recommendations to the states and organs of the Organization regarding the measures necessary to strengthen respect for human rights; b) a brief account of the origin, legal bases, structure, and purpose of the Commission, as well as the state of the American Convention and other applicable instruments; c) brief information on the mandates granted and recommendations made to the Commission by the General Assembly and other competent bodies, as well as on the execution of such mandates and recommendations; d) A list of sessions held during the reporting period and other activities carried out by the Commission in fulfillment of its purposes, objectives, and mandates; e) a summary of the cooperation activities of the Commission with other organs of the Organization, as well as with regional or global organizations of the same nature, and the results achieved in its activities; f) Reports on petitions and individual cases whose publication has been approved by the Commission, and a list of the precautionary measures granted and extended and the activities carried out before the Inter-American Court; g) a statement of progress made in achieving the objectives set forth in the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the American Convention on Human Rights and other applicable instruments; h) such general or special reports as the Commission may deem necessary on the human rights situation in the Member States, and, as appropriate, follow-up reports, highlighting the progress made and difficulties encountered in effectively observing the human rights; i) any other information, observation or recommendation that the Commission considers appropriate to submit to the General Assembly and any new activity or project involving additional expense. 2. In adopting the reports provided for in paragraph 1 (h) of this Article, the Commission shall collect information from all sources it deems necessary for the protection of human rights. Prior to their publication in the Annual Report, the Commission shall send a copy of these reports to the respective State. The latter may forward to the Commission such views as it deems appropriate, within one month of the date of dispatch of the corresponding report. The content of this report and the decision to publish it are the sole responsibility of the Commission.

provisions of the American Convention on Human Rights in cases of violation of these by states that have ratified this instrument. With respect to complaints against US states that have not ratified the Convention, the Commission will observe the provisions of the American Declaration of Human Rights and the OAS Charter.⁸

With regard to the conventional institutionalization phase of the human rights protection system on the American continent, one cannot forget the entry into force in 1978 of the American Convention on Human Rights.

As can be seen, the American continent still had to wait almost ten years before the system could effectively develop its attributions in line with the new international document that was produced.

Unlike the 1948 Declaration, the 1969 Convention presents itself as an international document that constitutes a series of obligations for States Parties, that is, it produces a number of legal effects for states ratifying that international treaty.

Interestingly, with the entry into force of the 1969 Convention, two human rights bodies began to coexist: the Commission and the Court, resulting in a so-called transition period between the pre-existing regime and the new one. It was thus established that the Commission was to be given a dual role.⁹

Illustrating this moment, Cançado teaches that the Commission effectively continued to apply the rules that had been ruling its activities, including in relation to States not parties to the American Convention, and naturally began to apply to States Parties the relevant provisions of the Convention:

“The interaction of human rights instruments from different legal bases in the Commission’s subsequent practice was provided by the treatment of case no. 9247, concerning the United States (non-ratifying state), in which the Commission has stated that, as a result of the obligations contained in Articles 3, 16, 51, 112 and 150 of the OAS Charter, the provisions of other OAS instruments on human rights – its Statute and Rules, and the 1948 American Declaration – have acquired “binding force.” By human rights was understood both the rights defined in the American Convention and those enshrined in the 1948 American Declaration. In addition, the Commission, as an autonomous organ of the OAS, understood that the human rights provisions of the American Declaration derived from its normative character or force interaction with the relevant provisions of the OAS Charter itself.”¹⁰ (translated)

As it’s obviously, the variety of instruments and regimes weakens the inter-American system in certain respects by creating unequal treatment among states.

The consolidation phase begins in the early 1980s, where the application of the American Convention on Human Rights is evident. This phase is marked by two main aspects: the jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights and the adoption of two additional protocols to the American Convention, followed by the creation of other international protection documents, such as: the Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women, 1994; the 1999 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities.

Undoubtedly, the Court’s jurisprudential construction has served to drive and consolidate the American regional protection system in many ways, but the fact that it relates protected rights to the general obligation of states to ensure respect for those rights is a matter of great joy. It’s necessary to remember, in due course, that the American system previously included only the Commission, and now also has the Inter-American Court.

⁸ Articles of the OAS Charter: 3º, 16, 29, 43, 44, 45, 47, 48, 51, 112 e 150. The following dispositives of the American Declaration of the Rights and Duties of Man are the ones, among others, that the Commission must take in consideration while observing human rights in the member States of OAS and are not a part of the American Convention on Human Rights: I, II, IV, XVIII, XXV e XXVI.

⁹ Moreover, it cannot be forgotten that five legal regimes coexist in the inter-American system. In this sense, MENDEZ, Juan. A proteção internacional dos direitos humanos. In: GUIMARÃES, Samuel Pinheiro; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Direitos Humanos no século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 246: a) países que aderiram à Convenção e reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte; b) países que aderiram à Convenção, mas não reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte; c) países que assinaram, mas não ratificaram a Convenção, sendo assim, pelos termos da Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, obrigados apenas a não fazer nada contra seus objetivos; d) países que não assinaram e nem ratificaram a Convenção, para estes e aqueles descritos no regime da letra ‘c’, apenas a Comissão atua na defesa dos direitos humanos; e e) aos países é facultado denunciar a Convenção ou a aceitação da jurisdição contenciosa da Corte”.

¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *op. cit.*, p. 122.

Finally, the so-called improvement phase, where some modifications are proposed to make the American system more powerfully presented. Among the main recommendations that are made to achieve this goal, the following can be registered.

Regarding the composition of the two supervisory bodies of the American Convention on Human Rights, a clear regime of incompatibilities, expressly defined (avoiding undue accumulation of positions), should be established for the members of the Inter-American Commission and Court, as an additional safeguard of total independence and impartiality of these bodies. As far as working conditions are concerned, in order for the Commission and the Court to meet existing expectations, they must be given considerable additional resources – human and material – so that both can fully fulfill their duties and meet the ever-increasing and increasing demands varied protection.

It's required a closer approximation between the Commission and the Inter-American Court of Human Rights, which would provide a clearer delimitation of their complementary functions (as regards decisions on the admissibility of petitions or complaints, as well as the investigation or determination of facts, as when sending cases¹¹ by the Commission to the Court).¹²

Having made the general considerations of the American system of human rights protection, it'll be made a few considerations relative to the Inter-American Commission on Human Rights.

3 THE HUMAN RIGHTS INTER-AMERICAN COMMISSION

The Inter-American Commission on Human Rights was created in 1959 as an organ of the Organization of American States, created to promote, observe and protect human rights and to serve as an advisory body to the Organization in this area.

It represents all members of the Organization of American States.¹³ Its members shall be elected by the General Assembly of the Organization from a list of candidates proposed by the governments of the member states.

The Commission, which headquarters is in Washington, holds at least two regular part-sessions a year, within the period previously determined, and as many extraordinary sessions as necessary. Before the end of the part-session, the Commission shall determine the date and place of the next part-session. These sessions, as a general rule, will be held at the headquarters. In the meantime, the Commission, by the absolute majority vote of its members, may decide to meet elsewhere, with the consent or at the invitation of the respective State.

Thus, the competence of the Commission extends to all States Parties to the American Convention in relation to the rights of the human person enshrined therein, as well as to all member states of the Organization of American States, in relation to the rights enshrined in the 1948 American Declaration.¹⁴

¹¹ As established by article 72 of the Statute, when the Commission, in conformity with article 61 of the American Convention about Human Rights, decides to submit a case to the Court, Will formulate a solicitation, in which it Will indicate: a) claims on merits, reparations and costs; b) the parties to the case; c) the statement of facts; d) information on the opening of proceedings and the admissibility of the petition; e) the individualization of witnesses and experts and the subject matter of their statements; f) the grounds of law and the relevant conclusions; g) data available on the original whistleblower, the alleged victims, their families or their duly accredited representatives; h) the names of their representatives or delegates; i) the report provided for in Article 50 of the American Convention. 2. The request of the Commission shall be accompanied by certified copies of such documents as the Commission or its delegate may deem appropriate. Similarly, Article 73 provides for the referral of other documents, as follows: The Commission shall forward to the Court, at its request, any other petition, evidence, document or information relating to the case, with the exception of documents relating to the unsuccessful attempt to achieve a friendly settlement. Referral of documents shall in each case be subject to a decision of the Commission, which shall exclude the name and identity of the petitioner if the petitioner does not authorize the disclosure of such data

¹² *Idem*, p. 143

¹³ In the same direction SANTAGATI, Claudio Jesús. Manual of human rights. Buenos Aires, Legal Editions, 2009. p. 117: "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos, cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y actúa en representación de todos los países miembros de la OEA, pero no representan específicamente a ningún país en particular.

¹⁴ VELASCO, Manuel Diez, *op. cit.*, p. 703: "Partiendo de la doble naturaleza de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en tanto que órgano de la OEA y en tanto que órgano específico del Pacto de San José, así como de las actividades desarrolladas por la misma desde su creación, es preciso diferenciar dos tipos de mecanismos de control actualmente vigentes en el ámbito de la OEA en materia de derechos humanos: los mecanismos convencionales regulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los mecanismos extraconvencionales aplicables a todos los Estados miembros de la OEA, incluso a aquellos que no son parte en la Convención."

This is because Article 106 of the OAS Charter established that:

There shall be an Inter-American Commission on Human Rights, whose principal function shall be to promote the observance and protection of human rights and to serve as a consultative organ of the Organization in these matters. An inter-American convention on human rights shall determine the structure, competence, and procedure of this Commission, as well as those of other organs responsible for these matters.

That is, the Commission has normative treatment in two international documents: the OAS Charter and the American Convention. Therefore, it functions as an organ of the International Organization and also of the Pact of San Jose itself.¹⁵

The Inter-American Commission on Human Rights is made up of seven members of high moral authority and recognized knowledge of human rights whose primary mission is to promote the observance and protection of human rights within the Americas. Its members will be elected¹⁶ for four years and may only be reelected once, and the participation of more than one national from the same country is equally forbidden.¹⁷

There is no doubt that the Commission's main function is related to the promotion, observance and defense of human rights.¹⁸ In order to achieve this goal, with regard to the promotion of human rights, the Commission should prepare studies, reports, and propose recommendations to the states, with a view to adopting measures that favor the domestic human rights protection system, as well as to know individual petitions and interstate communications containing denunciations of rights that have been debased, under the Convention.

¹⁵ Regarding the Inter-American Commission on Human Rights, it is worth mentioning the words of ALVES, José Augusto Lindgren, *op. cit.*, p. 77 states that "a Comissão Interamericana de Direitos humanos foi criada por decisão da V Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores da Organização dos Estados Americanos, em Santiago, em 1959, teve, inicialmente tarefas apenas de promoção em sentido estrito – e não de proteção – dos direitos humanos, funcionando como órgão autônomo do sistema da OEA. Suas atribuições e status institucional foram, porém, sucessivamente fortalecidos. Desde 1965, a II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, ampliou o mandato da CIDH, transformando-a em instrumento de controle, com autorização para receber e examinar petições e comunicações a ela submetidas, e competência para dirigir-se a qualquer dos Estados americanos a fim de obter informações e formular recomendações. Pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967, que emendou a Carta da OEA, a CIDH foi elevada à categoria de órgão principal da OEA (artigo 51), com a incumbência de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Passou ainda, a partir de 1978, com a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, a funcionar cumulativamente como órgão de supervisão do cumprimento da Convenção, sem prejuízo de sua competência anterior sobre os países que não são partes desse instrumento. Graças a essa duplicidade de funções, com atribuições decorrentes tanto de documento convencional sobre direitos humanos de caráter obrigatório, quanto de Protocolo reformador da Carta constitutiva da OEA, a CIDH tem interpretado seu mandato com grande liberalidade, logrando ampliar significativamente suas formas de atuação".

¹⁶ Regarding the Inter-American Commission on Human Rights, it is worth mentioning the words of ALVES, José Augusto Lindgren, *op. cit.*, p. 77 states that "With regard to the election of the members of the Inter-American Commission, the Statute approved by resolution AG/RES. 447 (IX-O/79), adopted by the OAS General Assembly at its ninth regular session, held in La Paz, Bolivia, in October 1979, provides in Articles 3, 4, and 5 the following:

¹Article 3 1. The members of the Commission shall be elected in a personal capacity by the General Assembly of the Organization from a list of candidates proposed by the governments of the member states.

² Each Government may propose up to three candidates, nationals of the proposing State or of any other Member State of the Organization. When a triple list of candidates is proposed, at least one of them must be a national of a different state from the applicant.

³Article 4 – 1. Six months before the regular session of the OAS General Assembly, before the expiration of the term of office for which the members of the Committee have been elected, the OAS Secretary General shall request in writing each Member State of the Organization that submits its candidates within 90 days.

² The Secretary General shall prepare an alphabetical list of candidates presented and forward it to the member states of the Organization at least 30 days before the next General Assembly.

⁴Article 5 – The election of the members of the Committee shall be made from among the candidates included in the list referred to in article 3, paragraph 2, by the General Assembly, by secret ballot, and the candidates with the largest number of votes shall be declared elected the absolute majority of the votes of the member states. If, in order to elect all members of the Committee, more than one vote is required, the candidates who received the least votes shall be eliminated successively, as determined by the General Assembly.

¹⁷ TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. 2. ed. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1996. p. 408 complements the information concerning the Commission: La sede está en la ciudad de Washington, donde funciona permanentemente su Secretaría Ejecutiva. La Comisión se reúne dos veces por año en sesiones ordinarias en el domicilio de su sede. Extraordinariamente puede reunirse, en caso de necesidad, por convocatoria del presidente o a solicitud de la mayoría de los miembros. Tanto las sesiones ordinarias como las extraordinarias pueden realizarse fuera del domicilio de la sede. Los idiomas son los oficiales de la OEA (español, francés, inglés y portugués)."

¹⁸ VELASCO, Manuel Diez, *op. cit.*, p. 703 assevera que "desde su creación hasta la actualidad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido el motor de toda la actividad desarrollada en el seno de la OEA en materia de derechos humanos."

The Commission performs its work on three pillars: the Individual Petition System; monitoring of the human rights situation in Member States, and attention to priority thematic lines. Through this framework, the Commission considers that, in the context of protecting the rights of every person under the jurisdiction of the American States, it is essential to pay attention to historically discriminated populations, communities, and groups.

It is evident that a State may be sanctioned by the Inter-American Commission on Human Rights for not respecting the precepts contained in international documents. As pointed out by Galli and Dulitzky:

A State sanctioned for violating its international obligations for failing to respect and guarantee the exercise of human rights within its territory will be subjected to public international constraint by the issuing a report to OAS Member States. In this case, the maximum sanction of the Commission will be the publication in its Annual Report condemning the State to be disclosed at the OAS General Assembly. In addition, the Commission may include in its report recommendations for the State to address the problem.¹⁹

In addition to those activities, various functions are assigned to the Inter-American Commission on Human Rights, and are therefore considered an important body in the inter-American system, such as: (a) To stimulate the awareness of human rights in the peoples of America; (b) To make recommendations to the governments of the member states, when it deems it appropriate, to adopt progressive measures in favor of human rights within the framework of their domestic laws and constitutional provisions, and appropriate provisions to promote due respect for those rights; (c) prepare studies or reports that it deems appropriate for the performance of its functions; (d) to request the governments of the Member States to provide it with information on their human rights measures; (e) To respond to consultations that the member states may formulate through the General Secretariat of the Organization of American States on human rights issues and, to the extent possible, to provide them with such advice as they may request; f) act with respect to petitions and other communications, in the exercise of its authority, in accordance with the provisions of arts. 44 to 51 of the Convention; Present an annual report to the General Assembly of the Organization of American States.

In addition to the above functions,²⁰ the doctrine²¹ has presented others that are also sponsored by the Inter-American Commission on Human Rights:

a) conciliator, between a government and social groups that violate the rights of its members; b) adviser, advising governments to take appropriate measures to promote human rights; c) Criticism in reporting on the human rights situation in an OAS Member State, having become aware of the arguments and observations of the Government concerned, when such violations persist; d) legitimating, when a supposed government as a result of the result of the Commission's report about a visit or an examination, decides to remedy the flaws in its internal processes and to remedy the violations; e) Promoter, when conducting studies on human rights

¹⁹ GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel, *op. cit.*, p. 62. Our translation.

²⁰ In addition to the points indicated, the Statute of the Inter-American Commission provides in Articles 19 and 20 other powers, as follows: Article 19 - With respect to the States Parties to the American Convention on Human Rights, the Commission shall perform its functions in accordance with the functions provided for in the Convention. and in this Statute and, in addition to the powers set forth in article 18, shall have the following: a) act with respect to petitions and other communications in accordance with articles 44 to 51 of the Convention; To appear before the Inter-American Court of Human Rights in the cases provided for in the Convention; c. To request the Inter-American Court of Human Rights to take such provisional measures as it deems appropriate on serious and urgent matters that have not yet been brought to its attention, when necessary to prevent irreparable harm to persons; d. Consult the Court on the interpretation of the American Convention on Human Rights or other treaties concerning the protection of the human rights of the American states. e. To submit to the General Assembly draft additional protocols to the American Convention on Human Rights, with the purpose of progressively including other rights and freedoms in the regime of protection of that Convention; and f. To submit to the General Assembly, as it deems appropriate, through the Secretary General, proposals for amendment of the American Convention on Human Rights.

²¹ Article 20 - With respect to the member states of the Organization that are not Parties to the American Convention on Human Rights, the Committee shall, in addition to the powers set forth in Article 18.: a. Pay special attention to the task of observance of human rights mentioned in Articles I, II, III, IV, XVIII, XXV and XXVI of the American Declaration of the Rights and Duties of Man; b) examine communications addressed to it and any available information; contact the government of any of the non-Parties to the Convention for information it deems appropriate; and make recommendations to them, as appropriate, to make the observance of fundamental human rights more effective; and c. To verify, as a pre-exercise of the exercise of the assignment of subparagraph (b) above, that the procedures and domestic remedies of each Member State not party to the Convention have been properly applied and exhausted.

²¹ FIX-ZAMUDIO, Hector. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991. p. 152.

issues, in order to promote their respect; f) Protective, when in addition to previous activities, interfere in urgent cases to ask the government, against which a complaint has been filed, to suspend its action and report on the acts committed.²²

It should be noted that any person, group of persons or non-governmental entity²³ legally recognized in one or more member states of the Organization, pursuant to article 44, may submit to the Commission petitions containing complaints or allegations of violation of this Convention by a State Party.²⁴

It should be noted, however, that initially the Commission's competence was initially limited to the promotion of human rights through the preparation of studies and reports, as well as recommendations to the governments of the states with a view to adopting human rights measures at the domestic level of their respective territories.

It also currently has competence for effective protection of human rights by reason of knowledge of individual petitions and interstate communications that contain allegations of violations of rights under the American Convention.

However, the American Convention confers wide procedural competence to receive complaints or complaints of violations of the Convention itself by a State Party, as well as to examine and investigate. That is, this possibility only reaches those States Parties and the Commission that have the right to refer cases to the Court.

Unlike in the European system, the possibility of a person directly litigating the Inter-American Court of Human Rights for his rights that have been violated within a particular state is prohibited, and should therefore provoke the Inter-American Commission on Human Rights.

In any case, in order for a petition or communication to be accepted by the Commission, certain assumptions must be observed, which can be identified as substantive and substantive. In relation to the form requirements,²⁵ the following requirements shall be met: (a) that the petition contains the name, nationality, profession, domicile and signature of the person or persons or legal representative of the entity submitting the petition; (b) a report of fact or situation denouncing specifying the place and date of the alleged violations, as well as the names of the victims and possible authorities who became aware of the facts; c) the

²² Regarding the latter (letter f), it is worth bringing to the words Piovesan, *op. cit.*, p. 49, in relation to the Commission's great contribution: "The Commission has played an extraordinary role in conducting on-the-spot investigations, reporting by way of reports serious and massive violations of rights during dictatorial regimes in Latin America.". Our translation.

²³ PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 49-50 recalls that the cases referred to the Inter-American Commission involving Brazil were, as a rule, referred by non-governmental human rights organizations, national or international, and sometimes by the joint action of these entities, and that these Cases can be classified into eight categories: arbitrary detention, torture and murder committed during the authoritarian military regime; violation of the rights of indigenous peoples; rural violence; violation of the rights of children and adolescents; violence against women; racial discrimination and violence against human rights defenders. Our translation.

²⁴ Interesting approach of TRAVIESO, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 414 on this point: "As far as non-governmental entities are concerned, they have a single requirement consisting in legal recognition in a member state of the OAS. The difficulty is that it is generally presented that the non-governmental organizations defending human rights do not obtain the reconnaissance of the state in which they are acting, for which reason it has been considered to give them consultative status in the OAS, prior to the fulfillment of certain requirements. The expuesto plant the possibility to redemand, the sea, the so-called active legitimacy. If it can demand the violation of human rights on the part of other States or of natural personas or legal of private derecho? This statement that at first sight seems only academic is very important because "on repeated occasions it has been claimed that the Commission is aware of petitions or communications alleging the violation of human rights by movements or organizations that have as their object the subversion of the established order. In this regard, the Commission has repeatedly maintained that if it is well repudiated by terrorism and the use of violence to impose certain political options, it can only be aware of the human rights violations attributed to States over their competence."

²⁵ Article 28 of the Statute addresses these requirements for the consideration of petitions: Petitions addressed to the Commission shall contain the following information: (a) the name, nationality and signature of the complainant or whistleblowers or, if the petitioner is a non-party -government, the name and signature of its representative or its legal representatives; b) if the petitioner wishes his identity to be kept in reserve before the State; c) the address for receipt of correspondence from the Commission and, if applicable, telephone and fax number and e-mail address; d) a statement of the fact or situation reported, specifying the place and date of the alleged violations; e) if possible, the name of the victim, as well as any public authority that has become aware of the fact or situation reported; f) indication of the State that the petitioner holds liable, by act or omission, for the violation of any of the human rights enshrined in the American Convention on Human Rights and other applicable instruments, although no specific reference is made to the allegedly violated article; g) compliance with the deadline provided for in article 32 of these Regulations; h) the measures taken to exhaust the remedies under domestic law or the impossibility of doing so in accordance with article 31 of these Rules; (i) an indication of whether the complaint has been submitted to another international conciliation procedure in accordance with Article 33 of these Rules.

indication by the petitioner of the State that allegedly caused the violation of the human rights enshrined in the American Convention; and d) indicate whether or not it has used internal jurisdiction or the impossibility of not using it.

As to the substantive requirements,²⁶ the following aspects are presented: a) that domestic remedies have been brought and exhausted in accordance with the principles of international law; (b) to be lodged within a period of six months from the date on which the alleged infringer of his rights has been notified of the final decision; c) that the matter of the petition or communication is not pending in another international settlement process; d) *res judicata*; and e) lack of reasoning (manifestly unfounded).

However, subject to the above assumptions and upon receipt of a petition or communication indicating human rights violations, the Commission should proceed as follows:

- a) request information from the government of the State to which the authority appointed as responsible for the alleged violation belongs, if its admissibility is recognized;
- b) provided the information is provided or the prescribed period has elapsed without being received, check whether there are grounds for the petition;
- c) may declare the petition or communication inadmissible or unfounded on the basis of information or supervening evidence;
- d) may, with the knowledge of the parties and if the file has not been filed, proceed with the examination of the matter set forth in the petition or communication;
- e) It may request from the States concerned any pertinent information and make itself available to interested parties for a friendly settlement of the matter.

²⁶ The matter is also included in the Commission's Rules and Procedures:

¹ In order to decide on the admissibility of a matter, the Commission shall verify whether the remedies of the domestic legal system have been pursued and exhausted in accordance with the generally recognized principles of international law. 2. The provisions of the preceding paragraph shall not apply when: a. the domestic legislation of the State concerned does not afford due process of law for protection of the right or rights that have allegedly been violated; b. the party alleging violation of his or her rights has been denied access to the remedies under domestic law or has been prevented from exhausting them; or c. there has been unwarranted delay in rendering a final judgment under the aforementioned remedies. 3. When the petitioner contends that he or she is unable to prove compliance with the requirement indicated in this article, it shall be up to the State concerned to demonstrate to the Commission that the remedies under domestic law have not been previously exhausted, unless that is clearly evident from the record.

^AArticle 32. Statute of Limitations for Petitions.

¹ The Commission shall consider those petitions that are lodged within a period of six months following the date on which the alleged victim has been notified of the decision that exhausted the domestic remedies. 2. In those cases in which the exceptions to the requirement of prior exhaustion of domestic remedies are applicable, the petition shall be presented within a reasonable period of time, as determined by the Commission. For this purpose, the Commission shall consider the date on which the alleged violation of rights occurred and the circumstances of each case.

^AArticle 33. Duplication of Procedures.

¹ The Commission shall not consider a petition if its subject matter: a. is pending settlement pursuant to another procedure before an international governmental organization of which the State concerned is a member; or b. essentially duplicates a petition pending or already examined and settled by the Commission or by another international governmental organization of which the State concerned is a member. 2. However, the Commission shall not refrain from considering petitions referred to in paragraph 1 when: a. the procedure followed before the other organization is limited to a general examination of the human rights situation in the State in question and there has been no decision on the specific facts that are the subject of the petition before the Commission, or it will not lead to an effective settlement; or b. the petitioner before the Commission or a family member is the alleged victim of the violation denounced and the petitioner before the other organization is a third party or a nongovernmental entity having no mandate from the former.

^AArticle 34. Other Grounds for Inadmissibility.

The Commission shall declare any petition or case inadmissible when: a. it does not state facts that tend to establish a violation of the rights referred to in Article 27 of these Rules of Procedure; b. the statements of the petitioner or of the State indicate that it is manifestly groundless.

^{or} out of order; or c. supervening information or evidence presented to the Commission reveals that a matter is inadmissible or out of order.

The Commission may also make observations in a particular State, with the permission or invitation of its government, which serve to make an assessment of the human rights situation in the country concerned.²⁷

The Commission shall seek a friendly settlement of the case and shall be successful in this endeavor. It shall draw up a report²⁸ to be sent to the petitioner and the States Parties and subsequently transmitted for publication to the Secretary General of the Organization of American States. This report should contain a brief statement of the facts and the solution that had been reached. However, if a solution is not reached within the time limit set by the Commission's Statute, it shall draw up a report setting out the facts and its conclusions.

If the report does not represent, in whole or in part, the unanimous agreement of the members of the Commission, any of them may add to that report its separate vote. The report will also include oral or written statements made by interested parties. The Commission may also make such proposals and recommendations as it deems appropriate in the report produced.

If, within three months of the referral of the report of the Commission to the interested states, the matter has not been resolved or submitted to the Court for decision by the Commission or the State concerned, accepting its competence, the Commission may issue, by the vote of the Commission absolute majority of its members, their opinion and conclusions on the matter submitted for their consideration.

1. Que la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella, pero no lo es para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado. En cuanto a la terminología que la Comisión puede utilizar para calificar normas internas, la Corte se remite a lo dicho en el párrafo 35 de esta opinión.
2. Que, sin menoscabo de las otras atribuciones que otorga a la Comisión el artículo 41 de la Convención, declarada inadmisibles una petición o comunicación de carácter individual (artículo 41.f en relación con los artículos 44 y 45.1 de la Convención) no caben pronunciamientos sobre el fondo.

²⁷ Regarding the impact of international litigation on the Federative Republic of Brazil, PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 51, states that "the cases submitted to the Inter-American Commission have had a significant impact on changing human rights legislation and public policies, leading to significant internal advances: a) cases of police violence, especially denouncing the impunity of crimes committed by military police, were instrumental in the adoption of Law 9299/96, which mandated the transfer of military justice to the Common Justice of the judgment of intentional crimes against life committed by military police; b) cases involving torture and forced disappearance encouraged the adoption of Law 9140/95, which provided compensation to the next of kin of the political dead and missing; c) Case concerning the murder of a young student by state deputy was essential for adoption of constitutional amendment n. 35/2001, which restricts the scope of parliamentary immunity in Brazil; d) Case involving complaint of discrimination against adoptive mothers and their children - in the face of a final decision issued by the Federal Supreme Court that denied the adoptive mother the right to pregnant leave - was also fundamental for the approval of Law 10421/2002, which extended the right to maternity leave for mothers of foster children; e) the case that resulted in the condemnation of Brazil for domestic violence suffered by the victim (Maria da Penha Maia Fernandes case) culminated in the adoption of Law 11340/2006 (Maria da Penha Law), which creates mechanisms to curb domestic and family violence against the woman; f) cases involving violence against human rights defenders contributed to the adoption of the National Program for the Protection of Human Rights Defenders; g) cases involving rural violence and slave labor contributed to the adoption of the National Program for the Eradication of Slave Labor; and h) cases involving rights of indigenous peoples were essential for demarcation and homologation of their lands."

²⁸ After deliberating and voting on the merits of the case, the Commission shall observe the following procedure: 1. Once a violation has been established in a particular case, the Commission shall so express its opinion on the merits. The report shall be transmitted to the Parties, published and included in the Annual Report of the Commission to the General Assembly of the Organization. 2. Once one or more violations have been established, the Commission shall prepare a preliminary report of such proposals and recommendations as it deems appropriate and shall forward them to the State concerned. In this case, it shall set a time limit for such State to report on measures taken to comply with these recommendations. The State will not be able to publish the report until a decision has been taken by the Commission. 3. The Commission shall notify the State of the adoption of the report and its transmission. In the case of States Parties to the American Convention that have accepted the contentious jurisdiction of the Inter-American Court, the Commission, by notifying the petitioner, shall give it an opportunity to present its position on the submission of the matter within one month. case to the Court. If the petitioner is interested in having the case referred to the Court, he / she must provide the following information: a) the position of the victim or his family members, if different from the petitioner;

b) data about and victim and their relatives; c) the grounds on which consideration is based that the case should be referred to the Court; d) available documentary, testimonial and expert evidence; e) claims for repair and costs.

3. Que los artículos 50 y 51 de la Convención contemplan dos informes separados, cuyo contenido puede ser similar, el primero de los cuales no puede ser publicado. El segundo sí puede serlo, previa decisión de la Comisión adoptada por mayoría absoluta de votos después de transcurrido el plazo que haya otorgado al Estado para tomar las medidas adecuadas.²⁹

Finally, it should be noted that the Commission, in addition to the States Parties, may refer a case to the Inter-American Court.³⁰ This aspect is of great importance to the human rights protection system in the Americas and attaches importance to this body.

4 SOME CASES THAT IMPACTED THE NEED FOR ADOPTION OF PUBLIC POLICIES IN BRAZIL WITH A HUMAN RIGHTS APPROACH

In the Inter-American Commission on Human Rights there is a large number of cases regarding the need for adoption of public policies, some of these in relation to Brazil.

According to the Commission, a public policy with a human rights approach is a series of decisions and actions that the state designs, implements, monitors, and evaluates for the purpose of protecting, promoting, respecting, and guaranteeing the human rights of all the persons, groups, and communities.

In this sense, the Commission considers that one of the greatest challenges involves updating the notion of public policy with a human rights approach, one grounded in the standards, recommendations, decisions, interpretations, and judgments issued from the inter-American system, as well as in the evolution that international human rights law has undergone over the past decade.

In that respect, on the basis of the Commission's historical work regarding promotion and protection, the inter-American standards that have been developed on the basis of the interpretation of the principles of the human rights approach. Some recommendations have been done to Brazil, as exposed in the next lines.

First, the Commission adopted some affirmative actions, in order to guarantee, on an equal footing, the enjoyment or exercise of one or more basic human rights and freedoms of persons or groups that need it, as long as said measures do not entail upholding separate rights for distinct groups and are not perpetuated after achieving their goals.

These actions are aimed at mitigating or eliminating conditions that cause discrimination against certain groups, at ensuring the complete and equitable enjoyment of basic human rights and freedoms for groups in situations of vulnerability or historical discrimination.

Regarding to affirmative actions, the Inter-American Commission on Human Rights has stressed the need to undertake recommendation to draw up public policies that make it possible to prevent structural situations of discrimination. From this perspective, the failure to take affirmative measures to reverse or change *de iure* or *de facto* discriminatory situations harmful to a specific group produces international responsibility on the part of the State.

The first case analyzed, takes as an example of affirmative actions taken regarding Brazil at Case Wallace de Almeida (Report No. 26/09. Case 12.440. Merit. Wallace de Almeida. Brazil. March 20, 2009). In this case, the petitioners alleged violation of the murder of 18-year-old Wallace de Almeida on September 13, 1998 in Morro de Babylon, a favela in the south of Rio de Janeiro capital by policemen of the 19th Battalion of the Rio de Janeiro Military Police, disrespecting the rights to life, integrity and equality, provided for in Articles 4, 5 and 24 of the Convention, and the lack prevention of the type of act accused, whose responsibility lies with the State in the form of a violation of Article 1 (1) of the Convention, as well as the marginalization of victims by the State police authority and a violation of the right to judicial guarantees provided for in Articles 8 and 25 of the Convention.

²⁹ Advisory opinion n. 13/93. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

³⁰ VELASCO, Manuel Díez, *op. cit.*, p. 704 afirma que "la Convención prevé tres fórmulas claramente diferenciadas para el control: el estudio de los informes periódicos presentados por los Estados; el examen de las denuncias intergubernamentales y el examen de las denuncias individuales. Respecto de cada una de ellas, la Comisión y la Corte ejercen diferentes funciones."

Accordingly, the Inter-American Commission concluded in Report 73/06 that there was a violation of the right of life, personal integrity, judicial guarantees, equality, and judicial protection, respectively, stated in Articles 4, 5, 8, 24, and 25 of the Convention American. Furthermore, the Commission considered that the obligations imposed by the American Convention in its Article 1 (1) of respect and guarantee of the rights enshrined therein were also violated; Article 2, which lays down the obligation to adopt provisions of national law to give effect to the rights provided for in that instrument; and Article 28, regarding the obligation of both the Federal State and the state of Rio de Janeiro to comply with the provisions of the Convention.

On July 18, 2008, the Commission adopted Report No. 34/08, reiterating the conclusions of the previous report and the recommendations.

It was recommended that:

1. Carry out a thorough, impartial and effective investigation of the facts by independent judicial bodies of the civil / military police forum in order to establish and punish responsibility for acts related to the murder of Wallace de Almeida and the impediments that prevented conducting both an effective investigation and judgment.
2. To provide full reparation to the families of Wallace de Almeida, including both moral and material aspects, for the human rights violations indicated in this report, and in particular
3. Adopt and implement the necessary measures for the effective implementation of the provision contained in article 10 of the Brazilian Criminal Procedure Code.
4. Adopt and implement appropriate measures directed at justice and police officials to avoid actions that imply racial discrimination in police operations, investigations, prosecution or criminal judgment.

Regarding the third recommendation, the State adopted measures for public policies, having the Government of Rio de Janeiro hired a consulting company - the Institute of Management Development - to conduct a study on the state public security system, focusing on investigative methods used by the police and ways to prevent the backlog of cases. Regarding the fourth recommendation, on March 12, 2008, the acting Governor of the State of Rio de Janeiro, Luiz Fernando de Souza, authorized the Attorney General of the State of Rio de Janeiro to advise the competent authorities with a view to complying with this recommendation. The Attorney General's Office sent letters to the Secretary of Public Security of Rio de Janeiro and the Attorney General of the Public Prosecution Service. The Attorney General's Office issued letters to the following Rio de Janeiro authorities: President of the Court of Rio de Janeiro, Secretary of Public Security, Secretary of Penitentiary Administration and Attorney General of the Public Prosecution Service.³¹

One of the most famous case regarding to Brazil in the Commission is the Case 12,051, Report No. 54/01 – Maria da Penha Maia Fernandes. The case involves domestic violence committed in the city of Fortaleza, Ceará State, by Marco Antônio Heredia Viveiros to the detriment of his wife at the time, Maria da Penha Maia Fernandes, during the years that they were married, culminating in attempted murder and further attacks in 1983. As a result of these attacks, Maria da Penha has suffered from irreversible paraplegia and other ailments since 1983.

The Commission concluded that the State was responsible for the violation of the right to a fair trial (Article 8(1) of the ACHR) and the right to judicial protection (Article 25 of the ACHR), in conjunction with the obligation to respect and guarantee rights (Article 1(1)), as well as the violation of Article 7 of the Convention of Belém do Pará.

One of the recommendations of the IACHR was about to expand the reform process that will put an end to the condoning by the State of domestic violence against women in Brazil and discrimination in the handling thereof. In particular, the Commission recommended the adoption of measures to train and raise the awareness of officials of the judiciary and specialized police so that they may understand the importance of not condoning domestic violence.

³¹ Report n. 26/09 year? Available at: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/fondo.asp>.

The Commission also recommended the establishment of mechanisms that should serve as alternatives to judicial mechanisms, which should resolve domestic conflict in a prompt and effective manner and create awareness regarding its serious nature and associated criminal consequences.

As a result, a series of laws and decrees were taken, as well as some important measures, including the following, between others:

law number 11.340/06, Lei Maria da Penha, which emphasizes prevention, assistance, and protection for women and their dependents in situations of violence; establishes mechanisms to punish, reeducate, and rehabilitate attackers; and deals with the issue from a comprehensive, multidisciplinary, complex, and specific perspective;

- law number 10,745/03, consecrating 2004 as the Year of the Woman;
- law number 10,886/04, which increased the punishment for the crime of bodily injury in cases of domestic violence;
- decree number 104/2011 of the Ministry of Health, requiring compulsory notification in cases of domestic and sexual violence against women;
- law number 13,140/15, which provides for mediation between private parties as a means of conflict resolution along with other forms of conflict resolution in the realm of the administration of justice;
- creation of an Observatory for monitoring the implementation of the Maria da Penha Act and the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women (“Convention of Belém do Pará”), throughout the country and in the Executive, Legislative, and Judicial branches;
- creation of the National Policy for Addressing Violence against Women;
- Launch, in 2007, of the National Pact for Addressing Violence against Women, which, between 2008 and 2011, secured investment for actions to address violence against women focused on specific ministries and secretariats, under the coordination of the Office of the Special Secretariat on Policies for Women.

After this case, Brazil made important progress in implementing public policies in federal, state, and municipal governments, including by: consolidating the concept of violence against women to include a wider variety of types of violence (trafficking of women, domestic and family violence, institutional violence, sexual harassment, and others); incentivizing integration of the actions taken by different agencies and bodies; consolidation of the “Women’s Care Hotline – Call 180” as a direct access channel for women facing violence; increasing the number of specialized services; adding violence against women to the political agenda of governments; organizing the model for managing policies for combating violence against women; and preparing a diagnostic and action plan for all states.

Referring to specific standards related to the protection of the equality of Afrodescendants and to State obligations with respect to violence and discrimination, access to justice and judicial protection, we must mention the Case 12.001 (Simón André Diniz), in which the Commission held that every victim of a human rights violation must be assured of a diligent and impartial investigation, and, if there are indicia as to who committed the crime, the pertinent action should be initiated so that a judge with jurisdiction, in the context of a fair trial, can determine whether the crime occurred, as with every crime brought to the attention of the authorities.

As this has not happened with the complaints of racial discrimination lodged by Afro-descendants in Brazil, the Commission concluded that the Brazilian State has flagrantly violated the principle of equality enshrined in the American Declaration and the American Convention, which it undertook to respect, and which dictates that all persons are equal before the law and have the right to equal protection of the law, without discrimination. The Commission also concluded that excluding a person from access to the labor market on grounds of race is an act of racial discrimination. In this sense, equal protection before the law requires that any expression of racist practices be dealt with diligently by the judicial authorities.

Concerning the right to truth in the Americas, the Commission presented a report in 2014. In this report, the IACHR noted that a lack of access to information about what had happened was a common pattern in many countries in the region during the military dictatorships and that, in some countries, concealing infor-

mation was a deliberate policy of the State and even a “tactic of war.” In this context, the report examines States’ obligations with regard to guaranteeing the right to the truth in the face of grave human rights violations and refers specifically to the progress made on this front and the challenges that remain in several countries in of the region.

The IACHR outlined some recommendations, such as redouble efforts to guarantee the right to the truth in cases of grave violations of human rights and international human rights law (IHL). Accordingly, the Commission urged the States to review their domestic laws and other norms, strike down those provisions that directly or indirectly hamper their compliance with their international obligations and adopt laws that guarantee the right to the truth. In particular, the Commission recommended States to redouble efforts to prevent the phenomenon of forced disappearance of persons and set in motion the mechanisms necessary to ensure that it is codified as a criminal offense; clarify what happened to the victims; determine their whereabouts; identify the exhumed bodies; and return the remains to the next of kin in accordance with their wishes, as well as through adequate mechanisms to ensure their participation in the process.

The IACHR recommended also that the States ratify the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons and the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. States must ensure appropriate conditions for a Truth Commission to be established and function properly and must take appropriate measures to implement Truth Commissions’ recommendations effectively and within a reasonable period of time.

About this, relevant measures were adopted by States, which is the case of Brazil. In this sense, the final report of the Brazilian Truth Commission was issued in December 2014. The fight against grave human rights violations and the publication of the Brazilian Truth Commission’s findings contribute to the strengthening of the democratic State and provide a voice and hope to victims and their families.

Finally, with regard to protection and Empowerment of LGBTI Persons, the IACHR established that a person’s sexual orientation “is independent from the sex assigned to that person at birth, and independent from that person’s gender identity,” and furthermore “constitutes a fundamental component of the private life of an individual”, with a “clear nexus between the sexual orientation and the development of the identity and life plan of an individual, including his or her personality, and relationships with other human beings”. Likewise, with respect to gender identity, it has observed that it refers to the internal and individual experience of gender as each person feels it profoundly, which may or may not correspond to the sex assigned at birth, including the personal experience of the body and other expressions of the gender with which the person identifies.

In this regard, the Inter-American Commission considers that, in addition to protecting the right of all persons to express their sexual orientation and gender identity, it is necessary to create ways to enable the integral development of personality and personal capacities through education, information and awareness-raising, with a view to providing tools to confront the stigma, stereotypes and discrimination often faced when expressing personality and identity. In addition, the IACHR considers that an important part of carrying out this work relates to the obligation of States to adopt legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights to equality and nondiscrimination, among others, of LGBTI persons.

In its Report on Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas (2015), the Commission recommended States to enact anti-discrimination legislation or amend existing legislation in order to prohibit all forms of discrimination, that include sexual orientation, gender identity and gender expression, gender characteristics or intersex status; and to enact gender identity laws that recognize the rights of trans persons to change the name and gender marker on birth certificates and identity documents, without the need to present medical or psychological/psychiatric evaluations or certificates.

On that occasion, the IACHR noted that several OAS member states had adopted important legislation to combat discrimination based on sexual orientation and gender identity, such as Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Canada, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Mexico, Nicaragua, Suriname, the United States, and Uruguay.¹¹⁴ The enactment of these legislative measures shows a growing consensus in the region on the need to combat discrimination on the basis of sexual orientation, gender identity or expression, as well as to recognize LGBTI persons and their right to protection against the violence and discrimination they suffer.

In which concerns to Brazil, the State have adopted legislation regarding women's rights that has impacted the situation, for example, of trans women, and recognized their right to protection because of their gender identity. A positive example to highlight is the "Maria da Penha Law", enacted by the State of Brazil in compliance with a decision of the IACHR: according to information received by the Commission, Brazilian courts have decided, for example, that the biological gender assigned at birth does not prevent the victim, whose gender identity is female, from being recognized as a woman, and she would therefore be subject to protection under the Maria da Penha Law.

5 CONCLUSION

From the second half of the twentieth century, the study of human dignity gained strength in the international arena and consolidated the idea of limiting national sovereignty and came to recognize that individuals have inherent rights to their existence that should be protected. Thus, a profound change has occurred in the world in the area of human rights with the creation of protection systems at the international level as well as at the regional level.

In this context, it looks that the protection enshrined in the regional scope has been very expressive, with important results in the condemnation of states to large indemnities for violation of human rights, as well as the manifestation of a rich jurisprudential construction and also with actions effective in safeguarding the lives of people who had their most precious rights (human rights) violated, unprotected and often unrecognized within the state itself.

That is why the Inter-American Human Rights System is an invaluable tool for the effective guarantee of human rights in the American continent, because through the two organs provided for in the American Convention (Commission and Inter-American Court), it is guaranteed not only the follow-up of the conduct of the member states, as well as the possibility of judging cases.

After the functioning of the Inter-American Human Rights System with its protection bodies (the Court and the Inter-American Commission on Human Rights), naturally observing the requirements set forth in the protection documents, even if an unfavorable sentence occurs, the individual can still resort to the system, that is, the case will be referred to the Commission and subsequently to the Court. Thus, by becoming a signatory to the American Convention, states have a duty to themselves, namely, to adapt their domestic laws and jurisdiction so that they are in line with the external norms and jurisprudence of the Inter-American Court.

Regarding the cases involving the Federative Republic of Brazil submitted to the Inter-American Commission on Human Rights, the following was evident: Concerning the case Wallace de Almeida, it is important to mention that Brazil has adopted some measures for public policies; after the conclusion of the case Maria da Penha Maia Fernandes, a series of laws and decrees were passed; regarding the case Simón André Diniz, some specific standards related to the protection of the equality of Afro descendants and to State obligations with respect to violence and discrimination were appointed by the Commission.

However, even if the reports issued by the Commission are not binding, as they are not legal in nature, the efforts made by Brazil to comply with the recommendations, as per article 33 of the American Convention, are observable. Finally, it is undoubtedly that the role of the Commission is as relevant that of the Court, because when the reports are issued, states are seen and recognized as having violated rights enshrined in the international documents they have subscribed to and, consequently, "pressures" to adjust laws and/or adopt public policies at the domestic level, as occurred in matters involving the Brazilian State.

6 REFERENCES

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: GARCIA, Eusebio Fernandez. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid: Dickynson, 2001.

GUERRA, Sidney. *Temas emergentes de direitos humanos*. Rio de Janeiro: FDC, 2006.

- GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GUERRA, Sidney. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- GUIMARÃES, Samuel Pinheiro; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Direitos humanos no século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L. *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GUERRA, Sidney. *Temas emergentes de direitos humanos*. Rio de Janeiro: FDC, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SANTAGATI, Claudio Jesús. *Manual of human rights*. Buenos Aires, Legal Editions, 2009.
- TALAVERA, Fabián Novak; MOYANO, Luis Garcia. *Derecho internacional público*. Peru: Fondo Editorial de la PUC, 2002. T. 2. V. 2.
- TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. 2. ed. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1996.
- VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1996.

EFEITOS DO FECHAMENTO EPISTEMOLÓGICO AO SABER HISTÓRICO NA FORMAÇÃO DOS JURISTAS NOS CURSOS DE DIREITO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.222-231>

Recebido em: 20/1/2020

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 26/4/2020

Lucas Melo Borges de Souza

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestrado em Ciências Criminais e Especialização em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor no curso de Graduação em Direito da Faculdade Pio XII. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/0978022426087092>. <https://orcid.org/0000-0003-0737-442X>. meloborges@hotmail.com

André Filipe Pereira Reid dos Santos

Doutorado e Mestrado em Sociologia e Antropologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor no curso de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). <http://lattes.cnpq.br/9404737943888215>. <https://orcid.org/0000-0002-8559-1959>. afprsantos@gmail.com

RESUMO

A questão central do presente artigo é a dos efeitos e das decorrências do fechamento epistemológico ao saber histórico na formação dos juristas nos cursos de Direito, tanto no campo do ensino quanto no da pesquisa. Foi utilizada como técnica de pesquisa a revisão de literatura de trabalhos e livros seminais sobre o estado de coisas do ensino jurídico e da pesquisa jurídica nas últimas décadas, bem como a experiência pessoal dos autores na condição de professores universitários em cursos de Direito. Inicialmente são apontados elementos organizadores de uma tradição jurídica normativa e técnica que dá um tratamento superficial, ou que sequer considera os conhecimentos históricos, sociológicos, filosóficos e antropológicos para uma compreensão do fenômeno jurídico na contemporaneidade. Em seguida são examinados alguns efeitos no ensino e na pesquisa jurídica da conjugação de uma tradição jurídica normativa e acrítica com o desprezo ou a indiferença em relação aos estudos históricos e às ciências humanas de uma maneira geral – chamado no texto de senso comum histórico dos juristas, expressão parafraseada de Luís Alberto Warat. O manualismo e a esquematização, o reducionismo metodológico e teórico da pesquisa jurídica e o *ethos* jurídico técnico e burocrático são alguns desses efeitos. As considerações não estão reduzidas ao final do trabalho. Ao longo do texto são levantados alguns indícios das consequências de uma falta de compreensão crítica do jurista na condição de agente histórico e social inserido em um campo constituído e constitutivo da formação social brasileira.

Palavras-chave: Formação dos Juristas. Saber histórico. Direito.

EFFECTS OF THE EPISTEMOLOGICAL CLOSURE TO HISTORICAL KNOWLEDGE IN THE FORMATION OF JURISTS IN LAW COURSES

ABSTRACT

The central issue of the present article is about the effects and outcomes of the epistemological closure to historical knowledge in the formation of jurists in Law courses, both in legal teaching and legal research. As research technique it was used the literature review of seminal papers and books about the state of affairs of legal teaching and research in the last decades, just as the personal experience of the authors as university professors in Law courses. Initially it is pointed out organizing elements of a normative and uncritical legal tradition that gives a superficial consideration, or doesn't consider at all historical, sociological, philosophical and anthropological knowledge. After that are examined some effects in teaching and research of the conjugation of a normative and uncritical legal formation with the contempt or indifference towards historical studies and human sciences in general – called of historical common sense of jurists, to paraphrase Luis Alberto Warat. Some of the effects are the manualization and schematization of Law, the methodological and theoretical reductionism of legal research and a technical and bureaucratic legal *ethos*. The notes are not reduced to the conclusion part. Along the article are highlighted some evidences of the consequences of a lack of critical comprehension by the jurists about themselves as an historical e social agent placed a field constituted and constitutive of the brazilian social formation.

Keywords: Formation of jurists. Historical knowledge. Law.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Tradição normativa e senso comum histórico dos juristas. 3 “Manualismo” e Esquematização no Direito. 4 Pesquisa e produção de conhecimento nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. 5 O jurista e a decisão judicial no campo do Direito. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Para pensar os efeitos e as decorrências do fechamento epistemológico ao saber histórico na formação dos juristas nos cursos de Direito é necessário, primeiramente, colocar em questão o suporte epistemológico sobre o qual se montou a tradição jurídica ocidental na modernidade. Ou seja, é preciso saber qual o estado epistemológico e prático que domina e forma o modo de pensar e de agir do jurista.

Definitivamente é uma tradição que se faz presente desde a entrada do estudante de Direito na faculdade. Ela moldou e molda de tal forma o *ethos jurídico* que hoje já ganha o *status* de algo “natural” no Direito, pois se tornou um componente destituído de qualidade histórica na medida em que passou a habitar o inconsciente jurídico e a formatar a linguagem, o comportamento, a vestimenta, a forma de ver o mundo e a si mesmo, o papel do jurista na sociedade e o hábito de julgar o que diz e o que não diz respeito ao Direito.

A naturalização dessa tradição jurídica apresenta pontos que fazem referência à própria construção do Direito na modernidade ocidental e eles devem ser levados em conta, até porque a sociedade brasileira não está isolada do mundo. O fundamental, porém, é colocar em questão as condições do contexto brasileiro para, assim, explicitar como se deram ou não se deram e como se têm dado as relações entre o Direito e as outras áreas das Ciências Humanas, em especial a História, no ensino jurídico e na pesquisa jurídica, que é o foco de análise do presente artigo.

Por se tratar de um texto limitado pela formatação de artigo científico, são apenas trabalhados alguns apontamentos do fechamento epistemológico do ensino jurídico e da pesquisa jurídica ao saber histórico, o que não impediu os autores de apresentarem, ainda que sem o devido aprofundamento, alguns sintomas da formação dos juristas e dos cursos de Direito no Brasil.

2 TRADIÇÃO NORMATIVA E SENSO COMUM HISTÓRICO DOS JURISTAS

Hespanha (1978, p. 9-11) recuperou um dos momentos de construção da tradição jurídica historiográfica (que viria a dominar o campo do Direito) na ascensão dos valores liberais nas sociedades europeias ao longo dos séculos 18 e 19. A relevância dos valores liberais na mudança do campo jurídico estaria, para o autor, no fato de terem funcionado naquele momento na condição de crítica do passado monárquico como um tempo de irracionalidade e violência arbitrária, tanto quanto justificção da luta burguesa contra esse passado e a favor de uma nova ordem. Nesse duplo movimento, o Direito e outras áreas do conhecimento¹ passaram a exercer um papel de naturalização da nova ordem, com seus valores e suas ideias, a ponto de tentar suspender o quadro vivido do próprio processo histórico e torná-lo uma verdade a-histórica, sem necessidade de questionamentos e reflexões.

Se inicialmente uma das armas de ataque do campo jurídico à ordem monárquica foi a noção de direitos naturais, a pretexto de desmoralizar a ordem social desigual vigente com a afirmação de que todos nascem com os mesmos direitos, o caminho posterior às revoluções liberais foi a positivação dos direitos e a crescente tomada de espaço do Direito Positivo, principalmente como forma de limitação do poder do Estado e de especificação de proteções aos cidadãos.

Concomitantemente à positivação dos direitos há a emergência da cientificação do positivismo jurídico nos séculos 19 e 20, que erige uma estrutura discursiva e pretensamente não ideológica de justificção de tal perspectiva, composta de alguns elementos característicos, a exemplo do formalismo, da neutralidade, da autoridade, do progresso e da crença na autossuficiência. Para o campo da história do Direito, o principal efeito do domínio dessa estrutura discursiva no pensamento jurídico moderno foi a depuração do conhecimento das explicações e compreensões históricas, sociológicas, filosóficas e antropológicas que estudam e analisam o funcionamento do fenômeno jurídico nas sociedades, muitas vezes sob o argumento de que o Direito está reduzido à lei e ao Poder Judiciário. Em termos epistemológicos, esse domínio é expresso na desvalorização

¹ É interessante lembrar que até o calendário francês foi modificado pela Revolução Francesa, não mais fazendo referência ao nascimento de Cristo. Uma ação que claramente mostrava a vontade de sufocar a concepção do passado com os novos tempos, visto que o calendário era um elemento no qual se via um investimento ideológico preciso e, de certo modo, também revestido de um componente existencial (LE GOFF, 1990, p. 490-491).

de problemas teóricos e compreensivos de pesquisa sobre as interlocuções do Direito com as Ciências Humanas em razão da solidificação de problemas de interpretação e aplicação ideal da lei como fonte exclusiva do Direito (HESPANHA, 1978, p. 13-16).

Talvez um dos pontos menos mobilizados e atacados nos cursos de Direito, pelo que pode ser chamado de uma *redução da perspectiva epistemológica à técnica jurídica*, tenha sido a invisibilização da instrumentalização do Direito como um dos elementos de conservação do racismo mesmo depois da abolição legal da escravidão e do advento da igualdade jurídica com a República. O formalismo, a neutralidade e a ideia de progresso acabam por escamotear o fato de que a lei ainda é um caminho para um encontro entre o passado colonial e escravista com o presente supostamente moderno e não arbitrário.

Em longo prazo, essa redução perspectiva provocou tanto nos estudantes como nos operadores do Direito um *senso comum histórico*, parafraseando o conceito de Luís Alberto Warat. Foi e é produzido no Direito um discurso que tem assumido o caráter de verdadeiro e que tem delimitado um espaço de validade e de não validade para determinadas explicações e compreensões acerca do papel do Direito e do jurista, da operabilidade e das funções da lei. Como lembra o autor argentino, nesse tipo de discurso circulam representações, imagens, pré-conceitos, hábitos, costumes e estereótipos que reforçam a tecnicidade e o isolacionismo do Direito, ao mesmo tempo que produzem um espaço marginal de não realidade para as entradas históricas, sociológicas, filosóficas e antropológicas no fenômeno jurídico. Na prática, o *senso comum teórico dos juristas* esconde a instrumentalização do Direito como técnica social e institucional de poder (WARAT, 1994, p. 13-15) e, especificamente, o *senso comum histórico dos juristas* suspende o Direito da temporalidade, escamoteia as aproximações entre passado e presente e/ou realiza uma leitura anacrônica do passado.

Vários são os sintomas do *senso comum histórico* dos juristas que atravessam o ensino e a pesquisa: um tratamento da história do Direito pelas diferentes disciplinas jurídicas como uma história de datas, acontecimentos políticos marcantes e aprovação de leis, ao invés de uma história voltada para processos e problemas históricos que estruturam e afetam o funcionamento do Direito na contemporaneidade; a ideia de que o Direito está em constante evolução ao longo do tempo e que o “passado jurídico” é algo que definitivamente ficou para trás; a tentativa de interpretação de institutos jurídicos atuais com base em leituras ideais e despidas da realidade, ou então a partir de uma interpretação advinda de um passado longínquo e que não leva em conta as mudanças e o contexto histórico; a redução das disciplinas e das leituras históricas, sociológicas, filosóficas e antropológicas a um espaço propedêutico nas grades e nas matérias dos cursos de Direito, dificultando um entrelaçamento com as disciplinas e as visões dogmáticas; a recorrência dos tópicos sobre a “evolução histórica” de institutos e conceitos jurídicos em monografias, dissertações e teses, que traçam uma linha das supostas reverberações do instituto do momento presente até o passado mesopotâmico,² grego e/ou romano, tal como se aí residisse a origem (CARVALHO, 2013, p. 24-29) de todo o Direito ocidental e como se a História fosse uma constante evolução linear, despida de rupturas, diferenças e complexidades; a desconsideração dos conhecimentos históricos, sociológicos e antropológicos na elaboração de políticas públicas e de projetos de lei; a não problematização do papel do jurista para a manutenção ou a crítica de eventuais disfunções da estrutura jurídica.

E a potência do *senso comum* dos juristas não está somente na marginalização de perspectivas, mas também no esvaziamento da efetividade epistemológica, pois quando é dada alguma consideração aos olhares não estritamente jurídicos no campo do Direito, eles são afirmados apenas na qualidade de conhecimentos introdutórios, sem reflexo na realidade/atualidade da prática jurídica ou algo diverso do Direito por não estar literalmente expresso na lei. As leituras históricas talvez sejam as mais afetadas, principalmente pela ideia superficial de que se trata de algo reduzido ao passado, sem reflexo e presença na realidade jurídica contemporânea.

Nesse fechamento epistemológico do Direito, o único conhecimento considerado válido é o saber técnico dominante produzido pelos juristas, porque em regra é feito pelos pares, por aqueles que são percebidos como os integrantes por excelência da área, bem como por apresentar uma visão conformista e acrítica do

² Apesar de apresentar o que parece ser uma excessiva visão divisionista dos campos de conhecimento, Luciano Oliveira lembra do hábito nos trabalhos acadêmicos em iniciarem com um capítulo preliminar histórico e, frequentemente, tecerem comentários sobre o Código de Hamurabi, talvez como se essa legislação marcasse o início do Direito ocidental (OLIVEIRA, 2004, p. 143).

Direito, de modo a reafirmar e fortalecer o estado de coisas do campo jurídico. Warat também recorda que a formação da ideia de um posicionamento superior do Direito deriva, em parte, do fato de ser um conhecimento ligado umbilicalmente à formação do Estado moderno e por se manifestar como a racionalidade voltada para a legitimação do monopólio da violência estatal (WARAT, 1994, p. 15-16), o que provoca, em certa medida, uma prepotência do Direito em relação às outras áreas das Ciências Humanas. Inclusive, essa ligação umbilical entre o campo jurídico e o Estado é um aspecto estudado por Sérgio Adorno no que se refere à formação singular do bacharel em Direito, em São Paulo, para a ocupação do corpo burocrático de um Estado liberal e escravista, indicativa também da particularidade de o liberalismo jurídico brasileiro ser moldado e moldar um quadro histórico antidemocrático (ADORNO, 1988).

Entre os efeitos desse fechamento epistemológico, um deles é a criação e consolidação de um abismo não reconhecido ou incompreendido entre a formação social brasileira e a opção pela adoção automática e superficial de teorias sociopolíticas pelo discurso jurídico. Algo que se agrava em um cenário no qual domina a “cultura manualesca”, com a citação reiterada entre os próprios juristas de argumentos de autoridade e o afastamento dos problemas da realidade em que o Direito está inserido (BEDÊ; COLÁCIO; NETO, 2017, p. 248-249).

Um exemplo é a teoria do contrato social como ponto de partida para a leitura da formação do Estado brasileiro imperial e republicano, o que deixa implícita a ideia sem correspondência histórica de que o Processo de Independência e a Proclamação da República teriam sido movimentos protagonizados pelas diferentes camadas sociais, em algum tipo de união na qual a vontade geral manifestada abriu mão de parte da liberdade em prol da segurança, primeiro na criação e depois na refundação do Estado Nacional.

Outra leitura jurídica rasa é sustentar o Estado brasileiro na condição de um defensor de direitos e garantias constitucionais – tendo em vista a presença, desde a Constituição Imperial de 1824, de um rol de direitos individuais – sem verificar a (não) materialização na realidade social, visto o Estado brasileiro apresentar uma estrutura histórica de violação e desrespeito desses direitos e garantias.

A visibilização desse abismo pelas explicações e compreensões históricas, sociológicas, filosóficas e antropológicas é o que mostra uma ilusão no campo jurídico, alimentada pelos juristas, de que o Direito é independente da realidade social. Na verdade, o formalismo, a abstração, a neutralidade e a crença na autossuficiência funcionam simbolicamente como dispositivos dissimuladores ou negadores dos conflitos e antagonismos históricos (WARAT, 2002, p. 57-58) sob e entre o Direito e a Política.

Nessas circunstâncias, deve ser sublinhado que se trata de algo que circula não somente no espaço da racionalidade do discurso jurídico, pois atravessa também o domínio afetivo que constitui o estudante e o operador do Direito, no sentido de alcançar até a subjetividade do jurista. *O senso comum histórico é um produtor de modos de agir, de pensar, de reconhecer e de ser reconhecido na condição de jurista no Direito, assim como um expediente de clivagem entre o que é e o que não é aceito como ciência jurídica propriamente dita.*

No final dos anos 90, Antônio Carlos Wolkmer destacou a presença de uma retomada dos estudos históricos no Direito, que buscavam repensar a tradição normativa de descompasso com as especificidades das experiências sociais e culturais formadoras dos pensamentos, das ideias e das instituições jurídicas no Brasil.³ Para o autor, uma compreensão voltada para uma transformação social e humanizadora do Direito brasileiro contemporâneo deve passar por uma interpretação do nosso passado que realce as contradições, permanências, desigualdades e os conflitos que estruturaram a nossa sociedade e que constituem as leis desde o Brasil Colônia, passando pelo Império e chegando na República (WOLKMER, 2002, p. 2-5).

³ Antônio Carlos Wolkmer qualifica a tradição normativa dos estudos históricos no Direito como uma prática de mera descrição linearizante e evolucionista das leis, despida de sistematicidade, com o objetivo de conhecer e justificar o passado. Uma tradição que ainda domina o ensino jurídico e que o autor remonta à própria ausência da disciplina de História do Direito na criação dos cursos jurídicos em 1827, somente entrando na grade do curso com a reforma do ensino jurídico em 1891 e já dentro de uma tradição técnico-normativa (WOLKMER, 2002, p. 5).

Assim, os estudos históricos cumpririam um papel de colocação dos problemas sociais, econômicos e políticos sobre os quais o Direito deve se posicionar e enfrentar. Muito além de um saber introdutório, a História do e no Direito deve ser pensada como uma condição de possibilidade para qualquer compreensão presente das formas de funcionamento e dos efeitos do sistema jurídico na sociedade brasileira. Afinal, se uma sociedade não pode se desconectar completamente de sua História, por que com o Direito seria diferente?

Diante de uma formação social estruturada historicamente em termos racistas, antidemocráticos, clasistas e patriarcais, a construção no ensino e na pesquisa de um saber jurídico eminentemente brasileiro (saber jurídico brasileiro na acepção de um conhecimento que se volta primariamente para as suas próprias condições históricas e sociais na condição de ponto de partida para pensar a realidade experimentada no cotidiano pelos cidadãos) não pode prescindir de colocar em jogo os encontros e desencontros entre o nosso passado e o presente.

E é importante ressaltar que não se cuida de uma concepção de História na qual o passado do Direito simplesmente dá lições para o presente jurídico, mas sim de que não é possível agir na atualidade e sobre os problemas do Direito sem uma compreensão do passado, do mesmo modo que não é possível olhar para o passado se nada se sabe sobre o presente (BLOCH, 2002, p. 63-67). Embora ainda de difícil reconhecimento, a própria condição do jurista não é outra que não uma condição histórica. Tentar esquecer ou escamotear isso é o mesmo que invisibilizar uma realidade histórica e continuar o caminho de perpetuação da paralisia do Direito e do jurista diante dos problemas sociais.

3 “MANUALISMO” E ESQUEMATIZAÇÃO NO DIREITO

Na obra “Introdução ao Estudo do Direito”, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 48) lembra que a noção de Ciência do Direito se transformou na formação universitária, ao longo do século 20, em um saber fechado e formalista, isto é, um produto técnico com a finalidade única de atender o operador do Direito no desempenho de suas funções judiciárias. Assim, o saber jurídico ensinado nos cursos de Direito é cada vez mais despido de seus componentes filosóficos, históricos, sociológicos e antropológicos, consolidando uma visão na qual o Direito é desligado da realidade social e política (LIMA; VARELLA, 2009, p. 121-124).

A formação do jurista nos cursos de Direito tornou-se, em grande medida, um exercício de reprodução e transmissão de um conhecimento posto como oficial, contido quase exclusivamente em manuais de direito e decisões de tribunais, o que acaba por provocar uma dobra do mundo do Direito sobre ele mesmo (não é por acaso que, em regra, os autores dos manuais são advogados, promotores de justiça ou juízes de direito), além de fechar em certa medida o ensino e os juristas para o campo da pesquisa e da produção científica do conhecimento. Como lembra Lenio Streck ao citar Ricardo Guibourg, parte desse muro construído deve-se ao fato de o Direito ser um conhecimento no qual a fala, o discurso e o escrito da autoridade ainda conservam uma considerável força pela simples circunstância de derivarem de uma autoridade (STRECK, 1999, p. 64-68).

Basta consultar planos de curso de disciplinas como Direito Penal, Processo Penal, Direito Civil e Processo Civil, mesmo em faculdades de Direito de cidades e Estados diversos, que se verifica a predominância de manuais de Direito como indicações bibliográficas básicas. E não se pode esquecer da tendência surgida há alguns anos de publicação e utilização de livros esquematizados de Direito, os quais são refratários ao conteúdo reflexivo, de maneira a reduzir uma obra jurídica a um catálogo de informações a serem decoradas.

Uma compreensão das tramas estruturais nas quais o Direito moderno está envolvido é comprimida pela memorização mecânica de conteúdos dogmáticos abstratos. Em resumo, *a formação do jurista nos cursos de Direito é moldada por um saber técnico à deriva da história, do social e do político.*

Embora não seja o tema específico do presente artigo científico, é preciso colocar em questão o fato de que se está diante de uma industrialização, mercantilização e despolitização do ensino jurídico e que envolve faculdades de Direito, professores, autores de manuais e obras esquematizadas, editoras e livrarias. Um quadro em expansão contínua, com protagonismo dos conglomerados empresariais voltados para o Ensino Superior e do fenômeno da distancialização da vida (GIDDENS, 1991), no presente caso, do ensino e da experiência universitária.

No que se refere especificamente aos manuais de Direito, ainda que possam ser interpretados por muitos na qualidade de uma prática histórica da ciência jurídica e derivada dos glosadores e comentadores europeus dos séculos 12 e 14 sobre o Direito Romano, o manual tem funcionado como uma das únicas realidades do Direito na formação do jurista.

Mesmo manuais adotados em muitos cursos de Direito e em decisões de tribunais padecem de uma patente falta de consideração para aspectos históricos, sociológicos, filosóficos e antropológicos do Direito moderno. Costumeiramente os manuais começam com tais temas, porém apenas para destacar uma suposta separação entre o objeto de estudo do jurista (a lei) do objeto de estudo das outras áreas das Ciências Humanas (a política, as relações sociais, o passado) ou para sublinhar uma ideia de progressão da sociedade e do Direito passado até o presente com a citação de legislações e/ou linhas de pensamento obsoletas, sem qualquer reflexão sobre possíveis permanências ou mudanças ao longo do tempo.

Ainda que se alegue não ser essa a função primária de um livro de dogmática jurídica, a exclusividade desse material como fonte de conhecimento condiciona no jurista modos de pensar e de agir: um raciocínio mecânico, memorizador e reproduzidor do conhecimento jurídico; a naturalização de uma perspectiva acrítica e conformadora do Direito; o não questionamento da posição do jurista no sistema jurídico; uma visão imprecisa da dimensão de implicação dos outros ramos das Ciências Humanas no campo jurídico, entre outros efeitos.

Nesse sentido, o ensino “manualizado” do Direito funciona como uma barreira à entrada e produção de conhecimentos críticos e, simultaneamente, um equalizador do saber jurídico em um quadro de reprodução, irreflexão e acriticidade (BAPTISTA; LIMA, 2014, p. 17-18).

Os manuais esquematizados de Direito incorrem nas mesmas omissões, quando não aprofundam ou sequer citam algo sobre História, Sociologia, Filosofia e Antropologia.

4 PESQUISA E PRODUÇÃO DE CONHECIMENTO NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Apesar de não ser um diagnóstico recente, ainda é válida a afirmação da existência de uma prevalência da revisão bibliográfica na pesquisa no Direito (STRECK, 1999, p. 64) e, correlativamente, de uma relutância na adoção de técnicas metodológicas empíricas. O jurista faz pesquisas a partir da revisão de obras de seus pares e com a intenção (in)consciente de se comunicar restritamente com o mundo judiciário. E o gozo do jurista, pesquisador, acadêmico ou não, ocorre quando o seu escrito é citado em alguma decisão de um Tribunal de Justiça.

Essa espécie de reducionismo metodológico da pesquisa no Direito é um componente da “cultura jurídica”. Os pesquisadores que se aventuram nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito com problemas de pesquisa que escapam da interpretação e aplicação técnica da lei são vistos, em muitos casos, como “menos” juristas ou *outsiders* do campo jurídico.

É certo que esse diagnóstico não é um estado absoluto da produção de conhecimento e pesquisa no Direito. Samuel Mendonça e Filipe Adaid mostraram em uma pesquisa que, entre os anos de 2004 e 2014, em 60 teses e dissertações envolvidas com a temática do ensino jurídico no Brasil, o ponto de convergência entre os trabalhos foi a utilização de autores que destacam a necessidade de busca por formação crítica na área jurídica mediante um maior destaque aos outros campos das ciências humanas: Horácio Wanderley Rodrigues, Luis Alberto Warat, José Eduardo Faria, Eduardo Carlos Bittar e Roberto Lyra Filho (ADAID; MENDONÇA, 2018).

Quando, no entanto, os trabalhos e as pesquisas que partem de questionamentos históricos, sociológicos, filosóficos e antropológicos sobre o Direito são, em certo grau, avalizados pelo campo jurídico, eles não deixam de carregar o que aparenta ser um título de mera curiosidade para a formação dos juristas ou uma característica de saber introdutório para qualificar o discurso técnico do jurista em suas práticas judiciais. Assim, o emudecimento da potência desses estudos ainda é a regra.

E as coordenações dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito, ao invés de estimularem pesquisas com olhares e perspectivas que vão além da revisão bibliográfica e da leitura técnica da lei, contribuem para a manutenção do *establishment* epistemológico. Até as bibliotecas das faculdades de Direito refletem o quadro atual ao manterem um acervo constituído em grande parte apenas por obras jurídicas, com pouco espaço para trabalhos de outras áreas das Ciências Humanas.

Não é um acaso a falta de diálogo das faculdades de Direito com as faculdades de História, Ciências Sociais, Filosofia e Letras. O isolacionismo do Direito é um efeito histórico presente no âmbito acadêmico e que aliás se prolonga para além do espaço universitário. Um exemplo notável é o hábito de desconsiderar pesquisas e estudos sobre criminalidade e violência urbana realizados por especialistas das Ciências Humanas e institutos de pesquisa quando da formulação de projetos de lei e de políticas públicas na área criminal.

Também não se pode esquecer do *boom* de criação de cursos particulares de Direito a partir dos anos 90,⁴ que se por um lado possibilitou uma maior abertura do curso de Direito para outras classes sociais e uma ligeira deselitização com o auxílio de programas de financiamento estudantil, por outro lado aprofundou a realidade já existente do abismo entre ensino e pesquisa nos cursos de Direito, além de estabelecer um processo de mercantilização do ensino jurídico.

A produção de conhecimento, ou melhor, a criação de um conhecimento que vá além da tecnicidade da lei e alcance compreensões históricas sobre o fenômeno jurídico não é prioridade nos cursos de Direito, assim como a receptividade e a catalisação dos possíveis efeitos desse conhecimento ainda não está na agenda da formação do jurista.

Uma das conclusões que emergem ao mergulhar na questão da formação dos juristas e da estruturação dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito é a premência de revisitar o contexto de início dos cursos jurídicos no Império para perceber a permanência de um ensino excessivamente voltado para uma formação técnica e burocrática (ADORNO, 1988), na qual o jurista deve estar enquadrado na ocupação de funcionário público ou advogado (profissional liberal que também está umbilicalmente conectado ao aparato burocrático do Estado).

5 O JURISTA E A DECISÃO JUDICIAL NO CAMPO DO DIREITO

Em um trabalho sobre as possíveis contribuições da metodologia antropológica ao campo jurídico, Roberto Kant de Lima e Bárbara Gomes Lupetti Baptista realizam uma leitura do estado de coisas no campo do Direito, na qual afirmam a existência de fraturas entre o conhecimento dogmático produzido em manuais pelos próprios juristas e as decisões judiciais. Para estes autores, a forma tradicional de construção do conhecimento teórico do Direito por meio de dogmas, de noções abstratas e normatizantes, provocou uma espécie de idealização do campo jurídico, a qual dificilmente encontra reflexo na realidade prática do poder Judiciário, que por sua vez segue valores, ideias e ideais somente correspondentes à dogmática jurídica quando pragmaticamente conveniente e oportuno (BAPTISTA; LIMA, 2014, p. 13-14).

Não se pode esquecer, todavia, que alguns juristas alertam há certo tempo sobre as fraturas entre a dogmática jurídica e as decisões judiciais, bem como sobre as causas e os efeitos dessas rupturas, a exemplo da atitude discricionária e decisionista do juiz de direito⁵ e da adoção por parte da comunidade jurídica de posicionamentos dos tribunais superiores enquanto interpretações aprioristicamente verdadeiras e impassíveis de crítica (STRECK, 2013).

⁴ Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça declarou que existiam no Brasil 1.240 cursos superiores de Direito, enquanto que na China, nos Estados Unidos e na Europa se contabilizavam cerca de 1.100 cursos superiores de Direito. No ano de 2015, 88% dos 105.317 formados em Direito eram de faculdades particulares (TENENTE, 2017). Atualmente as estimativas chegam a 1.400 cursos superiores de Direito no Brasil.

⁵ É comum perceber os traços dessa espécie de encastelamento do posicionamento do juiz de Direito nas próprias decisões judiciais. Talvez um dos julgados mais citados por pesquisadores seja o esclarecimento do ministro Humberto Gomes de Barros sobre o seu voto em Agravo Regimental nos embargos de divergência em Recurso Especial nº 279.889/AL: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athon Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os senhores. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (Voto do ministro Humberto de Barros no AgREG em EREsp nº 279.889/AL. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 11 jun. 2019).

Para Roberto Kant de Lima e Bárbara Lupetti Baptista falta ao campo jurídico um autorreconhecimento do abismo entre dogmática e prática judiciária (cada um regulado por seus impérios de opiniões) por meio da perspectiva empírica, de modo a tornar visível a realidade fática do Direito e os possíveis rumos para a construção de um “fazer jurídico diferente” capaz de aproximar o Direito e a sociedade (BAPTISTA; LIMA, 2014, p. 25-27).

A proposta dos autores definitivamente parece ser um exercício fundamental para o questionamento de determinadas práticas do campo do Direito, porém o olhar empírico sobre a realidade judiciária não é suficiente para uma mudança do *ethos jurídico* vigente, uma vez que o pensar e o agir do operador do Direito faz parte de um processo de formação e conformação iniciado já no primeiro dia de aula nos cursos de Graduação em Direito. O final da faculdade de Direito com a titulação de Bacharel em Direito não marca apenas a conquista de um diploma universitário, também consolida simbolicamente no jurista uma formatação técnica voltada para aceitar acriticamente o papel funcional de uma engrenagem na mecânica judiciária da qual ele agora faz parte.

Dessa maneira, é preciso olhar para o período da formação e inculcação das concepções e ideais que orientam e guiam o jurista como agente nas sociedades contemporâneas. E o questionamento desse estado de coisas passa inicialmente pela entrada de uma reflexão que aponte ao estudante de Direito quais os papéis que o jurista cumpriu e tem cumprido ao longo da história da sociedade brasileira. A partir daí o aluno pode tomar conhecimento que não há apenas um modo de *ser jurista* e ver outros caminhos abertos pelas pesquisas históricas, sociológicas, antropológicas e filosóficas no Direito.

Caso a formação do jurista e os cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito não passem por uma mudança de paradigma,⁶ os alicerces do *ser jurista* continuarão estruturados por um pensar-agir jurídico exclusivamente abstrato e normatizante, sem que leituras críticas da História, Sociologia, Antropologia e Filosofia possam fazer mais do que provocar algumas reflexões locais e marginais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A depuração da compreensão histórica no Direito contribuiu para um olhar técnico de pura forma. Sem os questionamentos da História no Direito (a falta da perspectiva sociológica, antropológica e filosófica também deve ser levada em conta), o exercício de interpretação e aplicação da lei reduziu-se a um movimento irrefletido ou preenchido de conteúdo pessoal.

A fala do ex-ministro da Justiça Sérgio Moro, ao dizer que o seu projeto anticrime busca “fazer a lei para produzir efeitos práticos e não para agradar professores de Direito Penal” (MARTINS; PERON, 2019), escancara uma das consequências da redução do olhar do jurista a um conhecimento técnico e burocrático: a lei como um espaço de preenchimento de uma vontade autocrática que se recusa, intencionalmente ou não, a enxergar a insuficiência de uma vida normativa para entender a existência nas sociedades complexas da contemporaneidade.

Possivelmente, a redução do saber jurídico a um aspecto técnico e acrítico também tenha contribuído para um efeito rebote sobre o próprio campo jurídico, pois não viabilizou a construção de uma superfície comum de reconhecimento do jurista na condição de agente delimitado por marcadores históricos, sociais e políticos, o que em última instância pode ter alimentado essa sensação de insegurança sentida pelos juristas sobre o que é o Direito, quais funções o Direito tem cumprido ao longo do tempo e qual o papel do jurista, mas também sentida por aqueles que acessam o poder Judiciário ou mantêm algum tipo de contato com o campo jurídico.

⁶ Não é possível adentrar em outros componentes diretamente relacionados com a temática do presente artigo, mas os autores deixam aqui a observação de que tais questões não são ignoradas: o domínio das cátedras dos cursos de Graduação em Direito por juizes de Direito, promotores de Justiça e advogados, que em regra não “vivem” em tempo integral a experiência universitária (em alguns casos até por falta de tempo) e escolhem o magistério universitário com a finalidade de complementação de renda e/ou aquisição de *status*; o descompromisso de muitos professores universitários para com uma formação humanística dos juristas; a adoção da aula expositiva como método geral de ensino nos cursos de Graduação em Direito; a busca por instrumentos capazes de desconstruir os juristas já formados por uma concepção técnica e acrítica do Direito; a formação de uma outra concepção do que é o Direito e do que é o operador jurídico pode e deve estar presente no ensino escolar, por meio das Ciências Humanas, em suas devidas proporções quando em comparação com as faculdades de Direito.

Se para os juristas atuantes no poder Judiciário a tônica atual é a situação de lidar com vontades pessoais soberanas sobre o que é o Direito e qual o sentido da lei,⁷ para o jurisdicionado a impressão encontra ligações com o conto “Diante da lei” de Franz Kafka (2013, p. 322-323): a lei é uma porta que está ali para ser acessada por todos e o jurista é o porteiro condutor do acesso à Justiça, mas a lei permanece incognoscível porque é despojada de uma interioridade significativa e comunicativa, somente se manifestando nos bastidores da força e do desejo, no desejo de força expresso na decisão da pura forma legal (DELEUZE; GUATTARI, 1977, p. 65-75).

É óbvio que a proposta do artigo não é suficiente e nem tem a pretensão de conter os parâmetros para *uma outra forma de ser do e no Direito*. Seria no mínimo arrogância e ingenuidade acreditar que a resposta para os “problemas do ensino e da pesquisa no Direito” poderia estar reduzida a um artigo científico. Esta é uma questão que deve necessariamente envolver debates e ações horizontais dos agentes do campo jurídico, com a participação da sociedade civil, em uma busca comum por mudanças que vão além de experiências específicas e/ou conjunturais, ou seja, com vistas a uma transformação estrutural das concepções e das práticas do e no Direito. Trata-se de um caminho a ser construído ao longo do tempo, muito possivelmente tortuoso, no entanto talvez seja o único capaz de consolidar mudanças radicais e duráveis.

Também são imprescindíveis discussões e propostas para uma desconstrução dos juristas já formados em uma concepção técnica e acrítica do Direito, no sentido de tentar uma aproximação entre essa nova concepção de formação do jurista e a realidade atual da prática judiciária. Uma das propostas que podem produzir efeitos positivos para essa aproximação é a utilização da Antropologia e do método empírico, tal como argumentado por Roberto Kant de Lima e Bárbara Lupetti Batista (2014), de maneira a tornar patente o abismo entre a teoria e a prática jurídica. Caso não sejam tentadas mudanças para os juristas já formados, ampliam-se as chances de choques e sufocamentos de uma outra concepção de formação do jurista, conservando o atual estado de coisas.

A ideia principal dos autores do presente artigo é assentar um espaço de diálogo e debate sobre a temática do fechamento epistemológico na formação dos juristas nos cursos de Direito. Isso foi feito no presente trabalho desde um destaque ao saber histórico em conjugação com ângulos sociológicos, antropológicos e filosóficos sobre os efeitos e as decorrências de um ensino jurídico e de uma pesquisa jurídica reduzida à técnica e ao formalismo acrítico.

7 REFERÊNCIAS

- ADAID, Felipe; MENDONÇA, Samuel. Tendências teóricas sobre o Ensino Jurídico entre 2004 e 2014: busca pela formação crítica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 818-846, set./dez. 2018.
- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- BAPTISTA, Bárbara; LIMA, Roberto. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, Brasília, v. 39, n. 1, p. 9-37, 2014.
- BEDÊ, Fayga; COLÁCIO, José Eduardo; NETO, José Maria. A baixa incidência de pesquisa empírica e a cultura manualesca como obstáculos para o desenvolvimento do direito. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 8, n. 2, p. 247-260, dez. 2017.
- BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício de historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- CARVALHO, Salo. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Kafka: por uma literatura menor*. Rio de Janeiro: Imago, 1977.
- FERRAZ JR. Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- HESPANHA, Antonio. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizontes, 1978.
- KAFKA, Franz. O processo. In: KAFKA, Franz. *Franz Kafka: obras escolhidas*. Porto Alegre: L&PM, 2013.
- LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Campinas: Editora da Unicamp, 1990.
- LIMA, Roberto; VARELLA, Alex. Saber jurídico e direito à diferença: questões de teoria e método em uma perspectiva comparada. In: LIMA, Roberto Kant de. *Ensaios de Antropologia e Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 89-126.

⁷ Streck definiu de forma precisa essa sensação ao sublinhar que “defender a estrita legalidade virou um ato revolucionário” (STRECK, 2019).

MARTINS, Luísa; PERON, Isadora. Não é fascismo endurecer penas contra crimes graves, diz Moro. *Valor Econômico*, São Paulo, 4 fev. 2019. Disponível em: www.valor.com.br. Acesso em: 30 maio 2019.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi! A Pesquisa Sociojurídica na Pós-Graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

STRECK, Lenio. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. In: *Senso incomum*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 29 maio 2019.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio. *O que é isto? – decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TENENTE, Luíza. Brasil tem mais faculdades de direito que China, EUA e Europa juntos; saiba como se destacar no mercado. *G1*, Rio de Janeiro, 6 jul. 2017. Disponível em: www.g1.globo.com. Acesso em: 14 jun. 2019.

VOTO do Ministro Humberto de Barros no AgREG em EREsp nº 279.889/AL. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 11 jun. 2019.

WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao Direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ATIVISMO JUDICIAL: Uma Análise do Entendimento do Supremo Tribunal Federal Sobre Prisão em Segunda Instância

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.232-245>

Recebido em: 15/1/2020

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 6/4/2020

Andréia Carvalho de Sousa

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi (Uninovafapi). <http://lattes.cnpq.br/4206240916412461>. <https://orcid.org/0000-0001-6931-3249>. andreiacs_16@hotmail.com

Macell Cunha Leitão

Doutor em Direito e mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (Uespi). Professor do Centro Universitário Uninovafapi e do Instituto de Ensino Superior (Icev). <http://lattes.cnpq.br/0874951812504064>. <https://orcid.org/0000-0003-3213-6263>. macellbr@hotmail.com

RESUMO

O discurso de combate à criminalidade presente na esfera pública brasileira tem fomentado o debate sobre a admissibilidade da prisão após a condenação em segunda instância e, por conseguinte, a problemática jurídica acerca do princípio constitucional da presunção de inocência. Diante desse contexto, o presente trabalho buscou investigar os limites à mutação constitucional para verificar em que medida a interpretação do Supremo Tribunal Federal, que flexibiliza a garantia fundamental de presunção de inocência, consiste numa prática de ativismo judicial. Para tanto, foi realizada revisão bibliográfica sobre o tema, bem como a análise dos *Habeas Corpus* 126.292 e 152.752 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. A investigação detectou que a mutação constitucional que autoriza a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória consiste em uma perversão de um instituto que busca preservar a supremacia e a força normativa da Constituição. Nesse caso, evidenciada como prática de ativismo judicial que extrapola os limites interpretativos do texto normativo, a mutação revela-se inconstitucional, pois contrária ao núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito. Os resultados desse estudo implicam a crítica aos argumentos consequentialistas que levam à suspensão de direitos e garantias constitucionais por razões de segurança e de efetividade.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Ativismo judicial. Prisão em segunda instância. Presunção de inocência. Supremo Tribunal Federal.

FROM CONSTITUTIONAL MUTATION TO JUDICIAL ACTIVISM:

AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT UNDERSTANDING ON PRISON IN THE SECOND INSTANCE

ABSTRACT

The discourse against criminality that is present in the Brazilian public sphere has fomented the debate about the admissibility of the prison after the condemnation in the second instance and, consequently, the legal problematic about the constitutional principle of the presumption of innocence. Given this context, the present work sought to investigate the limits to the constitutional mutation to verify on what extent the interpretation of the Brazilian Supreme Court that flexibilizes the fundamental guarantee of presumption of innocence consists in the practice of judicial activism. To this end, a literature review was conducted on the subject, as well as the analysis of Habeas Corpus 126.292 and 152.752 and Declaratory Actions of Constitutionality 43 and 44. The investigation showed that the constitutional mutation that authorizes the prison before the final judgment of a condemnation is a perversion of an institute that seeks to preserve the supremacy and the normative force of the Constitution. In this case, it was evidenced as a practice of judicial activism that goes beyond the interpretative limits of the normative text, the mutation is unconstitutional, as it is contrary to the fundamental core of the Rule of Law. The results of this study imply criticism of the consequentialist arguments that lead to the suspension of constitutional rights and guarantees for reasons of security and effectiveness.

Keywords: Constitutional mutation. Judicial activism. Prison in the second instance. Presumption of innocence. Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A tensão entre a mudança constitucional e a preservação da supremacia e da força normativa da Constituição. 3 Limites da interpretação da Constituição: da mutação constitucional ao ativismo judicial. 4 Prisão em segunda instância e os entendimentos do Supremo Tribunal Federal. 4.1 O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. 4.2 Posicionamentos do Supremo Tribunal Federal quanto à admissibilidade da prisão em segunda instância. 4.3 O julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre prisão em segunda instância em sede de controle concentrado e abstrato. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o Brasil tem vivenciado um aumento progressivo do discurso de combate à criminalidade. De acordo com o argumento em voga em debates políticos e midiáticos, parcela significativa dos problemas nacionais está relacionada com uma cultura de desrespeito à lei que prospera diante da leniência das instâncias repressoras estatais no combate à corrupção e à violência. A propagação desse diagnóstico tem ampliado o clamor popular por reformas institucionais que tornem os instrumentos de controle penal mais céleres e efetivos, associando – inclusive as garantias constitucionais – como óbices ao processo de moralização que supostamente tem ocorrido no país.

Dentro desse conjunto de reformas, que se caracteriza nitidamente por seu populismo penal (RUIZ, 2018), os membros da Operação Lava Jato e seus apoiadores militam pela admissibilidade e pela necessidade de execução da prisão após condenação em segunda instância, provocando o debate sobre o princípio da presunção de inocência estabelecido na Constituição Federal que determina que ninguém será considerado culpado até o esgotamento das possibilidades recursais de sentença penal condenatória. Esse contexto não apenas promoveu sucessivas mutações constitucionais acerca da matéria no Supremo Tribunal Federal, como permanece em discussão a possibilidade de nova mutação por meio de iniciativas legislativas em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Sem ignorar, é claro, que essas pretensas alterações de dispositivos legais e/ou constitucionais venham a originar outra judicialização acerca do tema.

Diante desse cenário, o presente trabalho busca investigar os limites à mutação constitucional com o objetivo de verificar em que medida a interpretação do Supremo Tribunal Federal que flexibiliza a garantia fundamental de presunção de inocência pode ser caracterizada como autêntica prática de ativismo judicial. A metodologia da pesquisa está pautada na revisão bibliográfica sobre o tema, bem como na análise das decisões judiciais da Corte Suprema que modificaram o sentido constitucional acerca da admissibilidade da prisão após condenação em segunda instância, quais sejam, os *Habeas Corpus* 126.292 e 152.752 e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Como forma de alcançar esse objetivo geral, o artigo está estruturado da seguinte maneira. O momento inicial analisa o conceito de mutação constitucional de modo a apontar que esse mecanismo de alteração informal da Constituição carrega consigo uma tensão entre a adaptação das normas constitucionais e a preservação da supremacia e da força normativa da Constituição. Posteriormente o trabalho investiga os limites apontados pela teoria jurídica à mutação constitucional para que a sua realização pelo órgão jurisdicional responsável por realizar a guarda da Constituição não consista em ativismo judicial contrário ao núcleo fundamental instituído pelo poder constituinte originário. Por fim, é analisado propriamente o princípio constitucional da presunção de inocência e alguns dos principais argumentos que fundamentaram os diferentes posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da admissibilidade da prisão em segunda instância.

A hipótese da pesquisa, confirmada ao longo da investigação, é que a flexibilização da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal consiste em prática de ativismo judicial que extrapola os limites interpretativos do texto normativo, configurando, nesse caso, uma mutação *inconstitucional*, pois contrária ao núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, a autorização da prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória configura uma perversão de um instituto que visa exatamente a preservar a supremacia e a força normativa da Constituição.

2 A TENSÃO ENTRE A MUDANÇA CONSTITUCIONAL E A PRESERVAÇÃO DA SUPREMACIA E DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

As formas como uma Constituição pode ser alterada constituem um tema que invoca o debate acerca das limitações às possibilidades de transformação do núcleo de sentido estabelecido pelo poder constituinte originário, pois seus diferentes processos de mudança devem permitir a adaptação das normas constitucionais sem comprometer a *supremacia* e a *força normativa* da Carta Magna. A finalidade básica desses mecanismos é assegurar a estabilidade dos conteúdos éticos fundamentais positivados no texto constitucional.

A supremacia constitucional define a Constituição como a norma superior do ordenamento, de modo que acima dela não exista nenhuma norma positiva.¹ Isto ocorre devido ao fato de que o reconhecimento da existência das mutações não pode gerar questionamentos quanto à superioridade da Constituição como sua principal característica e garantidora da ordem jurídica de um país (VEGA, 1999).

O princípio da supremacia da Constituição consiste, portanto, em um preceito basilar do sistema jurídico nacional, sendo responsável por conferir validade e por legitimar os poderes estatais, na medida em que reconhece e distribui as diferentes atribuições a serem exercidas pelos poderes constituídos. Deste princípio decorre a hierarquia das normas, a partir da norma constitucional, por intermédio do controle de constitucionalidade, que verifica a compatibilidade das normas que compõem o sistema jurídico (SILVA, 2002).

Isso implica que as mutações constitucionais podem coexistir com o princípio da supremacia constitucional, desde que não deturpem o fundamento de validade do próprio ordenamento jurídico. O problema dos limites da mutação constitucional aparece quando a relação entre viabilidade e normatividade adquire um caráter conflituoso, seja social, política ou juridicamente, pondo em xeque a supremacia constitucional. Por essa razão, as restrições a esta forma de atualização constitucional devem ser encontradas no respeito à Constituição, que constitui a expressão máxima e solene da soberania nacional e popular, bem como na necessidade de adaptação social das normas constitucionais às exigências sociais atuais (VEGA, 1999; TEIXEIRA, 1991).

Não por acaso, a mutação constitucional está intrinsecamente relacionada à preservação da força normativa da Constituição, pois a preservação da efetividade das disposições constitucionais depende da adaptação das suas normas à realidade de determinado momento histórico. Essa ideia é desenvolvida pela teoria concretista² de Konrad Hesse (1991, p. 20-21), para quem

[q]uanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes.

A mutação constitucional atua como meio para a aproximação entre a Constituição e a realidade constitucional em que a mesma se encontra inserida. Por meio da interpretação correlacionada entre todos os aspectos sociais, políticos e econômicos de um povo é possível o entendimento de suas reais necessidades e assim sua adequação ao texto constitucional, garantindo uma adequada e justa interpretação e consequente força normativa a tal mudança informal da Constituição. Quando, porém, levar em consideração somente um destes aspectos, deixando de correlacioná-los entre si, tal mutação não desempenhará seu papel de aproximação, fazendo com que a força normativa da Carta Magna diminua, colocando em xeque sua supremacia e até mesmo sua existência.

Desta forma, a mutação constitucional está ligada à existência de uma Constituição dotada de força normativa. Para que esta ocorra, ela deve ser tanto normativa quanto permitir sua dinamicidade. Nesse ínterim, a sua força normativa desempenha o papel de conformação da vida em sociedade e o caso concreto será o responsável por conferir dinamicidade às normas constitucionais.

Por conter as diretivas superiores do arranjo político e jurídico de uma nação, a Constituição só se estabilizará e produzirá os resultados pertinentes na proporção em que for possível a sua adequação às novas realidades da vida social.

¹ Em sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen (2006, p. 24) explica que a norma hipotética fundamental – que constitui o fundamento de validade das normas que integram o sistema jurídico – consiste em uma norma *pressuposta* pelo pensamento jurídico. Deste modo, a Constituição consiste efetivamente na norma posta superior do ordenamento jurídico estatal.

² Sobre o contexto de surgimento da teoria de Konrad Hesse ver SOUZA NETO; SARMENTO, 2017, p. 192-195.

A ideia de Constituição normativa impõe que as normas constitucionais sejam encarregadas por conformar a realidade. Nesse sentido, é imprescindível harmonizar o mundo fático e o normativo com o intuito de que não haja qualquer eufemismo à supremacia da Constituição, uma vez que o fático não pode exceder o normativo. Assim sendo, torna-se fundamental que a mutação constitucional fique circunscrita aos limites normativos concebidos pela própria Constituição para que não configure um ativismo judicial.³

3 LIMITES DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: Da Mutação Constitucional ao Ativismo Judicial

As formas de realiza o da muta o constitucional devem ser estudadas tendo como ponto de partida a observa o da vivência constitucional. Em decorrência da informalidade concedida a esse processo, não tem como ser tachado com a finalidade de esvaziar-se em um rol com todas as possibilidades em que poderiam ocorrer as muta es constitucionais.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (1997), muta o constitucional pode ser ocasionada por interpreta o, por constru o judicial, por complementa es legislativas, por usos e costumes, por práticas governamentais, judiciárias e legislativas, e ainda por influência dos grupos de pressão.⁴ Paolo Ruffia (1984, p. 233-234) explica, nesse sentido, sobre o conceito de muta o constitucional:

Importa sublinhar como freqüentemente, mesmo não variando a letra escrita da Constitui o, modifica-se sensivelmente a situa o jurídica configurada pela mesma no sentido de que as leis ordinárias (no seu  mbito de validade), os costumes (enquanto id neos para atuar em matéria constitucional), as sentenças da magistratura (sobretudo nos Estados anglo-saxões) e as regras de corre o constitucional podem transformar, substancialmente, a realidade da vida constitucional, quando vem afirmado pelas mesmas normas constitucionais (fen meno expressivamente definido pelos alemães com o termo *Verfassungswandlung*, no sentido de mudança de algum princípio do sistema constitucional vigente, em contraposi o com a *Verfassungs nderung*, no sentido de revisão da letra escrita da Constitui o).

A questão central sobre este tema envolve a necessidade de limitar a forma como as muta es constitucionais podem ocorrer, pois se, por um lado,   imprescindível a adequa o da Constitui o com a realidade da sociedade – sem a qual ela corre o risco de se tornar, como diria Lassale (2015), uma “mera folha de papel” – por outro, essa altera o não pode retirar a força normativa do núcleo fundamental da Carta que constitui o fundamento último de validade do ordenamento jurídico estatal.⁵ Em outras palavras, a preserva o da força normativa da Constitui o exige a *adapta o* de suas normas para a *preserva o* de sua identidade constitucional. Como, porém, estabelecer limites a esse mecanismo de modifica o informal?

³ Apesar de o presente trabalho ter como objeto de estudo a muta o constitucional que se opera por meio da interpreta o judicial,   importante explicitar que esse mecanismo informal de mudança da Constitui o   levado a efeito pelos três poderes do Estado. Conforme explica Luis Roberto Barroso (2018, p. 165), “  fora de d vida que o legislador e o administrador têm sua atua o fundada na Constitui o, precisando interpretá-la na rotina de suas fun es. De fato,   nela que deverão colher os princípios inspiradores de sua conduta e os fins a serem realizados com sua atividade”. Por essa razão, o referido autor sistematiza a muta o constitucional em: interpreta o (judicial e administrativa), atua o do legislador e costumes. Ver, nesse sentido, BARROSO, 2018, p. 165-173.

⁴ Acerca dos grupos de pressão, Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 66-67) pontua que “[n]as sociedades hodiernas, devido ao fato de refletirem a estrutura econ mica, social, política, religiosa, cultural, são retratos fiéis das grandes paixões, provenientes de aspira es corporativas, que se desdobram em núcleos de configura o e finalidades inconfundíveis. [...] Os grupos de pressão, portanto, que têm sido objeto de numerosos estudos e investiga es, em todas as suas modalidades e técnicas de a o, afirmam-se como uma realidade inegável em nossos dias, independentemente de convic es pessoais e idiosincrasias. [...] No Brasil, embora não esteja prevista na legisla o,   manifesta a atividade dos grupos de pressão, não raro sob o impulso dos partidos políticos, das categorias profissionais, de trabalhadores ou de servidores públicos, das organiza es econ micas, privadas e públicas, das institui es de classes liberais, militantes da defesa do meio ambiente, enfim, dos patronos de diferentes interesses, que agem, fortemente, em favor de teses e reivindica es”.

⁵ Cl merson Cl ve e Bruno Lorenzetto (2015, p. 141) reforçam esse entendimento ao afirmarem que “[a] hierarquia normativa, a rigidez constitucional e guardi es da Constitui o assentados em uma Corte Suprema não são dispositivos que buscam uma simples estabiliza o e imobiliza o social, ao contrário, são institutos jurídicos orientados para a preserva o de valores estimados como fundamentais para a comunidade política e que, por isso, adquirem *status* jurídico privilegiado no ordenamento normativo. A Constitui o e suas cláusulas pétreas podem ser vistos, assim, como limites   muta o constitucional, em especial, em sua modalidade *silenciosa*”.

Em sua *Hermenêutica Crítica do Direito*, Lenio Luiz Streck afirma que, mesmo com o reconhecimento da tese que diferencia *norma* e *texto*, não é possível atribuir qualquer sentido ao texto constitucional.⁶ Streck (2004, p. 131) destaca ainda a relação existente entre texto e norma ao esclarecer:

A afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma).

Quer dizer, mesmo que o intérprete busque atribuir um sentido condizente com a realidade social, econômica e política da sociedade, o texto normativo, no caso o texto constitucional, atua como limite fundante das possibilidades decisórias. Assim, sendo a Constituição expressão do poder constituinte originário, a mutação constitucional tem como parâmetro os limites por ele imposto.

Essa ideia já estava contida na tese acima referida de Konrad Hesse (1991), para quem só se pode falar em mutação constitucional desde que não exista a ruptura entre o ordenamento jurídico e a realidade fática, fazendo-se necessário que se estabeleça um equilíbrio entre as normas e o contexto histórico no qual elas estão inseridas. Uma vez que para que a Constituição mantenha sua força normativa faz-se indispensável sua correlação com as condições históricas das quais teve origem, tido que a partir do momento em que se separa de seu contexto histórico, ela passa a perder seus efeitos de norma fundamental de uma sociedade. Frise-se, porém: tampouco cabe ao intérprete autêntico do texto constitucional – mesmo sob a pretensão de exercício do papel de “guardião da Constituição”⁷ – usurpar o sentido instituído pelo poder (constituente) que, como tal, atribuiu-lhe a condição de poder constituído.

Desse modo, a ausência de limites na interpretação judicial da Constituição não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, podendo configurar o fenômeno conhecido por *ativismo judicial*. Luís Roberto Barroso argumenta sobre esse tema que, em um primeiro momento, o ativismo judicial foi uma reação conservadora da Suprema Corte Norte-Americana, gerando conflitos até mesmo com o então presidente dos Estados Unidos da América.

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937) (BARROSO, 2012, p. 7).

Esse entendimento conservador, todavia, adotou paulatinamente um caráter aparentemente progressista, à medida que o ativismo judicial começa a ser adotado como estratégia de proteção dos direitos das minorias, que não conseguiam fazer valer suas demandas por meio dos mecanismos majoritários da democracia constitucional. Não por acaso, o ativismo judicial divide, até hoje, opiniões no campo jurídico, havendo desde aqueles que o entendem como uma prática que extrapola as funções do poder Judiciário, até mesmo os estudiosos que o consideram como uma forma de alcançar o fim do formalismo imposto pelo Estado Liberal em que o juiz teria unicamente o papel de aplicar mecanicamente a norma abstrata a um caso concreto. Existem ainda aqueles que, de maneira simplista, julgam essa corrente como “boa” por introduzir mais “humanidade” às decisões judiciais (BARROSO, 2012).

Do ponto de vista institucional, o ativismo judicial consiste também em fonte de conflito entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Um dos principais argumentos utilizados para criticá-lo costuma invocar o fato de os membros das instâncias judiciais não serem escolhidos diretamente pelo povo, carecendo de legitimidade popular para adentrar nas competências e atribuições dos poderes escolhidos mediante sufrágio

⁶ A concepção de que o texto normativo é indeterminado e que, portanto, a norma jurídica é produzida a partir de um ato de interpretação está presente, em maior ou menor grau e de diferentes maneiras, nas diferentes teorias jurídicas do século 20. Ver, nesse sentido, COSTA, 2008.

⁷ Para análises empíricas sobre o exercício e a justificação do papel de guardião da Constituição exercido pelo Supremo Tribunal Federal, ver GARCIA, 2008, e CERQUEIRA NETO, 2016.

universal. Ao que se contrapõe, em geral, a ideia de que a maior intervenção do Judiciário na política e na sociedade decorre do aumento exponencial de demandas judiciais da própria população, insatisfeita com as ações e omissões dos órgãos administrativos e legislativos.

Apesar de o exercício do controle judicial de constitucionalidade não possa ser confundido com ativismo judicial, alguns dados sobre as ações de constitucionalidade julgadas em sede de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal permitem antever a ampliação e até mesmo a relativa centralidade do poder decisório do Judiciário na atual democracia constitucional brasileira.

Tabela 1 – Processos autuados anteriormente a 2000

	ADC	ADI	ADO	ADPF
1988	0	11	0	0
1989	0	159	0	0
1990	0	255	0	0
1991	0	232	0	0
1992	0	166	0	0
1993	1	162	0	0
1994	0	198	0	0
1995	0	210	0	0
1996	0	159	0	0
1997	3	206	0	0
1998	2	181	0	0
1999	2	189	0	0
Soma:	8	2.128	0	0

Fonte: Supremo Tribunal Federal – Estatísticas de Ações do Controle Concentrado (BRASIL, 2019).

Tabela 2 – Processos autuados a partir de 2000

	ADC	ADI	ADO	ADPF
2000	0	253	0	10
2001	1	210	0	16
2002	0	206	0	10
2003	0	308	0	10
2004	1	277	0	16
2005	1	265	0	24
2006	3	195	0	20
2007	5	159	0	21
2008	2	178	5	32
2009	4	177	3	44
2010	3	152	3	18
2011	4	163	6	20
2012	0	180	3	25
2013	0	189	4	34
2014	2	112	3	15
2015	6	230	7	48
2016	6	194	1	59
2017	6	237	9	68
2018	8	178	5	54
2019	2	93	1	29
Soma:	54	3.956	50	573

Fonte: Supremo Tribunal Federal – Estatísticas de Ações do Controle Concentrado (BRASIL, 2019).

Conforme se pode perceber, nos anos 2000 ocorre um crescimento exponencial de processos autuados que demandam à Suprema Corte brasileira a análise da compatibilidade de leis e de atos normativos com as regras e princípios instituídos na Carta Magna. Em parte esse fenômeno está relacionado com a ampliação significativa do rol de legitimados para a propositura dessas ações, nos termos estabelecidos pela própria Constituição Federal de 1988 e, claro, pelo uso estratégico que os diferentes atores sociais e políticos passaram a fazer das disposições constitucionais como forma de luta pelo direito.⁸ É inegável, contudo, atribuir parcela desse resultado à postura ativista dos órgãos judiciais, mormente, aqui considerado, do próprio Supremo Tribunal Federal. Este fato levou Oscar Vilhena Vieira (2008) a cunhar a expressão “supremocracia” para designar a expansão da autoridade do Supremo em relação às demais instâncias judiciais e, até mesmo, em detrimento dos demais poderes.⁹

O ativismo judicial representa, assim, um processo de reiterada desconsideração e de intervenção nas decisões tomadas pelos outros poderes, de modo que o Judiciário avoca para si o papel de legislador, sob o pretexto de que as normas possuem ampla margem interpretativa. Segundo Luís Roberto Barroso (2012), apesar de a doutrina ainda não ter estabelecido um critério de distinção das decisões pautadas no ativismo judicial, três condutas podem ser apontadas como manifestações de tal ideia: (a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e em atividade independente do legislador; (b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e (c) imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Conforme se pode perceber, o ativismo judicial como abuso do poder de interpretação das normas constitucionais pode significar, em determinados casos, que a mutação constitucional contrarie o seu propósito de preservar a força normativa e a supremacia da identidade constitucional. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos (2013, p. 141) afirma:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devesse ser sopesados por outro poder etc.) está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só.

Dessa forma, em determinados casos, a mutação constitucional pode deixar de ser um simples mecanismo de alteração informal da Constituição para se tornar um dispositivo de legitimação do ativismo judicial que contraria o cerne do próprio constitucionalismo. Essa situação torna-se ainda mais patente quando a mudança das normas constitucionais por intermédio da interpretação judicial, ao invés de proteger os direitos das minorias, contraria os direitos fundamentais individuais estabelecidos no texto constitucional. É o que tem ocorrido no debate, ainda existente no cenário jurídico brasileiro, sobre a constitucionalidade da prisão após a condenação em segunda instância.

⁸ Ingo Sarlet, Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2018, p. 989-990) explicam que “[a] ação direta de inconstitucionalidade, antes deferida exclusivamente ao Procurador-Geral da República, foi potencializada. Passaram a ter legitimidade à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, para o controle abstrato de norma ou de omissão, (i) o Presidente da República; (ii) a Mesa do Senado Federal; (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) o Governador do Estado ou do Distrito Federal; (vi) o Procurador-Geral da República; (vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (viii) partido político com representação no Congresso Nacional e (ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF)”. Os referidos autores mencionam, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação declaratória de constitucionalidade, a representação interventiva, entre outros. (Idem, p. 990) Sobre as diferentes estratégias de disputa do poder judiciário, conferir CARDOSO; FANTI, 2013.

⁹ O presente trabalho não tem por escopo analisar em profundidade as causas ou mesmo as consequências do ativismo judicial. Para uma discussão sobre esse fenômeno na realidade brasileira ver BENVINDO, 2014.

4 PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E OS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, ao revisar sua jurisprudência deliberou, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078-7/MG, pelo impedimento do cumprimento antecipado da pena, uma vez que, em virtude da norma contida na Constituição Federal, a presunção de inocência deveria prevalecer até o momento em que fosse declarado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não sendo permitida, nesse caso, a prisão do acusado, com exceção se contidos os pressupostos de prisão cautelar.

Em 2016, todavia, a mesma Suprema Corte brasileira, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, afastou esse entendimento que já estava consolidado, desde o ano de 2009, e julgou que a execução provisória de acórdão prolatado em recurso de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não iria ao encontro do princípio da presunção de inocência previsto na Constituição Federal de 1988.¹⁰

Verifica-se a partir dos julgados que o principal argumento que embasou a fixação da referida tese é o fato de as decisões em duplo grau de jurisdição formarem coisa julgada singular, isso porque a dupla análise do mérito depreende o esgotamento de provas e fatos.

Em outubro do mesmo ano o Partido Nacional Ecológico e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil deram entrada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, pedindo a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, em fevereiro daquele ano, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu possível a execução provisória da pena, vinha gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país estavam adotando idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal.

O pedido constante nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade era para que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, invalidando, assim, o pronunciamento do Plenário de fevereiro de 2016. O referido artigo diz que, antes de haver o trânsito em julgado, ninguém poderá ser preso fora dos casos de prisão em flagrante ou por aplicação de medida cautelar. Prisão como *status* de condenação penal só após esgotados todos os recursos cabíveis.

Ambas as ações têm como relator o ministro Marco Aurélio, que, durante o julgamento das medidas cautelares, teve seu voto vencido na discussão que terminou em outubro de 2016. Prevaleceu o entendimento do ministro Luiz Edson Fachin de que após a condenação em segunda instância a pena de prisão já pode ser cumprida em caráter antecipado, apesar de o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, destacar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Por maioria de votos, em abril de 2018 o Plenário do Supremo negou o *Habeas Corpus* nº 152.752, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva buscava impossibilitar a execução antecipada da pena mediante a admissão pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Seguindo o ministro relator Luiz Edson Fachin, a maioria dos ministros votou no sentido da ausência de ilegalidade, abusividade ou teratologia (anormalidade) na decisão do Superior Tribunal de Justiça, que foi acionado logo após a negativa de *habeas corpus* pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aplicando ao caso a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que possibilita o início do cumprimento da pena após ratificação da condenação em segunda instância.

Ao votar pelo indeferimento do supramencionado *habeas corpus*, o ministro relator ressaltou que o entendimento dos tribunais deve ser estável e que, no caso da execução provisória da pena, ainda não havia ocorrido uma revisão da jurisprudência que permitisse esse tipo de prisão pelo poder concentrado. Para ele, tal alteração do entendimento sobre a antecipação de pena só pode ocorrer no julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, o que veio a ocorrer somente no ano de 2019.

¹⁰ Para uma crítica específica ao referido *habeas corpus*, ver MEGALI NETO, 2018.

4.1 O Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade vem inserido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, ao declarar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com a promulgação da Carta Magna brasileira em 1988, que ficou conhecida como a Constituição Cidadã por trazer em seu texto inúmeras garantias após a ditadura militar, tem início uma série de discordâncias e fortes discussões doutrinárias acerca do supramencionado princípio constitucional. O debate tem como base a interpretação do novo princípio trazido no texto constitucional, estando de um lado os que entendiam que o texto dava a presunção de inocência ao acusado de cometer um delito penal e de outro uma corrente que defendia que o texto constitucional não tratava da presunção de inocência, mas sim da presunção de não culpabilidade.

Para Paulo Rangel, o que ocorre é uma declaração, afastando a ideia de que o texto constitucional estaria presumindo a inocência de alguém, mas sim declarando que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tal afirmação pode ser constatada quando o autor explica que

não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência (RANGEL, 2010, p. 24).

Amilton Bueno de Carvalho (2001), por sua vez, tem um posicionamento diferenciado ao tratar o referido princípio como um pressuposto, pois mesmo que não estivesse positivado na Constituição Federal de 1988, ou até mesmo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, continuaria sendo uma garantia fundamental por ser inerente ao próprio Estado de Direito. De acordo com o referido autor, o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado expressamente em nenhum lugar para que sua validade tenha de ser necessariamente reconhecida.

Em sentido semelhante, Aury Lopes Júnior (2016, p. 79) afirma que “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”, referindo-se ao fato de que, segundo ele, o questionado princípio seria na verdade um dever, ou seja, o réu deve ser a todo momento, antes do trânsito em julgado, tratado como inocente, visando a evitar maiores danos ao acusado.

Com base princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, podem ser observadas duas regras básicas.

A primeira é *regra de prova*, em que cabe a quem acusa o ônus de provar que o réu foi o responsável pelo delito. Por esse motivo, recai sobre o Ministério Público o papel de provar a existência de um fato que seja tido como criminoso e a autoria delitiva do ato, cabendo à defesa somente rebater as acusações com teses como a de excludente de ilicitude, excludente de culpabilidade ou até mesmo alegar causas de extinção da punibilidade. Concomitantemente a isso, tem-se o fato de que não cabe a aplicação da inversão do ônus da prova, uma vez que isso violaria a não culpabilidade constitucional do réu.

A segunda é a *regra de tratamento*, pela qual o suposto criminoso não pode e não deve ser tratado juridicamente como tal antes da sentença penal condenatória transitar em julgado. No sistema jurídico brasileiro há o que se chama de espaço de conformação legislativa para esse princípio, uma vez que seu texto abre margem para diferentes interpretações. A lei pode até vir a determinar que alguns efeitos jurídicos na esfera penal ocorram já durante o processo, contudo ela não pode ofender o núcleo essencial da presunção de inocência, colocando, assim, em xeque a sua existência como garantia fundamental.

Essa garantia é essencial nos dias de hoje, principalmente no Brasil, que teve direitos fundamentais suspensos durante um rígido regime militar que durou aproximadamente 20 anos. A presunção de inocência é um exemplo de direito conquistado diante das arbitrariedades e aos absurdos cometidos pelo Estado brasileiro em diferentes fases de sua História. Por essa razão, a jurisdição penal deve alcançar a efetividade de acordo

com as garantias estabelecidas no texto constitucional, como forma de atender aos direitos dos réus e da própria população que se manifestou por intermédio do poder constituinte originário em prol da constituição de um Estado Democrático de Direito.

4.2 Posicionamentos do Supremo Tribunal Federal Quanto à Admissibilidade da Prisão em Segunda Instância

Antes de adentrar propriamente na mutação constitucional acerca da prisão em segunda instância, deve-se elucidar os próprios termos da discussão no Supremo Tribunal Federal. As Ações Declaratórias de Constitucionalidade n^{os} 43 e 44 tinham por objeto o artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro que, em seu *caput*, enuncia as hipóteses de cabimento da prisão do acusado antes e após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ao decretar que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Para compreender o referido dispositivo é preciso distinguir, conforme ensina Rosmar Távora (2013), *prisão penal de prisão processual*. A primeira é oriunda de sentença penal condenatória transitada em julgado como resposta estatal ao delito ocorrido, ou seja, a real prisão satisfatória do direito de punir do Estado. Já a prisão processual ocorre no decorrer da persecução penal, isto é, a que não necessita da ocorrência do trânsito em julgado para ocorrer. É também conhecida como prisão cautelar ou provisória. Desse modo, não esteve em análise no julgamento no Supremo Tribunal Federal, ou mesmo está em questão nas atuais iniciativas legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a possibilidade de prisão processual antes do trânsito em julgado, mas tão somente em relação à denominada *prisão pena*.

As dúvidas quanto a essa questão, dividindo opiniões no seio da sociedade e até mesmo no meio jurídico, estão relacionadas à interpretação do mencionado artigo 5^o, inciso LVII, da Constituição Federal, ao enunciar que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Essas indagações ganharam novos contornos em fevereiro de 2016, quando os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, a partir de uma votação acirrada, que pessoas condenadas em segunda instância já poderiam ter suas penas antecipadas, e ganharam mais força por conta da decretação da prisão do ex-presidente Lula por ocasião da Operação Lava Jato. Antes, todavia, de firmarem esse juízo, entre os anos 2009 e 2016, prevalecia o entendimento de que os condenados teriam o direito de recorrer aos Tribunais Superiores em liberdade até que seus recursos se esgotassem.

Opiniões favoráveis – como a do ministro Luiz Fux – ao julgar as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n^{os} 43 e 44, acreditam que os recursos às instâncias superiores possuem, muitas vezes, um caráter protelatório da decisão final. O referido ministro afirmou ainda que as decisões são atrasadas por “recursos aventureiros” e que o direito da sociedade de ver aplicada a lei penal está sendo abandonado. Dessa forma, argumenta que nesses casos, a prisão logo após a sentença condenatória em segunda instância seria mais justa.

A injustiça desses recursos estaria pautada no fato de que os réus condenados em segundo grau permaneceriam em liberdade por bastante tempo, podendo levar anos para que isso ocorresse. Logo, essa tese argumenta que a prisão após condenação em segundo grau é imprescindível para coibir a impunidade ou o arrastamento prolongado no cumprimento das penas, caracterizando, portanto, um fundamento marcadamente *consequencialista*, segundo o qual uma decisão deve ser tomada com base essencialmente em suas consequências, a despeito de seu conteúdo normativo.¹¹

¹¹ Luis Fernando Schuartz (2008, p. 131) explica que há gradações no entendimento do consequencialismo jurídico, havendo desde a “posição que reserva à valoração das consequências da decisão um papel residual no referido juízo de adequação (quando, *e. g.*, entender-se que a consideração das consequências somente deva entrar em cena se as técnicas jurídicas convencionais supostamente não forem capazes de reduzir o conjunto das decisões juridicamente adequadas a um único elemento, *i. e.*, a uma única decisão correta), quanto aquela que admite, ao lado da análise consequencialista e com um peso maior ou menor no processo decisório, formas diferentes de argumentação (*e. g.*, a que se ocupa em medir a “distância” da decisão ou de suas premissas daquilo que supostamente seria exigido pela interpretação gramatical de um dispositivo legal ou de um precedente paradigmático).”

Como exemplo de tais argumentos, o ministro Luís Roberto Barroso cita, ainda, nos julgamentos das referidas medidas cautelares, situações em que o réu foi condenado em segunda instância e passou vários anos em liberdade ou sequer chegou a ser preso. Entre os citados, tem-se: o caso do jornalista Antônio Pimenta Neves, que matou a namorada, Sandra Gomide, pelas costas baseado em motivo fútil, passando-se quase 11 anos até que o mesmo fosse preso; o do ex-senador Luís Estevão, que foi condenado em 1992 por desviar R\$ 169 milhões de uma obra e somente após interpor 34 recursos aos Tribunais Superiores, levando cerca de 24 anos, em 2016 saiu o trânsito em julgado e o ex-parlamentar foi preso; o caso da prescrição do crime cometido pelo ex-jogador Edmundo, que ao sair de uma balada atropelou e matou 3 pessoas e foi condenado a 4 anos e meio de prisão, mas não foi preso em decorrência dos mais de 20 recursos interpostos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Esses foram somente alguns dos exemplos citados pelo referido ministro para demonstrar que o cumprimento antecipado de pena evitaria a impunidade e até mesmo a ideia de que o crime pode vir a compensar. Esse pensamento pode ser identificado a uma mutação constitucional ativista e, portanto, conforme visto, *inconstitucional*, pois consiste em uma mudança abrupta do entendimento antes consolidado, o que contraria o núcleo de significado estabelecido pelo texto constitucional, afinal, a distinção entre texto e norma não significa que o intérprete possa estabelecer o Direito de maneira arbitrária, de acordo com o que sua consciência considera mais justo ou conveniente.¹²

Alguns dos posicionamentos contrários à admissibilidade da prisão em segunda instância argumentam que o texto legal e o texto constitucional são explícitos no entendimento de que o réu deve permanecer em liberdade até o trânsito em julgado, ou seja, até que todos os recursos possíveis tenham sido julgados. Esse pensamento tem como base a ideia de que o dispositivo do Código de Processo Penal – objeto da análise de constitucionalidade – reproduz exatamente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência positivado na Constituição Federal, evidenciando, mais uma vez, o caráter paradoxalmente inconstitucional da mutação, pois não há como julgar inconstitucional um dispositivo legal que reproduz o teor da própria Constituição.

O mais estranho desse debate é que, conforme visto, o ativismo judicial é entendido geralmente como um instrumento para fazer valer os direitos das minorias em detrimento das majorias, as quais, por definição, estão mais bem representadas no Legislativo e no Executivo. Dentro de uma perspectiva liberal que institucionaliza mecanismos de freios e contrapesos, o Judiciário deve exercer um papel contramajoritário de *proteção* dos direitos fundamentais a despeito de majorias, ainda mais o Supremo Tribunal Federal, a quem a Carta Magna atribui no seu artigo 102 a tarefa de guarda da Constituição. Nesse caso, verifica-se o exato oposto, à medida que mesmo os direitos positivados no texto constitucional são flexibilizados judicialmente em razão das concepções pessoais de “justiça” ou de “efetividade”, em afronta à supremacia normativa e à força normativa da identidade constitucional ainda vigente.

4.3 O Julgamento do Supremo Tribunal Federal Sobre Prisão em Segunda Instância em Sede de Controle Concentrado e Abstrato

Após alguns anos desde o início do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, depois de quatro sessões de discussão, o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, em 7 de novembro de 2019, alterar o entendimento que, desde 2016, permitia a prisão após condenação em segunda instância.

Por meio de uma maioria apertada, foram seis votos favoráveis à mudança, tendo votado nesse sentido os ministros Marco Aurélio Mello, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, contra cinco defensores da permanência da jurisprudência que permitia esse tipo de prisão, sendo eles os ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Cármen Lúcia.

O relator das ações, o ministro Marco Aurélio, votou contrário às prisões antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e sustentou ainda que os réus que se encontrassem presos nessa situação deveriam ser soltos, com exceção daqueles que possam ser alvo de prisões preventivas, que sejam presos perigosos ou que representem algum tipo de risco à sociedade.

¹² Ver, nesse sentido, STRECK, 2010.

Os ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin, que votaram pela improcedência das ações, argumentaram, respectivamente, que a medida não contraria o princípio da presunção de inocência, uma vez que a culpabilidade do acusado deve ser definida pelos juízes naturais, que são os juízes de 1ª e 2ª instâncias, e que, tanto o recurso especial, apresentado ao Superior Tribunal de Justiça, quanto o extraordinário, apresentado perante o Supremo Tribunal Federal, não têm poder de suspender os efeitos da condenação, defendendo assim a prisão mesmo havendo a possibilidade recursal.

Divergindo também do relator, Luís Roberto Barroso afirmou ser um atraso ao enfrentamento da violência e da corrupção tal mudança de entendimento, diante de todo o avanço ocorrido nos últimos anos e principalmente como resposta a essa “epidemia de violência e corrupção” que vem se alastrando pelo Brasil. Já a ministra Rosa Weber, que em um primeiro momento havia se posicionado a favor da prisão em segunda instância, mudou seu entendimento e seguiu o ministro Marco Aurélio ao afirmar que o texto constitucional é claro ao dizer que a prisão em caráter definitivo só poderia ocorrer após o fim da presunção de inocência, que só pode se dar após a prolação de sentença penal condenatória transitada em julgado.

O ministro Luiz Fux votou a favor da manutenção da prisão em segunda instância, elencando inúmeros casos emblemáticos como fundamento para sua decisão, como a morte da menina Isabella Nardoni, os casos de Elize Matsunaga, do goleiro Bruno e do jornalista Pimenta Neves, concluindo que o Direito não pode ser avesso à realidade dos fatos. Nesse mesmo sentido a ministra Cármen Lúcia afirmou que a alteração do entendimento poderia trazer a sensação de impunidade e de favorecimento das classes mais ricas do país.

Já os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski votaram contra a prisão antes do trânsito em julgado, fazendo com que o julgamento empatasse, deixando a decisão ao ministro Dias Toffoli.

Depois de inúmeras deliberações, o julgamento teve como voto de minerva o do então presidente da Corte, o ministro Dias Toffoli, que afirmou que seu voto não estaria analisando fatos, mas sim a concordância ou não do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal, tornando a decisão do Supremo Tribunal Federal abstrata, ou seja, que não visa a beneficiar ninguém de maneira específica.

Em seu voto, afirmou que o texto do artigo alvo das ações representa a vontade do povo, uma vez que foi elaborado e posto no ordenamento jurídico brasileiro por aqueles que por ele foram eleitos, não cabendo ao juiz interpretar diferentemente desta vontade, pois, além de em conformidade com o desejo popular, encontra-se em consonância com o texto constitucional.

Nesse sentido, foi deferida a procedência das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44 que colocam como marco para o início do cumprimento de pena de condenados a ocorrência do trânsito em julgado de seus processos, ou seja, somente após esgotados todos os recursos.

Diante, no entanto, das diferentes razões que justificaram o posicionamento de inadmissibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a controvérsia constitucional permanece. Conforme a síntese do argumento do ministro Dias Toffoli apontou, para alguns juristas a compatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal não significa necessariamente a impossibilidade de alteração da prisão em segunda instância por meio de uma iniciativa do poder Legislativo, seja mediante um projeto que altere a lei processual penal, ou mesmo de uma emenda à Constituição, esbarrando, por sua vez, esta segunda possibilidade na questão sobre em que medida essa alteração formal do texto constitucional violaria a condição de cláusula pétrea da presunção de inocência positivada no artigo 5º, inciso LVII. Caso essas iniciativas legislativas prosperem, o que significaria uma mutação constitucional por atuação do legislador, não se descarta uma reanálise da temática pela Corte Suprema, provavelmente com a participação de novos ministros.

Por essa razão, é fundamental o debate que ora se propõe sobre os limites da mutação constitucional como forma de evitar a perversão de um instituto que tem como finalidade preservar a supremacia e a força normativa da Constituição Federal. Os argumentos consequencialistas utilizados por alguns ministros para flexibilizar uma garantia de profundo sentido histórico para o Brasil consistem em ativismo judicial prejudicial aos direitos fundamentais enquanto núcleo básico do atual projeto constitucional brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das pressões políticas e dos debates jurídicos em torno da flexibilização das garantias constitucionais na persecução criminal, o presente artigo analisou de que maneira a teoria jurídica configura determinados limites ao instituto da mutação constitucional, de modo a verificar em que medida eventuais mudanças de interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da presunção de inocência recai na prática de ativismo judicial. A hipótese inicial de pesquisa respondia afirmativamente a esse questionamento, apontando que a flexibilização da referida garantia fundamental contrariava o núcleo fundamental do modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido pelo constituinte originário em 1988.

Para tanto, estudou-se inicialmente o conceito de mutação constitucional como forma de caracterizar seus aspectos essenciais. Foi possível elucidar que esse instituto consiste em um mecanismo de alteração informal da Constituição sem modificar o texto escrito, que visa a adaptar as normas constitucionais à realidade fática para preservar a força normativa da Constituição. Desse modo, a mutação constitucional carrega consigo uma tensão interna, pois autoriza uma *transformação* no sentido e no alcance das normas constitucionais para *manter* a eficácia de sua supremacia normativa. Isso indica que se, por um lado, a permanência da normatividade constitucional depende da atualização de seus sentidos a uma realidade em permanente transformação, por outro essa alteração não pode retirar a força normativa do núcleo fundamental da Carta que constitui o fundamento último de validade do ordenamento jurídico.

Essa conclusão parcial sobre o tema permitiu afirmar que a mutação constitucional deve observar os *limites* normativos concebidos pela própria Constituição para que o necessário ato de interpretação autêntica das normas constitucionais pelo Judiciário não configure um uso banalizado da prática de ativismo judicial, sob pena de violação dos preceitos fundantes do próprio Estado Democrático de Direito, que lhe confere legitimidade. Nesse momento do estudo foi apresentada a ideia de que a distinção entre *texto* e *norma* não significa que o intérprete esteja livre para atribuir qualquer sentido para a Constituição, sendo, portanto, os significantes contidos no artigo 5º, LVII, um limite fundante das possibilidades decisórias.

O trabalho chamou a atenção ainda para o fato de que o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos *Habeas Corpus* 126.292 e 152.752 contrariou seu próprio papel de guardião da Constituição. Em uma democracia constitucional ainda se justifica que o Judiciário adote uma postura ativista perante os demais poderes constituídos com a finalidade de proteger os direitos de minorias, à medida que o Executivo e o Legislativo possuem maior responsividade aos interesses majoritários. A flexibilização do princípio constitucional da presunção de inocência, contudo, viola exatamente os direitos fundamentais que devem ser preservados pela instituição que, frequentemente, avoca para si a condição de detentora da “última palavra” na interpretação constitucional.

Esse paradoxo revelou-se ainda mais intrigante quando se observou que a presunção de inocência é um pressuposto do próprio Estado de Direito e, como tal, constitui uma garantia fundamental a ser preservada mesmo que não estivesse positivada na Constituição Federal, o que evidentemente não é o caso, dado que o projeto constituinte de 1987-1988 buscou sepultar um longo período de suspensão dos direitos e garantias fundamentais. Tal constatação permitiu enunciar que a flexibilização de um mecanismo essencial para controle das arbitrariedades estatais por meio de uma mutação perverte o propósito básico deste instituto, cujo objetivo é preservar a força normativa e a supremacia da identidade constitucional. Em outras palavras, além de um ativismo, a mutação revela-se propriamente *inconstitucional*.

Por fim, o presente texto analisou a nova mutação ocorrida no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais o Supremo Tribunal Federal recuperou, em sede de controle concentrado, o sentido de presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, destacando as justificativas dos votos favoráveis e contrários. A conclusão desse estudo aponta para os riscos de flexibilização do Direito e, sobretudo, de uma garantia fundamental ao Estado Democrático de Direito, com base em argumentos consequencialistas pautados em razões de segurança e de efetividade.

A relevância dessa tese pode ser comprovada na permanência desse debate na esfera pública brasileira, pois, talvez em razão da natureza de alguns dos argumentos utilizados na decisão anteriormente referida pela Corte Suprema, as casas legislativas federais têm se movimentado no sentido de realizar nova mutação e/ou reforma constitucional acerca desta matéria. Não restam dúvidas, portanto, de que a retórica de combate

ao crime e à impunidade continuará enxergando o Direito como óbice aos seus intentos autoritários. Desse modo, não basta ao constitucionalismo construir mecanismos institucionais para limitar o poder do Estado, é preciso que a academia jurídica exerça seu papel de crítica institucional como forma de controlar a perversão de institutos criados para a preservação do projeto democrático fundado em 1988.

6 REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. (*Syn*)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, 2014.
- BRASIL. Secretaria de Gestão Estratégica. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas de ações do controle concentrado*. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/estatistica/ControleConcentradoGeral/CC_Geral.mhtml. Acesso em: 20 dez. 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARDOSO, Evorah Lusci; FANTI, Fabiola. Movimentos sociais e Direito: o Poder Judiciário em disputa. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CERQUEIRA NETO, José Nunes de. *Como pensam os ministros do STF? Direito, política e guarda da Constituição no pós-1988*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 7, n. 2, 2015.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- GARCIA, Ísis de Jesus. *Uma Torre de Babel chamada Constituição Federal: reflexões a respeito do direito contemporâneo*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- MEGALI NETO, Almir. A relativização do princípio da presunção de inocência a partir da mutação constitucional no habeas corpus n. 126.292. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, 2018.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- RUIZ, Yeraldin Arrieta. Populismo punitivo y Derecho Penal Simbolico. *Revista Inciso*, v. 20, 2018.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do “ontological turn”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 89, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TÁVORA, Rosmar Antonni Rodrigues C. de Alencar. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 1999.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, 2008.

MULTIPARENTALIDADE E A EFETIVIDADE DO DIREITO DA PERSONALIDADE AOS ALIMENTOS: Uma Análise a Partir da Visão do Supremo Tribunal Federal No Re 898.060

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.246-259>

Recebido em: 9/3/2020

Modificações solicitadas em: 24/5/2020

Aceito em: 3/6/2020

Dirceu Pereira Siqueira

Coordenador e professor permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (Unicesumar). Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE/Bauru). Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto. Pesquisador Bolsista – Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor (PPD) do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (Iceti). Professor nos cursos de Graduação em Direito da Universidade de Araraquara (Uniar), do Centro Universitário Unifafibe (Unifafibe) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (Unifeb). Professor convidado do Programa de Mestrado em “Gestão Estratégica de Empresas – Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)” – University Missouri State (EUA). Editor-chefe da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas. Consultor jurídico. Parecerista. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683>. <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>. dpsiqueira@uol.com.br

Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá/PR – Unicesumar. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. <http://lattes.cnpq.br/8180754714236361>. <https://orcid.org/0000-0001-7432-2895>. henriqueta.lima@tjmt.jus.br

RESUMO

A Constituição Federal veio não só inaugurar uma nova ordem constitucional, mas atribuir à dignidade da pessoa humana a função de irradiar seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, inclusive às relações privadas, até então norteadas pelo patrimonialismo. No âmbito do Direito das Famílias não foi diferente: o modelo tradicional de família, decorrente do matrimônio, cedeu espaço a novas configurações familiares, em que a multiparentalidade passou a ser uma realidade, exigindo dos julgadores interpretação para além das regras. Nessa perspectiva, o afeto passa a ser elemento essencial, de modo que a filiação socioafetiva passa a ter preponderância diante do critério meramente biológico, admitindo-se a existência concomitante do pai/mãe sanguíneo com o afetivo, exurgindo o debate doutrinário e jurisprudencial quanto aos efeitos patrimoniais dessa relação. Nesse viés, o presente estudo dedica-se a analisar, especificamente, tomando como base os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade e da paternidade responsável, o instituto dos alimentos, aqui considerando como direito da personalidade, apontando as controvérsias, as implicações práticas e a efetividade, com o fito de compreender como os alimentos podem ser resguardados nessa nova formação de familiar sem se incorrer em insegurança jurídica e enriquecimento indevido. Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo, de pesquisa teórica e da metodologia de análise de decisões, especialmente do julgado emblemático do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (REExt) 898.060 por ter sedimentado o debate quanto à pluriparentalidade, sem, contudo, ter adentrado à análise dos limites, alcance e, sobretudo, os impactos jurídicos noutros institutos.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Alimentos. Direitos da personalidade. STF e REExt 898.060.

MULTIPARENTALITY AND THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT OF PERSONALITY TO FOOD: AN ANALYSIS FROM THE VIEW OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN RE 898.060

ABSTRACT

The Federal Constitution came not only to inaugurate a new order constitutional, but to attribute to the dignity of the human person the function of radiating its effects to the entire legal system, including to the private relations, until then guided by patrimonialism. In the scope of Family Law, it was no different: the traditional family model, resulting from marriage, gave way to new family configurations, in which multiparenting became a reality, requiring judges to interpret beyond the rules. Within this perspective, affection becomes an essential element, so that the socio-affective affiliation starts to have preponderance to the purely biological criterion, admitting the concomitant existence of the bloody father / mother with the affective, resulting in the doctrinal and jurisprudential debate regarding the equity effects of this relationship. In this bias, this study will be dedicated to analyzing, specifically, based on the principles of human dignity, solidarity, affection and responsible parenting, the food institute, here considering as a right of the personality, pointing out the controversies, the practical implications and effectiveness, in order to understand how food can be protected in this new formatting of family members without incurring legal uncertainty and undue enrichment. For this purpose, the deductive method, theoretical research and decision analysis methodology will be used, especially the emblematic judgment of the Supreme Federal Court (STF) in the Extraordinary Appeal (REExt) 898.060 for having settled the debate on pluriparenting, without, however, having entered into the analysis of the limits, scope and, above all, the legal impacts in other institutes.

Keywords: Multiparenting. Foods. Personality rights. STF and REExt 898.060.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direito das Famílias Contemporâneo, o Princípio da Afetividade e os Alimentos. 2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Família. 2.2 Princípio da Solidariedade Familiar. 2.3 Princípio da Afetividade. 2.4 Alimentos Como Direito da Personalidade. 3 Multiparentalidade e Alimentos na Visão do STF no Recurso Extraordinário. 3.1 Os Alimentos na Multiparentalidade e STF. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil e, ante sua força normativa, irradia seus efeitos a todo ordenamento jurídico, incorporando-lhe carga axiológica.

Nessa perspectiva, a definição de norma como regra passa a ser insuficiente, eis que aspecto valorativo passa a integrar e a afetar as relações horizontais e verticais, o que, inclusive, impactou nas relações familiares, filiatórias, e, logo, no Direito Civil.

Com o movimento chamado por alguns como “Constitucionalização do Direito Privado”, por outros como “Publicização do Direito Civil”, relações jurídicas dantes norteadas pelo exercício da autonomia da vontade cedem espaço para a “função social” dos institutos (dos contratos, da propriedade, da família), de modo que as entidades familiares deixam de ser sinônimo de “família matrimonial” para incluir uma pluralidade de configurações em que o afeto passa a ser elemento essencial e a merecer a tutela própria do Direito das Famílias.

O Direito Civil contemporâneo, assim, abandonou o modelo tradicional de enxergar tais relações calçadas no patrimonialismo e tão somente no matrimônio, passando a flexibilizar alguns institutos, tais como o da filiação, inserindo princípios como a afetividade, a solidariedade e a responsabilidade parental.

Assim, considerando o afeto como elemento essencial e a pluralidade de entidades familiares, o presente artigo propõe-se a analisar o fenômeno da multiparentalidade no qual o arranjo familiar é caracterizado pela presença concomitante da paternidade biológica e a afetividade, e seus efeitos práticos nos alimentos, aqui abordados como direito da personalidade.

Ora, o instituto dos alimentos, numa acepção ampla em que se considera verdadeiro instrumento à concretização de direitos mais elementares, como à saúde, à moradia, à educação, ao lazer, enfim, à vida digna, tem seu espectro de legitimados ativo e passivo ampliado, inclusive podendo-se admitir a concomitância de prestação alimentícia em relação pluriparental.

Nesse sentido, pretende-se investigar as implicações tanto no direito material como processual, do reconhecimento da multiparentalidade nos alimentos, analisando de modo crítico e com o olhar voltado à vedação do enriquecimento indevido e ao melhor interesse do petiz, o que é de grande relevância ante a ausência de debate aprofundado quanto ao tema, havendo, decerto, a defesa da ampliação do espectro da entidade familiar sem a preocupação com os impactos materiais.

Buscar-se-á responder à seguinte indagação: Partindo-se da premissa de que é possível se admitir o direito da personalidade aos alimentos no contexto da multiparentalidade, indaga-se a efetividade de tal direito e os impactos à segurança jurídica?

De início, analisando o Direito das Famílias na contemporaneidade, em que a constitucionalização das relações privadas e a influência dos princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, da responsabilidade parental e do melhor interesse, passa a ser notória, estudar-se-á o instituto dos alimentos, desde da sua conceituação, considerando-os como direitos da personalidade, até a (im)possibilidade de sua aplicação quando há multiparentalidade.

Em seguida, adentrar-se-á nas especificidades da pluriparentalidade com ênfase nas implicações práticas nos alimentos, apontando para as divergências doutrinárias e a efetividade do instituto, detalhando a posição do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 898.060.

Para tanto, partir-se-á do método dedutivo e buscar-se-á, do julgamento da Suprema Corte, no mencionado julgado, utilizando-se da metodologia de pesquisa conhecida por “análise de decisões”, demonstrar a viabilidade constitucional de a pluralidade parental ensejar o direito/dever de prestar alimentos e o impacto à efetividade de tal direito da personalidade, uma vez que em tal julgado não se estabeleceu limites, tampouco se analisou os consectários jurídicos para além do reconhecimento de filiação simultânea.

Assinale-se, por oportuno, que a metodologia de análise de decisões consiste na organização das informações relativas ao tema, a partir de revisão doutrinária e jurisprudencial quanto ao objeto a ser estudado; após, verifica-se a coerência com tal pretensão; em seguida, investiga-se os argumentos tecidos na decisão

eleita e a viabilidade do seu uso para a pesquisa. Ou seja: de pronto, procede-se à pesquisa exploratória com o fito de se familiarizar com o objeto de estudo e, após, faz-se o recorte teórico dentro da decisão judicial escolhida, selecionando os aspectos a serem problematizados, com o aprofundamento da abordagem.

2 DIREITO DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEO, O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E OS ALIMENTOS

O Direito Civil contemporâneo abandonou o modelo patrimonialista e extremamente formal, fruto da influência do Código Napoleônico, para adotar um método mais flexível, fundado em cláusulas gerais inspiradas em valores e princípios constitucionais, de modo que a doutrina, a exemplo de autores como Paulo Lobo, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, passou a falar em “Direito Civil Constitucional”.

De fato, observa-se a força normativa da Constituição Federal em todo o ordenamento jurídico, como bem assinalado por Konrad Hesse, como se depreende do fato de os valores da dignidade humana, igualdade e solidariedade serem estruturantes do Direito civil-constitucional e, sobretudo, das relações jurídicas familiares nas quais o afeto, o respeito, o pluralismo e a responsabilidade parental são notórios, passando-se a falar em personalização do Direito Privado, como assinalado por Luiz Edson Fachin (2001, p. 1).

Nessa senda, partindo da premissa pós-positivista de que o conceito de norma jurídica não mais se resume à regra, mas inclui o princípio nesse contexto, dando carga axiológica, mister, ao cuidar do instituto dos alimentos no Direito das Famílias, estudar, de modo não exaustivo, o que seria muita pretensão, alguns princípios aplicáveis aos alimentos nas relações parentais.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Família

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXV, assinala que:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

O constituinte originário, na mesma toada, erigiu a dignidade da pessoa humana, aqui sinônimo de valor fundante do ordenamento jurídico que permite que direitos fundamentais (plano interno e na relação Estado-pessoa) e da personalidade (plano interno e na relação entre particulares) sejam tutelados, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III). Nesse sentido, leciona Zulmar Fachin (2019, p. 208) que “O constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico”, o que indica predileção por concepção humanista em que o valor “dignidade” irradia seus efeitos e cria direitos e deveres.

Acerca do mencionado princípio, em trabalho magistral, Ingo Wolfgang Sarlet, após extenso estudo, inclusive fazendo retrospecto filosófico, define a dignidade da pessoa humana como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2001, p. 60).

Na mesma concepção de Gustavo Tepedino (2004a), a civilista Maria Celina Bodin de Moraes (2008), em clara vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, e, por conseguinte, com os direitos da personalidade, assinalou que:

No direito brasileiro, a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam.

Assim, em nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações que, portanto, não pode ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário (MORAES, 2008, p. 5).

Vê-se, pois, que os direitos fundamentais e os direitos da personalidade revelam-se como integrantes da dignidade da pessoa humana e por ter a Constituição Federal erigido tal princípio como fundamento da República, atribuindo efeito irradiante, aqueles direitos passam a ocupar posição de centralidade do ordenamento civil e resguardar uma tutela quase que absoluta.

No Direitos das Famílias, aqui já ultrapassando a antiga celeuma quanto à existência da pluralidade de entidade familiar, a importância singular de que se reveste este princípio é apontada por Paulo Lôbo ao defender que o artigo 226, *caput*, Constituição Federal, cria verdadeira “cláusula geral de abertura”, e o artigo 227 elenca direitos da criança e do adolescente – tais como vida, saúde, educação, profissionalização, lazer – e o papel do Estado, da sociedade e da família em seu resguardo (2010, p. 61), garantindo o famoso “mínimo existencial”.

2.2 Princípio da Solidariedade Familiar

Disposto no inciso I, artigo 3º, da Constituição Federal, o princípio da solidariedade é produto da superação do individualismo jurídico e impõe o dever de assistência e de promoção de direitos básicos à pessoa dotada de dignidade.

No âmbito das relações familiares, tem-se como exemplo clássico de aplicação desse princípio o dever de cuidado, seja material, seja moral, entre parentes e cônjuges/companheiros, como bem assinala Paulo Lobo (2010, p. 64), destacando que a solidariedade se faz presente quando o afeto, o respeito mútuo, o cuidado e a cooperação norteiam a relação, surgindo de modo espontâneo, de modo que “[...] o direito os traz a seu plano, convertendo-os de fatos psicológicos ou anímicos em categorias jurídicas, para iluminar a regulação das condutas” (2010, p. 5).

Ora, a solidariedade familiar deve ser concebida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual, gerando direitos e deveres, encontrando no Código Civil atual sua normatização no plano infraconstitucional, como o reconhecimento jurisprudencial aos alimentos decorrentes da multiparentalidade.

2.3 Princípio da Afetividade

No contexto de personificação do Direito Civil em que a pessoa, na condição de ser dotado de dignidade passa a ser o cerne das relações, a tutela jurídica do afeto não mais enseja maiores debates, havendo, decerto, discussões quanto à sua natureza jurídica: ora quem defenda ser valor jurídico (CARDIN *et al.*, seguindo posição o STJ), ora os que o tratam como princípio (TARTUCE, 2011).

Mister trazer à colação importante ponderação suscitada por Flávio Tartuce (2011, p. 988) quando afirma que, entretantes o aspecto afetivo não esteja taxativamente presente na norma constitucional, a ponto de incluir o afeto no rol dos direitos fundamentais, sua presença no âmbito dos princípios do Direito de Família decorre “da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade”.

Reconhecendo a relevância do afeto à configuração da família, reconhecendo a afetividade como princípio, a juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga leciona que:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade (2008, p. 47-52).

Ora, ante a relevância ao desenvolvimento do ser humano e os impactos à subjetividade, o afeto passou a ser ponderado e considerado nas relações familiares, merecendo a tutela estatal, tanto que Paulo Lôbo (2010, p. 71) retira do texto constitucional fundamentos essenciais ao princípio da afetividade que se resumem em tratamento igualitário entre filhos independentemente da origem, inclusive a adoção (artigo 226, §6º) e o direito prioritário à convivência familiar (artigo 227).

Depreende-se, assim, do mencionado princípio, que a família não mais se restringe à matrimonial, havendo uma pluralidade de entidades familiar; a filiação não mais é sinônimo de vínculo biológico, tão somente, mas há a “posse do estado de filho”,¹ a multiparentalidade passa a ser uma realidade que enseja implicações práticas, inclusive de ordem patrimonial, que merecem estudo cauteloso.

Dessa forma, admitindo essa relação imbricada entre os princípios anteriormente pontuados e o instituto dos alimentos, passar-se-á à análise considerando como direito da personalidade, sem se olvidar, decerto, das controvérsias doutrinárias acerca, mas que não são objeto do presente estudo.

2.4 Alimentos Como Direito da Personalidade

É de conhecimento geral que o ser humano, desde sua mais elementar existência, necessitou sempre se alimentar para obter energia para exercer suas funções vitais.

No sistema jurídico pátrio, reconhecendo a importância dos alimentos, considerando-os numa acepção ampla que ultrapassa alimentação e inclui outros direitos como educação, vestuário e lazer, a Emenda Constitucional nº 64/10, expressamente, incluiu-os como direito social.

A obrigação alimentar detém natureza superior, visto seu caráter de ordem pública, atuando em respeito à digna substância do alimentando, estando amparado no princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar, princípios basilares da Lei Maior, bem como no Código Civil, como já ponderado anteriormente.

Consoante decorre do texto constitucional, o princípio da dignidade humana é a pedra de toque da fixação dos alimentos, numa conceituação plurívoca e para além de “alimentação”, abrangendo todo e qualquer bem que promova e/ou mantenha aquele princípio (*ex vi*, artigo 227).

Esse dever constitucional (artigo 229) e legal é o reconhecimento jurídico do dever/obrigação mútua entre os membros da família, em que um tem para com o outro a obrigação de prestar os alimentos devidos.

Yussef Said Cahali, ao conceituar alimentos, destaca que

alimentos vêm a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção (2002, p. 16).

Os alimentos no atual ordenamento legal (Código Civil) estão dispostos nos artigos 1.694 a 1.710, mencionando que os parentes, os cônjuges ou companheiros, têm o direito de pedir alimentos, quando forem necessários para sua subsistência. Esse direito também é recíproco entre os pais e filhos, estendendo-se a todos os seus ascendentes, e nessa falta, essa obrigação alcança os descendentes e após os irmãos, seja germanos, que são dos mesmos pais, ou unilaterais, de pais diferentes, conforme previsto no artigo 1.697.

Existem dois fatores que possuem fonte imediata na legislação vigente na obrigação de alimentar, um deles decorre do poder familiar, em que os pais têm a obrigação de sustentar seus filhos menores, e outro genérico, que transcorre da relação de parentesco seja biológico, seja afetivo, não havendo limites na linha reta e limitando-se na linha colateral ao segundo grau.

¹ Para que haja a posse do estado de filho mister a presença concomitante de três elementos: nome, o trato e a fama, ou seja, na relação de aparência de filiação deve o filho e o pai e/ou mãe se tratarem como pais e filhos, serem assim reconhecidos socialmente e se nominarem como tal.

Há que se registrar que a regra é a não solidariedade da obrigação alimentícia (artigo 1.698, Código Civil), ou seja, os parentes mais próximos excluem os mais remotos e só são chamados de modo subsidiário e para complementar os valores em caso de impossibilidade financeira daqueles (Súmula 596, STJ), à mingua de previsão legal e, logo, para que dada obrigação seja solidária mister que haja ou previsão legal ou ato de vontade (artigo 265, Código Civil), não havendo presunção.

Quanto à possibilidade de convocação de outros codevedores na ação de alimentos como modalidade autônoma de intervenção de terceiros, o artigo 1.698, Código Civil, previu, em caso de falta de condições financeiras do devedor em primeiro lugar, convocar-se as demais obrigadas na proporção de seus recursos. Ocorre que tal artigo não previu a modalidade de intervenção de terceiros ou de litisconsorte (não se sabe o que de fato é) que se deveria adotar, tampouco se só por parte do réu ou também do autor da ação. Seriam os alimentos, assim, solidários? Não. Tal previsão veio tão somente dar maior efetividade à satisfação alimentar; daí, por exemplo, se os avós maternos forem demandados para prestar alimentos aos netos, a título de complementação, não terão obrigação sozinhos, posto que não se trata de solidariedade (TJ/DF, Apelação Civil 188177, Rel. Des. Carmelita Brasil, DJ 14.04.04). Assim concorda Pontes de Miranda, por exemplo. Predomina o entendimento de que a obrigação não é solidária, há modalidade nova de intervenção de terceiros no artigo 1.698, Código Civil e não litisconsorte (se assim o fosse, absurdamente, só o autor da ação poderia o fazer).

O direito aos alimentos é considerado inderrogável e irrenunciável, como regra, uma vez que visa a proteger e preservar a vida, sendo considerado de ordem pública. Além disso, tem caráter personalíssimo, não transmitindo com o falecimento dos herdeiros do prestador, com exceção das dívidas vencidas até o falecimento do alimentante, em que fica a cargo do espólio. Assim, a obrigação dos alimentos não se transmite, mas apenas a dívida que já foi devidamente constituída, nos termos do artigo 1.707 Código Civil.

Quanto à fixação da pensão alimentícia, ela deve sempre observar o binômio necessidade e possibilidade, conforme preconiza o artigo 1.694 do Código Civil.

Assim, por serem os alimentos instrumento à promoção e/ou manutenção de vida digna da pessoa humana, há que concluir por sua natureza jurídica² de direito da personalidade que já que visa a preservar a integridade psíquica e física de quem os recebe e é fixado de acordo com a possibilidade de quem os presta, os alimentos não admitem cessão (quer onerosa, quer gratuita), compensação, são impenhoráveis e têm preferência de pagamento no concurso de credores e não respeito à ordem dos precatórios (artigo 100, Constituição Federal).

Segundo Mário Delgado (2019, p. 6) os direitos da personalidade são “[...] direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua exclusiva humanidade, e que protegem todas as suas projeções, nos planos físico ou espiritual, possibilitando, assim, ao ser humano, a defesa daquilo que lhe é próprio (honra, vida, liberdade, intimidade, privacidade, etc.)”. Ou seja, são essenciais à dignidade e integridade do ser humano e são exigíveis dos particulares, enquanto que os fundamentais, do Estado, a despeito da forte tendência de se tratar os dois como sinônimos.

Nesse sentido, partindo-se do pressuposto de que o direito aos alimentos é pressuposto à vida digna e, como tal, é direito essencial e inderrogável, adentrar-se-á na análise de tal direito em cenário de multiparentalidade.

3 MULTIPARENTALIDADE E ALIMENTOS NA VISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Antes de adentrarmos na conceituação do fenômeno da multiparentalidade, cabe tecer algumas breves ponderações quanto à filiação aqui considerada como fato jurídico compreendido em todas as relações pai/mãe e filhos, independentemente da origem, que enseja consectários legais e detém normatividade constitucional.

Ao destacar a função social da filiação, Cristiano Chaves de Farias assinala que

² O tema não é pacífico, havendo quem defenda (Cristiano Chaves e Maria Berenice, por exemplo) deter natureza só extrapatrimonial (direito da personalidade) por decorrer do princípio da dignidade da pessoa humana; outros, só patrimonial. Prevalece, entretanto, a natureza mista dos alimentos (Orlando Gomes, Maria Helena Diniz, etc.), porque é direito patrimonial e finalidade pessoal.

[...] com a normatividade isonômica constitucional, encartada na sua própria tábua axiológica (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade e liberdade), infere-se, com tranqüilidade, que o direito filiatório infraconstitucional está submetido necessariamente a algumas características fundamentais: i) *a filiação tem de servir à realização pessoal e ao desenvolvimento da pessoa humana* (caráter instrumental do instituto, significando que a filiação serve para a afirmação da dignidade do homem); ii) *despatrimonialização das relações paterno-filiais* (ou seja, a transmissão de patrimônio é mero efeito da filiação, não marcando a sua essência); iii) *a ruptura entre a proteção dos filhos e o tipo de relacionamento vivenciado pelos pais* (2009, p. 474) (grifos nossos).

Vê-se que assim como a família é considerada “célula mater” da sociedade e verdadeiro microsistema social no qual seus membros se desenvolvem e se relacionam, tendo seu conceito evoluído (desde a visão patrimonialista e matriarcal do Código Civil de 1916 até a perspectiva constitucional, adotada pelo Código Civil atual, de admissão de várias formações), a filiação sofreu modificações significativas: da visão discriminatória dos filhos havidos ou não do casamento e dos filhos naturais e adotivos para recorte de igualdade da filiação independentemente da origem e do reconhecimento da multiplicidades e cumulatividade de laços parentais (multiparentalidade).

Com acerto, assinalando que o rol disposto no artigo 226 da Constituição Federal é exemplificativo e que arranjos familiares calcados na afetividade, na pluralidade, na solidariedade, passaram a ser tutelados pelo Direito das Famílias, ratificando a ideia da interferência sociocultural naqueles, Christiano Cassettari afirma que “(...) a Constituição Federal ampliou o conceito de família, contemplando o princípio da igualdade da filiação, por meio da inserção de novos valores, calcando-se no princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana” (2017, p. 223).

Em outros termos: as alterações ocorridas no ambiente familiar e a “desbiologização” da maternidade e paternidade impuseram mudanças nos vínculos de parentesco e de filiação, rompendo com a arcaica definição de família como composta tão somente por pai, mãe e filhos biológicos.

Nesse contexto, tem-se fenômeno atual da multiparentalidade que, segundo Christiano Cassettari (2017, p. 219),

[...] é possível a coexistência da filiação socioafetiva com a biológica, onde uma pessoa poderia ter dois pais e/ou duas mães. Trata-se da multiparentalidade, que acreditamos ser possível e viável a sua existência, desde que fixadas certas premissas, já que entendemos que ela não pode, por exemplo, ser utilizada com finalidade patrimonial, pois a beleza do instituto está em dar a alguém a possibilidade de conviver com três ou mais pais ou mães ao longo da sua vida, recebendo deles todo carinho e afeto indispensável para o desenvolvimento saudável do ser humano.

A Constituição Federal criou cenário para que a afetividade pudesse ser considerada a constituição da entidade familiar, ampliando seu espectro, possibilitando, inclusive, a existência simultânea da filiação biológica com a socioafetiva, essa última independente da existência de registro civil, ratificando que a família detém uma função social: promover a felicidade dos seus entes.

Acerca do tema, lecionam Tybusch e Lemos;

Constata-se, portanto, que a multiparentalidade (dupla parentalidade; pluriparentalidade) se caracteriza pela admissão de o indivíduo ter dois vínculos de filiação distintos declarados em seu registro de nascimento, decorrentes da coexistência dos vínculos socioafetivo e biológico. Com efeito, afasta-se a regra de se fazer uma escolha entre a prevalência de quaisquer dos vínculos, como anteriormente foi necessário (2019, p. 312-313).

Nesse cenário, surge a multiparentalidade, antes já admitida pela doutrina mais vanguardista e com o julgado do STF, em que há o reconhecimento para todos os fins do pai socioafetivo sem afastar o biológico, como restará demonstrado a seguir.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060, em 22.9.2016, de relatoria do ministro Luiz Fux, por maioria, fixou tese com Repercussão Geral no sentido de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Tese 622). Vejamos a ementa do julgado:

TÍTULO

Vínculo de filiação e reconhecimento de paternidade biológica

ARTIGO

A paternidade **socioafetiva**, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a prevalência da paternidade **socioafetiva** sobre a biológica. No caso, a autora, ora recorrida, é filha biológica do recorrente, conforme demonstrado por exames de DNA. Por ocasião do seu nascimento, a autora foi registrada como filha de pai afetivo, que cuidara dela, por mais de vinte anos, como se sua filha biológica fosse. O Supremo Tribunal Federal afirmou que o sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, §7º, da CF. Dessa forma, atualmente não cabe decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. Portanto, é importante reconhecer os vínculos parentais de origem afetiva e biológica. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, e o filho deve poder desfrutar de direitos com relação a todos não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. A Corte reputou ainda ser imperioso o reconhecimento da dupla parentalidade e manteve o acórdão de origem, que reconheceu os efeitos jurídicos de vínculo genético relativo ao nome, aos **alimentos** e à herança. Vencido o ministro Edson Fachin, que provia parcialmente o recurso, sob o argumento de que o parentesco socioafetivo não é prioritário ou subsidiário à paternidade biológica, tampouco um parentesco de segunda classe. Trata-se de fonte de paternidade, maternidade e filiação dotada da mesma dignidade jurídica da adoção constituída judicialmente, que afasta o parentesco jurídico daqueles que detêm apenas vínculo biológico. Dessa forma, segundo o ministro Edson Fachin, havendo vínculo socioafetivo com um pai e biológico com outro genitor, o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente. O parentesco socioafetivo não é menos parentesco do que aquele estabelecido por adoção formal. Assim como o filho adotivo não pode constituir paternidade jurídica com outrem sob o fundamento biológico, também não pode o filho socioafetivo. Vencido, também, o ministro Teori Zavascki, que provia integralmente o recurso, sob o fundamento de que a paternidade biológica não gera, necessariamente, a relação de paternidade do ponto de vista jurídico, com as consequências daí decorrentes. O ministro rememorou, ainda, que havia, no caso, uma paternidade **socioafetiva** que persistiu e persiste. E, como não pode ser considerada menos importante do que qualquer outra forma de paternidade, ela deve ser preservada (BRASIL, STF. RE 898.060/SC, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 21 e 22-9-2016).

Ao reconhecer a tese anterior, o STF não só reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva a despeito de registro civil – o que ainda encontrava resistência doutrinária e jurisprudencial – como também sedimentou a situação de igualdade entre as formas de paternidade/maternidade, afastando discursos de que a socioafetiva seria de segunda categoria. Como se não bastassem tais efeitos, reconheceu a multiparentalidade, de modo que tanto os filhos, quanto os múltiplos pais/mães passam a deter direitos de família, como aos alimentos.

Há que se assinalar que, entrementes a decisão do STF seja emblemática e sua eficácia seja *erga omnes* ante o reconhecimento da repercussão geral, já havia vários julgados, invocando o princípio do melhor interesse da criança,³ admitindo a pluralidade de mães e de pais nos assentos de nascimento em razão da presença concomitante do pai/mãe afetivo com o biológico.

A doutrina também já reconhecia o dever do pai biológico, independentemente da existência de vínculo afetivo, de prestar alimentos ao filho, por força da responsabilidade parental e da natureza fundamental do instituto, como destacado por Rolf Madaleno ao tratar da paternidade alimentar, *in verbis*:

³ Em 2014, a juíza titular da 15ª Vara de Família da Capital do Rio de Janeiro, Maria Aglae Vilardo, reconheceu o direito de três irmãos terem duas mães, a biológica e a socioafetiva, em seus registros de nascimento ante o falecimento da genitora e a assunção do papel materno da madrasta. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5243/TJRJ+reconhece+multiparentalidade>. Acesso em: 18 dez. 2019.

Em tempos de verdade afetiva e de supremacia dos interesses da prole, que não pode ser discriminada e que tampouco admite romper o registro civil da sua filiação social já consolidada, não transparece nada contraditório estabelecer nos dias de hoje a paternidade meramente alimentar. Nela, o pai biológico pode ser convocado a prestar sustento integral ao seu filho de sangue, sem que a obrigação material importe em qualquer possibilidade de retorno à sua família natural, mas que apenas garanta o provincial efeito material de assegurar ao filho rejeitado vida digna, como nas gerações passadas, em que ele só podia pedir alimentos do seu pai que era casado e o rejeitara. A grande diferença e o maior avanço é que hoje ele tem um pai de afeto, de quem é filho do coração, mas nem por isso libera o seu procriador da responsabilidade de lhe dar o adequado sustento no lugar do amor (2006, p. 148).

O STF, na referida decisão, sedimentou o entendimento de que o conceito de família, no contexto de “constitucionalização do direito privado” ou “Direito Civil Constitucional” para os civilistas, teve seu espectro ampliado, inserindo “ingrediente” essencial, o afeto, na medida em que admitiu a concomitância da paternidade afetiva com a biológica, bem como as implicações práticas, como o dever de alimentar,⁴ decorrentes, incumbindo à doutrina o estudo pormenorizado de tais efeitos à luz da segurança jurídica.

3.1 Os Alimentos na Multiparentalidade e STF

A partir do entendimento do STF, sedimentado no Recurso Extraordinário 898.060, é indiscutível a possibilidade de se constar no mesmo assento de nascimento dois pais e/ou duas mães, no mínimo, com a filiação socioafetiva sendo reconhecida juridicamente com mesmo *status* da biológica.

Ademais, algumas indagações surgem quanto à operacionalização do dever de pagar alimentos nessas relações multiparentais: se o filho necessitar de alimentos, haverá possibilidade de cumulação de pensões? Em caso positivo, como incidirá o binômio necessidade-possibilidade; como se formaria o polo passivo da demanda: seriam todos coobrigados, haveria solidariedade ou se poderia eleger um a ser demandado, caso em que esse poderia chamar os demais à lide? Seria necessário prévio registro?

Outras dúvidas surgem: se os múltiplos pais necessitarem dos alimentos, o filho pode vir a ser demandado por ambos, passando a multiparentalidade a ser ônus e não o costumeiro “bônus” em que se justifica o reconhecimento no princípio do melhor interesse do petiz – os alimentos por ambos os pais proporcionarão formação educacional de melhor qualidade, por exemplo?

Pois bem. Ao cuidar da importância do registro civil da multiparentalidade, Christiano Cassettari (2017) defende sua necessidade, por questão de segurança jurídica, surtindo efeitos *erga omnes*, para que tanto pais quanto filhos possam, quando necessário, demandarem uns aos outros, o que, de fato, merece guarida, entretantes, por ser tal instituto posse de estado de filiação não há que se confundir meio de prova de constituição.

Depreende-se que incumbe sobretudo aos pais, entre outros direitos da personalidade, o de prestar alimentos que são imprescindíveis à promoção de cenário para vida minimamente digna dos filhos e vice-versa, a partir da necessidade do alimentando e da possibilidade do alimentante, sem, contudo, onerar em demasia o devedor. Daí, tanto os pais quanto os filhos podem pedir entre si os alimentos, inclusive na multiparentalidade, aplicando-se a mesma lógica na uniparentalidade, ou seja: há coobrigação dos pais/filhos de acordo com a capacidade financeira de cada um de prestar e a necessidade do credor,⁵ sendo divisível e não solidária, salvo quando se cuidar de idosos em que há a solidariedade (artigo 12, Estatuto do Idoso), podendo demandar de um ou de todos do polo passivo e ao demandado se utilizar do chamamento à lide em modalidade atípica, eis que não se amolda a nenhuma das hipóteses dispostas no Código de Processo Civil (artigos 119-138), embora a questão não seja pacífica.

⁴ O Enunciado Programático nº 6/2013, do IBDFAM, prevê que do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental, motivo pelo qual é irrevogável.

⁵ Nesse sentido: TJRS, Apelação Cível, Nº 70078738317, Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 26-9-2018.

Registre-se, ainda, que, entrementes haja julgados tratando a obrigação concomitante dos avós maternos e paternos como litisconsórcio necessário,⁶ não se pode deixar de ter cautela com tais entendimentos, porque o binômio necessidade-possibilidade deve nortear todo e qualquer dever/obrigação de alimentar, de acordo com as peculiaridades do caso, bem como a lógica da subsidiariedade disposta no artigo 1.698 Código Civil. Assim, pode haver litisconsórcio passivo, mas não há obrigatoriedade.⁷

Quanto ao legitimado a requerer o chamamento ao codevedor, a Jornada de Direito Civil editou o Enunciado 523, *in verbis*: “O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do artigo 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado”, o que atende ao melhor interesse do credor dos alimentos e ratifica o caráter personalíssimo do Direito.

Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 246) destaca que “Independente da convivência ou relacionamento dos pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a ideia de que o divórcio ou término da relação dos genitores acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais.”. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino (1997, p. 48) assinala o papel da família no “[...] desenvolvimento da personalidade dos filhos”, tendo-se, aí, a responsabilidade parental (artigo 226, §7º, CF/88 e artigo 100, IX, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Ora, se os pais, em pleno exercício do planejamento familiar, decidem procriar, o mínimo que devem é cuidar, alimentar, educar sua prole, sob pena, inclusive, de incorrer na prática de ilícito penal (*ex vi*, artigos 244 a 247, Código Penal) e civil. Nesse tocante Cardin, Vieira e Brunini (2017, p. 52), ao tratarem do tema da responsabilidade civil por desobediência aos deveres inerentes ao poder familiar, eis que são direitos fundamentais à saúde, à educação, à vida, à filiação, todos integrantes da dignidade da pessoa humana, lecionam que

[...] aos pais cabe o dever jurídico de agir em relação aos filhos, isso é criar, educar, orientar, assistir moralmente da melhor forma possível, visando sempre o integral e melhor interesse do filho, a fim de que venha a desenvolver-se de forma saudável, de modo que sua omissão é, nos termos do art. 186 do Código Civil, considerada ato ilícito, visto que responsabiliza-se por omissão o agente que estiver em situação jurídica que obrigue a agir, a impedir um resultado.

Conquanto indubitável avanço ao Direito da Famílias o reconhecimento pelo STF da multiparentalidade, pondo uma pá de cal nesse talante, não se pode olvidar que as indagações antes expostas merecem estudo aprofundado e que se acompanhe o posicionamento do poder Judiciário nos casos práticos, posto que o instituto que se presta à concretização da dignificação das relações filiatórias não pode ser “vítima” de “aproveitadores” que abusem de direitos, como o aos alimentos, violando boa-fé objetiva, perseguindo o reconhecimento concomitante da paternidade biológica à socioafetiva para fins só mercenários.

Embora o julgado do STF tenha sido emblemático ao, em sede de repercussão geral, reconhecer como entidade familiar a multiparentalidade, em todo país, em controle difuso de constitucionalidade, diversos julgados reconheciam tal modalidade de família. No mesmo sentido, já se tinha textos normativos, tais como: a Lei da Guarda Compartilhada (Lei 13.058/2014), a Lei da Adoção (12.010/2009), a Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010), Lei Clodovil (Lei 11.924/2009) e Código Civil (artigo 1.593).

Nesse contexto, ao se admitir a simultaneidade de vínculo parental entre pais e filhos, estar-se-ia primando pelo melhor interesse desse grupo vulnerável, de modo que “(...) perpassa pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pelo reconhecimento da socioafetividade como valor jurídico” (STEIN, 2008, p. 558). No mesmo sentido, Ricardo Calderón reconhece como consectário lógico da afetividade, entre outros, a possibilidade jurídica da multiparentalidade (CALDERÓN, 2016).

A despeito do caráter vanguardista do referido julgado, há que se assinalar que o ministro Luiz Edson Fachin, voto vencido, destacou inadmitir a multiparentalidade calcada tão somente no vínculo biológico quando já há parentesco socioafetivo com outrem, o que ratifica a importância do afeto à constituição da família (BRASIL, 2016).

⁶ REsp 958.513/SP, 4.ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22.2.2011, DJe 1.º.3.2011.

⁷ REsp 964.866/SP, 4.ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 1.º.3.2011, DJe 11.3.2011.

Enfim, a multiparentalidade deve ser reconhecida quando e tão somente há simultaneidade de relação de pais e filhos em que há concomitância do vínculo biológico com vínculo afetivo, possibilitando a igualdade de vínculos parentais, devendo-se, contudo, ter-se cautela para não se estender à mera relação entre enteado e madrastas/padrastos de per si, sob pena em se criar generalizações arriscadas e, no mínimo, injustas, ante os impactos jurídicos, como alimentos e direitos sucessórios.

Nos termos do voto do ministro relator Luiz Fux, “a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. A afetividade como critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*) fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)” (BRASIL, 2016).

Nessa perspectiva, do reconhecimento deste novel arranjo familiar decorrem, tal qual a família uniparental, direitos de ordem existencial e material, tais como o uso do sobrenome do padrasto/madrasta pelo enteado; o exercício da guarda e da convivência; o dever de assistência material mútua de acordo com o binômio necessidade-possibilidade.

Ao cuidar da obrigação de alimentar na multiparentalidade, Luiz Edson Fachin e Ana Carla Harmatiuk Matos destacam que “[...]esse importante dado da vida social deve transpor-se para o direito, de modo que se sustente a possibilidade de “dois pais” ou “duas mães” estarem obrigados a alimentos frente a uma mesma criança” (FACHIN; MATOS, 2009, p. 275).

Decerto que, embora em termos teóricos seja fácil reconhecer a multiparentalidade, a complexidade a sua aplicação à efetividade de alguns direitos não pode ser justificativa à proteção dos filhos dentro desse contexto, devendo-se buscar aprofundar o debate teórico e a discussão acadêmica ao clareamento da matéria.

Nessa senda, a atuação do Estado-Juiz, nos casos concretos de busca de reconhecimento da multiparentalidade e da aplicação dos alimentos dela decorrentes, deve ter como ponto de partida e de chegada concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da responsabilidade parental.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Constituição Federal a dignidade da pessoa humana assume papel de fundamento de validade de todo ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos tanto nas relações horizontais como verticais, exigindo-se que se observe os direitos fundamentais e da personalidade em jogo.

O Direito Civil contemporâneo também sofreu significativos impactos ante a força normativa da Constituição, com verdadeira mudança paradigmática, rompendo com o modelo patrimonialista do Código Civil de 1916, em que o matrimônio era a entidade familiar de “primeira categoria” e as demais “vítimas” de preconceito, tal qual ocorria com a filiação, tratando de modo discriminatório os filhos havidos ou não do casamento.

Nessa perspectiva, o presente estudo buscou demonstrar como, sobretudo nas relações familiares, princípios como da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da afetividade passaram a influenciar os julgadores na solução de casos concretos nos quais a regra jurídica se revela insuficiente a responder, dando ênfase nesse último fundamento axiológico e sua aplicabilidade prática no instituto da filiação, analisando a paternidade/maternidade afetiva em que o afeto se revela como elemento essencial.

A partir do julgado analisado no artigo em comento, pôde-se observar a possibilidade da multiparentalidade configurar entidade familiar, logo, digna de tutela jurídica do Direito das Famílias, embora quanto aos efeitos patrimoniais dessa relação familiar, como os alimentos – que traz em seu bojo caráter essencial –, mister se aprofundar o debate.

Daí, a partir de sucinto retrospecto histórico do conceito de família até desembocar na variabilidade de espécie que marca a contemporaneidade do tema, incluindo a pluriparentalidade, o que encontra respaldo no artigo 226, *caput*, do texto constitucional – é clausula geral de inclusão.

Ponderou-se como o princípio da dignidade da pessoa humana exerce papel de relevo não só à concretização da força normativa da Constituição, como à unidade do sistema jurídico, além do da responsabilidade parental do qual decorre o dever de guarda – vivência, cuidado e sustento em relação aos filhos sanguíneos e afetivos, destacando o debate quanto à natureza jurídica da afetividade – se princípio ou valor jurídico. Também tratou-se do princípio-âncora do Estatuto Menorista, o do melhor interesse da criança e do adolescente, segundo o qual ao Estado, à sociedade e à família incumbe o dever de voltar o olhar a esse grupo vulnerável, priorizando o atendimento e as políticas públicas, reconhecendo-o como sujeito de direitos.

Nesse contexto de influência múltipla de princípios, adentrou-se na discussão quanto aos alimentos, conceituando como o mínimo necessário à vida digna, mantendo o *status quo ante* – quando se cuidar de filhos – ou resguardando a sobrevivência – se for em relação a outros parentes – reconhecendo, a despeito da controvérsia doutrinária, sua natureza de direito da personalidade por deter relação direta com elementos essenciais à concretização de vida digna ao ser humano e que exige não só do Estado, como dos particulares – numa relação horizontal – respeito. Em seguida, apresentou-se características dos alimentos, legitimados e aspectos processuais relevantes, passando ao estudo do julgado Recurso Extraordinário 898.060/SC no Supremo Tribunal Federal no qual se reconheceu a multiparentalidade e o tratamento da verba alimentar nesse cenário, buscando responder à seguinte perquirição: Qual a efetividade dos alimentos quando se está diante da existência simultânea de relação de parentesco entre pais e/ou mães e filhos – multiparentalidade? Quais os limites, alcance e efeitos práticos ao se admitir tal possibilidade?

Ora, ante a função social da família, ponderou-se que a afetividade permeando a relação pai/mãe e filho otimiza o desenvolvimento saudável dos filhos e, logo, de adulto consciente de seus direitos e deveres, sua proteção ultrapassa o viés patrimonialista, incluindo a dignidade dos seus componentes como finalidade precípua, havendo verdadeira personificação das proteções civis.

Tomando como base não só visão doutrinária abalizada, mas sobretudo a decisão do Supremo Tribunal Federal, exarada nos autos do Recurso Extraordinário nº 898.060, em 22.9.2016, de relatoria do ministro Luiz Fux, em que, por maioria, se reconheceu a existência concomitante da filiação socioafetiva com a biológica, ou seja, a multiparentalidade, procedeu-se à pesquisa em comento, calcada em método dedutivo, exploratório e “análise de decisões”.

Destacou-se que, ao firmar a tese 622, segundo a qual “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, a Corte Constitucional não só reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva a despeito de registro civil – o que ainda encontrava resistência doutrinária e jurisprudencial – como também sedimentou a situação de igualdade entre as formas de paternidade/maternidade, afastando discursos de que a socioafetiva seria de segunda categoria, além de direitos próprios do Direitos das Famílias, dando base a que direitos decorrentes dessa relação, como aos alimentos e à herança, possam ser reconhecidos.

Decerto que, por serem os alimentos instrumento para a promoção e/ou manutenção de vida digna da pessoa humana, seu caráter fundamental é óbvio, de modo que deve ser fixado em compasso com o binômio necessidade-possibilidade, preservando a integridade do credor e do devedor, não sendo, em regra, obrigação solidária, mas divisível, razão pela qual, embora não seja a jurisprudência pacífica, assinalou-se que, tal qual ocorre na uniparentalidade, na multiparentalidade os codevedores não são solidários, devendo cada um prestar os alimentos de acordo com o binômio, podendo, chamar à lide os demais – ponderou-se não se entender por litisconsórcio necessário, mas por chamamento à lide atípico.

Ora, é de conhecimento geral que o dever de alimentar dos pais em relação aos filhos é compartilhado de modo a não onerar demais um em detrimento do outro, considerando-se a capacidade econômica do alimentante. Cuida-se de obrigação concorrente de ambos ou de todos os pais, de modo que a mesma lógica deve ser aplicada na pluralidade parental, não se podendo, contudo, olvidar da proibição do enriquecimento ilícito.

Conquanto se tenha observado que a jurisprudência pátria tenha reconhecido a parentalidade socioafetiva, não se desprende dos julgados a análise das consequências de tal reconhecimento, daí a relevância do estudo.

Nesse diapasão, observou-se que o Direito Civil contemporâneo, ante a influência do texto constitucional, incorporou valores, rompendo com a visão patrimonialista, admitindo a pluralidade de entidades familiares e, logo, a multiparentalidade que representa uma modalidade de família pós-moderna, calcada na afetividade, na solidariedade recíproca dos seus membros de seus membros, onde direitos da personalidade, como aos alimentos, precisam ser reconhecidos.

O estudo da multiparentalidade, considerado como a existência simultânea de relações de parentesco entre pelo menos dois pais ou mães e seus filhos revela-se imprescindível à compreensão atual da família contemporânea, em que a afetividade e o melhor interesse do petiz devem nortear o Estado. Considerando que o reconhecimento pelo STF dessa nova formatação de entidade familiar tenha seu relevo, há que assinalar a necessidade de aprofundar o debate, eis que não houve, no referido julgado, a análise dos limites, alcance e, sobretudo, os impactos jurídicos noutros institutos. Daí a pretensão do presente estudo.

5 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário 898.060/SC*. Rel. ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 21 e 22-9-2016. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Reflexos da decisão do STF que acolheu a socioafetividade e a multiparentalidade*. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetivademultiparentalidade>. Acesso em: 10 fev. 2020.
- CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manuela. L'articulation de la juridiction spéciale pour la paix avec la justice ordinaire en matière d'extradition: les enjeux politiques du cas Jesus Santrich dans le contexte du post-conflit Colombien. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.
- CARDIN, Valéria Silva; VIEIRA, Tereza Rodrigues; BRUNINI, Bárbara Cissetin Costa. *Famílias, Psicologia e Direito*. Brasília: Editora Zakarewicz, 2017.
- CASSETTARI, Cristiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CIARLINI, Léa Martins Sales; CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. A estrutura das políticas públicas e os paradoxos da intervenção judicial por meio da ação civil pública: uma análise a partir dos cinco estágios do ciclo político-administrativo de Michael Howlett, Ramesh e Perl. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.
- DELGADO, Mário Luiz. *Direitos da personalidade nas relações de família*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/34.pdf. Acesso em: 1º dez. 2019.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO, Junior, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (coord.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. Princípio da pluralidade familiar. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Manual de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017. Volume único.
- FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; SANTOS, Luccas Farias. A hierarquia dos tratados internacionais e seus reflexos jurídicos e extrajurídicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.
- GROENINGA, Giselle Câmara. Direito Civil. Vol. 7. In: HIRONAKA, Giselda M. F Novaes; BARBOSA, Aguida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (coord.). *Direito de Família*. São Paulo: RT, 2008. p. 47-52.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LASCANO, Alfonso Jaime Martinez. Inconvencionalidad del amparo mexicano por la eficacia en la protección judicial de derechos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 2, 2019.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: FAMÍLIA E CIDADANIA, 3., 2002. Belo Horizonte. *Anais [...]*. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, 2002.
- MABTUM, Matheus Massaro; GERRA FILHO, Willis Santiago. A importância do tempo e sentido para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 6, n. 2, 2018.
- MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 37, p.148, 2006.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A família recomposta: em busca de seu pleno reconhecimento jurídico. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 319-335.
- MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In.: VIEIRA, José Ribas (org.). 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 29 mar. 2019.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo: estruturas e função das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, 2013. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2705>. Acesso em: 9 fev. 2020.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ROSSIGNOLI, Marisa; SOUZA, Francielle Calegari de. O princípio constitucional da livre concorrência frente a política do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SOARES, Marcelo Negri; KAUFFMAN, Marcos Eduardo; MARTIN, Raphael Farias. Economy law and economic analysis of law and the impact on intellectual property in the common law system. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 2, 2019.
- STEIN, Thais Silveira. O estabelecimento da paternidade e a dignidade da pessoa humana nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 2, 2019.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b.
- TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TYBUSCH, Francielle Benini Agne; LEMOS, Luan Martins. A entidade familiar contemporânea e o afeto como gerador de vínculo de parentalidade: a solidificação da multiparentalidade por meio do registro civil. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 19, n. 1, p. 301-329, jan./abr. 2019. - e- ISSN 2176-9184.
- ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Pensar as políticas públicas a partir do enfoque das capacidades: justiça social e respeito aos direitos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.

AS SENTENÇAS INTERPRETATIVAS E O ATIVISMO JUDICIAL: Os Limites Hermenêuticos Necessários à Manutenção da Legitimidade do Estado Democrático de Direito

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.260-272>

Recebido em: 26/8/2020

Aceito em: 19/9/2020

Alfredo Copetti Neto

Pós-Doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/PDJ-CNPq, 2014). Doutorado em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Tre (Uniomatre, 2010 – Revalidado UFPR). Mestrado em Direito Público (Filosofia do Direito) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos, 2006). Editor da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (1678-1864). Coordenador do Grupo Nedei (Direito Economia e Instituições UniFG), do Grupo Direito e Regulações (Univel) e membro pesquisador do grupo Estado e Constituição do Cnpq. Professor visitante na Università di Roma (La Sapienza). Professor-adjunto de Teoria do Direito da Universidade Estadual do Paraná (Unioeste). Professor do PPG-G UniFG e da Univel. Consultor Ad Hoc Capes. É membro fundador do “Centro di Studi di Diritto dell’Economia Brasile-Italia”. Membro da Rede Brasil-Itália-Espanha de Direito Público. Membro do Comitê Brasileiro de Compliance. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, Garantismo Jurídico e Direito Econômico. Atua, principalmente, nos seguintes temas: Garantias Constitucionais, Direitos Fundamentais, Democracia Substancial e Direito Econômico com ênfase na Análise Econômica do Direito (Law and Economics). <http://lattes.cnpq.br/6336504347602827>. <http://orcid.org/0000-0002-6997-9603>. alfredocopetti@yahoo.com

Lucas Gabriel Ladeia Cirne

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário Guanambi (Uni-FG). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado (Unijorge). Membro do Núcleo de Estudos de Direito, Economia e Instituições (Nedei). Advogado, inscrito na OAB/BA nº 32.761. <http://lattes.cnpq.br/4161407213416594>. <http://orcid.org/0000-0002-9354-7405>. lucasladeia@yahoo.com.br

RESUMO

O presente artigo objetiva discutir a importância das sentenças interpretativas – interpretação conforme e nulidade sem redução do texto – na jurisdição constitucional, salientando, todavia, que a sua utilização deve necessariamente respeitar determinados limites hermenêuticos e o texto da Constituição. Nesse sentido, a ideia é destacar a linha tênue que separa a legitimidade da aplicação dos mecanismos interpretativos em questão do ativismo judicial, surgido a partir de equívocos em sua aplicação. Para tanto, busca-se, inicialmente, discorrer sobre os aludidos temas, reforçando o caráter hermenêutico dos instrumentos de interpretação citados, analisando as suas especificidades, hipóteses e limites para, em um segundo momento, avaliar as relações havidas entre essas ferramentas e o ativismo judicial. Por fim, com a apresentação de um julgado exemplificador da simbiose entre os dois temas, pretende-se confirmar o valor dos modelos interpretativos em tela, bem como a obrigação de eles serem aplicados dentro de um quadro rígido, vinculante e limitador, a fim de se manter o equilíbrio da democracia dentro do Estado de Direito.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Hermenêutica constitucional. Sentenças interpretativas.

INTERPRETATIVE SENTENCES AND JUDICIAL ACTIVISM: THE HERMENEUTIC LIMITS NEEDED TO MAINTAIN THE LEGITIMACY OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT

This article aims to discuss the importance of interpretative sentences – consistent interpretation and nullity without text reduction – in constitutional jurisdiction, stressing, however, that their use must necessarily regard certain hermeneutic limits and the text of the Constitution. In this sense, the idea is to highlight the fine line between the legitimacy of the application from the interpretive mechanisms in question, from the judicial activism, which arised from being mistakenly applied. To this end, it seeks, initially, to discuss the aforementioned themes, reinforcing the hermeneutic character of the previously referred instruments of interpretation, analyzing their specificities, hypotheses and limits to, in a later moment, assess the relationships between these tools and judicial activism. Ultimately, with the introduction of an exemplary judgment of the symbiosis between the two themes, it is intended to confirm the value of the interpretive models in discussion, as well as their obligation to be applied within a rigid, binding and limiting framework, in order to maintain the balance of democracy within the State of the Law.

Keywords: Judicial activism. Constitutional hermeneutic. Interpretative sentences.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O contexto histórico do surgimento da contemporânea jurisdição constitucional. 3 As sentenças interpretativas dentro do contexto da jurisdição constitucional contemporânea. 4 Os limites hermenêuticos e o desvirtuamento das sentenças interpretativas. 5 Judicialização, ativismo judicial, discricionariedade e interpretação constitucional. 6 A ADI 6.012/MS: a linha tênue entre as sentenças interpretativas e o ativismo judicial. 7 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O exercício da jurisdição constitucional, baseado na análise da compatibilidade de normas infraconstitucionais com o texto da Lei Maior, foi alçado a um patamar ainda mais significativo a partir da promulgação da Carta de 1988. Destarte, embora presente na legislação pátria desde o século 19, o controle de constitucionalidade foi reforçado ante o surgimento do modelo de Estado Constitucional e da consequente criação da Constituição rígida, vista como norte supremo do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, a prática do Supremo Tribunal Federal foi pautada, doravante, na análise de normas legais e consequente declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo. Ocorre que, a partir da valorização da Constituição como fonte primária do ordenamento jurídico, passou-se a observar também a materialidade da norma – e não apenas o seu aspecto formal – para fins de adequação da legislação infraconstitucional ao paradigma constitucional e ao seu texto. Desse modo, com base na concepção de que um texto é válido “se estiver em conformidade com a Constituição, tem-se no texto constitucional, entendido em sua materialidade, o horizonte do sentido que servirá para essa conformação hermenêutica” (STRECK, 2018, p. 386). Ora, sendo a Carta Magna o ápice normativo do qual emanam os pressupostos da construção do Estado Democrático de Direito, os textos infraconstitucionais precisam, obrigatoriamente, serem revestidos por seu manto (STRECK, 2018).

Em paralelo a esse processo de reforço do caráter material da Constituição, a hermenêutica jurídica passa por uma transformação ocorrida, em especial, no século 20, proporcionado pela viragem linguística,¹ o que, além de materializar o citado salto paradigmático (STRECK, 2018), rebusteceu a necessidade de se utilizar novas técnicas de interpretação.

É nesse contexto que os Tribunais brasileiros – notadamente o Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo controle de constitucionalidade concentrado – começou a vislumbrar possibilidades interpretativas hodiernas, especialmente quando o exercício analítico possuía por objeto normas polissêmicas. Desse modo, o caminho até a decisão acerca da compatibilidade da norma com a Constituição passou a ser permeado por mecanismos de interpretação diversos, a exemplo da interpretação conforme a Constituição e da declaração de nulidade sem redução do texto. Tal concepção ganhou tamanho destaque que foi normatizada em 1999 com a publicação da Lei nº 9.868, tendo sido objeto da doutrina nas duas últimas décadas.²

Todo esse cenário serviu para reforçar a força do Poder Judiciário e, em especial, da Suprema Corte, que detém, na atualidade, a última palavra sobre a manutenção de qualquer norma no ordenamento jurídico nacional. Esse poder, entretanto, não pode ser exercido de maneira desarrazoada, discricionária e ilimitada, sob pena de caracterização do nocivo ativismo judicial.

Verifica-se, todavia, que a prática da jurisdição constitucional, por vezes, reflete justamente esse contexto de inobservância dos limites hermenêuticos e legais, usando-se, para tanto, inclusive, dos mecanismos interpretativos disponíveis à sua atuação. O que se observa, de maneira mais específica, é a utilização dessas técnicas interpretativas – legítimas, frise-se – de forma equivocada, ou, pior, como fundamento justificador de decisões que violam as balizas constitucionais. Em outras palavras, seja pela atécnia, consagrada a partir do momento em que se aplicam esses mecanismos nas hipóteses em que não são cabíveis, seja pela inobservância das competências e limites estabelecidos pela Constituição no momento da aplicação das sentenças inter-

¹ A esse respeito, Lenio Streck afirma que a viragem linguística foi responsável pela superação do modelo interpretativo sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito, o que implicou um redimensionamento da relação do homem com a sociedade, e, por consequência, com os textos. Na mesma direção, segue o autor, a invasão da filosofia pela linguagem provocou no campo jurídico uma revolução hermenêutica que vitimou, em primeiro lugar, as concepções objetivistas e objetificantes acerca do modo de interpretar da dogmática jurídica, conforme pode ser extraído da obra “Jurisdição Constitucional” (2018).

² Como exemplo da manifestação doutrinária acerca do tema, pode-se citar a obra “A Constituição reinventada pela jurisdição consitucional”, de José Adércio Leite Sampaio, de 2002.

pretativas, o ativismo judicial³ se faz presente na decisão. Deve-se destacar, nesse contexto, que o equívoco do julgador na utilização de uma técnica ao invés de outra (ou ao invés de nenhuma), pode até ser justificado pela falta de conhecimento acerca das hipóteses de aplicação de cada um dos instrumentos citados, todavia o emprego de uma técnica interpretativa em um caso concreto, apenas para fundamentar uma decisão que ignora os parâmetros legais e constitucionais, é inadmissível no atual paradigma, embora seja recorrente na prática. Vê-se, pois, que não merece prosperar qualquer deliberação que atente contra a técnica formal ou que viole os limites hermenêuticos e constitucionais, sob pena de proliferação da danosa postura ativista.

Desse modo, as posturas ativistas e os métodos interpretativos dialogam no contexto do controle de constitucionalidade em um processo que não somente deslegitima a decisão, mas também desequilibra a relação entre os Poderes no Estado Democrático de Direito.

É essa a questão central que o presente artigo, a partir do método de pesquisa de revisão bibliográfica, busca discutir. Ou seja, o debate centra-se na análise das relações havidas entre os dois institutos referidos. Para tanto, faz-se mister, inicialmente, compreender os conceitos que permeiam as duas técnicas de interpretação destacadas (interpretação conforme e declaração de nulidade sem redução de texto), até mesmo para especificar as hipóteses em que cada uma delas pode ser aplicada, bem como estabelecer uma definição clara do que seja ativismo judicial. Por fim, por meio da apresentação de um julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, visa-se demonstrar o ponto de interseção existente entre os dois temas, seja no que se refere à reiteração do ativismo judicial a partir da utilização errônea das técnicas interpretativas, seja em relação à aplicação dos citados métodos como instrumento de uma postura discricionária e ativista.

2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA CONTEMPORÂNEA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Durante a história, o exercício do poder jurisdicional gravitou entre contextos que ora reforçavam o distanciamento do Estado em favor da liberdade individual, ora vislumbravam o protagonismo do poder estatal, provedor das demandas da sociedade (MEYER, 2017).

No modelo absolutista, por exemplo, o Judiciário apresentava-se como um órgão ligado ao Poder Executivo, o que, em termos finais, significava a submissão aos desejos do monarca (ABBOUD, 2019). Com as revoluções e o surgimento do Estado Liberal, defensor das individualidades, o Poder Judiciário afastou-se e a atividade judicial passou a ser exercida de maneira mecânica, tendo por base a igualdade formal (MEYER, 2017). O posterior advento das transformações sociais, que aumentaram a desigualdade em decorrência da acumulação de capital no ambiente do paradigma liberal (MEYER, 2017), influenciou na ruptura do modelo anterior e no nascimento do Estado Social.

Com efeito, o século 20 foi testemunha de um significativo rompimento paradigmático no campo do direito após o fim da Segunda Guerra Mundial. Igualmente, instituiu-se o hodierno modelo de ciência jurídica, definindo-se novas funções para a legislação (ABBOUD, 2019) e redimensionando-se a posição do Poder Judiciário. Destarte, diante dos horrores gerados pelo conflito, a sociedade decidiu apostar no Poder Judiciário como instituição capaz de fazer valer os ditames do Estado de Direito, conferindo-lhe grande poder interpretativo e decisório a partir do caráter paternal que estabelecia os valores principais (MEYER, 2017).

³ É oportuno salientar que o conceito atual do termo ativismo judicial deriva da doutrina processual alemã e da disciplina política norte-americana, conforme destaca Diego Bacha e Silva (2013). No país europeu a expressão surge com o fim de designar a faculdade conferida ao magistrado de conduzir a colheita de provas através de um modelo inquisitório. Por outro lado, a experiência norte-americana – *common law* – denota uma prática jurisdicional na qual o juiz conjuga em suas decisões o Direito e a Política. Com efeito, a incorporação da concepção de supremacia do Poder Judiciário e do consequente ativismo judicial no contexto brasileiro, reitera-se, nascida a partir da influência dos dois países citados, é motivo de discussão entre juristas. Dentre esses expoentes destacam-se Luis Roberto Barroso e Lenio Streck. O primeiro não apenas defende como relativiza a prática ativista, uma vez que considera o Supremo Tribunal Federal detentor da chamada “função iluminista”. Em sentido oposto, Streck, a partir da construção de uma teoria da decisão, associa o ativismo judicial à postura discricionária e solipsista dos Tribunais, destacando o prejuízo às instituições e a impossibilidade de manutenção de qualquer decisão dessa espécie, posição a qual nos filiamos, conforme restará demonstrado ao longo do texto.

Esse contexto de redemocratização pós-guerra, no qual se alavancou o protagonismo do Poder Judiciário, influi, por óbvio, na jurisdição constitucional. É nesse momento que se criam os Tribunais Constitucionais com a função específica de limitação do poder público. Nessa esteira, destacaram-se as ideias formuladas por Hans Kelsen, cuja tese, embora defendida há muito, ganhou contornos de primazia justamente em razão das atrocidades experimentadas pelo mundo nas décadas de 30 e 40 do século 20.

Nesse sentido, o citado jurista defendia a necessidade de criação de um Tribunal Constitucional, por vislumbrar a impossibilidade de o Parlamento desempenhar a atividade de “auto subordinação” à Constituição (KELSEN, 2003). Daí o estabelecimento de um órgão jurisdicional constitucional independente e distinto dele, ou de qualquer outra autoridade do Estado (KELSEN, 2003).

Destarte, cientes de que o processo de controle das leis não poderia ficar restrito ao soberano – e nem ao Parlamento – mas, ao contrário, necessitava de um Tribunal Constitucional para possuir legitimidade, os juristas abraçaram o arquétipo kelseniano de guardião judicial da Carta Magna, o que se refletiu na maior parte dos países ocidentais a partir da construção de estruturas judiciárias constitucionais pautadas no modelo por ele defendido (PANSIERI, 2016). Assim, com espreque na sua teoria, Kelsen “lança as premissas teóricas fundamentais para a sistematização do controle de constitucionalidade e da respectiva jurisdição constitucional” (ABBOUD, 2019, p. 482).

O modelo pensado por Kelsen que, conforme destacado, encontrou reverberação em grande parte do mundo pós-guerra, além de colocar o Tribunal Constitucional como figura principal, priorizou o aspecto formal do controle de constitucionalidade. Dessa forma, equiparou-se a função jurisdicional à legislativa – a primeira relativa à criação de uma norma específica e a segunda referente a uma norma geral (ABBOUD, 2019) – preterindo o aspecto material da norma.

Funda-se, pois, a teoria do legislador negativo, segundo a qual cabia ao Tribunal Constitucional a estrita função de anular um ato legislativo geral com base no critério formal, a partir da utilização do binômio “constitucionalidade/inconstitucionalidade”. É indiscutível que Kelsen, a partir das bases teóricas do controle de constitucionalidade abstrato, limita o poder do Legislativo, todavia ignora ou subjulga a substância da norma, reduzindo o controle material ao aspecto igualmente formal (ABBOUD, 2019). Sendo assim, inexistindo diferença entre vigência e validade da norma, a teoria de Kelsen serve para reforçar o caráter da Constituição de mecanismo de legitimação formal do poder (TASSINARI, 2012).

Assim, inobstante as contribuições do modelo kelsiano para a construção do controle de constitucionalidade, as transformações experimentadas pelo constitucionalismo do século 20, notadamente no que se refere ao seu entrelace com a hermenêutica jurídica, não permitem que, na atualidade, se valha da sua proposta. Em outras palavras, a noção de legislador negativo mostra-se inaplicável no atual cenário da jurisdição constitucional. Isso porque alguns fenômenos “parecem ter influenciado na sofisticação das técnicas de decisão dos órgãos da jurisdição constitucional” (SGARBOSSA; IENSUE, 2016, p. 175).

O primeiro deles foi o surgimento de casos concretos mais complexos que demandavam para a resolução uma nova abordagem interpretativa por parte dos Tribunais Constitucionais, o que ratificou a insustentabilidade da mera visão do controle de constitucionalidade (SGARBOSSA; IENSUE, 2016). Além disso, o contexto foi influenciado pela incorporação de direitos por parte das Constituições, o que passou a exigir um novo modelo de controle de constitucionalidade, antes inexistente (SGARBOSSA; IENSUE, 2016).

No Brasil, esse quadro é perceptível com mais clareza a partir da Carta de 1988. A natureza programática do seu texto, aliada ao (necessário) surgimento de mecanismos interpretativos aplicáveis ao direito e, por consequência, à jurisdição constitucional, fundou um novo modelo de controle de constitucionalidade, rompendo-se a barreira binomial referente ao exercício jurisdicional das Cortes Constitucionais. Assim, a mera declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma norma deixou de ser suficiente à atividade jurisdicional, o que, somado à concepção do Judiciário como intérprete criador do direito, permitiu o surgimento de técnicas interpretativas diversas capazes de auxiliar os Tribunais em suas funções, com o fito de proteger a Carta Maior e tutelar os direitos dos cidadãos.

É nesse contexto que se destacam as sentenças interpretativas, ou seja, aquelas capazes de “restringir o âmbito normativo do dispositivo da lei ou ato normativo sujeito ao controle de constitucionalidade” (MEYER, 2017, p. 21), a partir da concessão de um novo sentido à norma que permita a sua conservação no ordenamento jurídico, conforme será explicitado a seguir.

3 AS SENTENÇAS INTERPRETATIVAS DENTRO DO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Após o processo de redemocratização do Brasil, a Constituição foi posta no cerne do debate jurídico, tendo seu papel reforçado, ao mesmo tempo em que se atribuiu relevância ao Poder Judiciário (TASSINARI, 2013). Diante desse cenário, o texto constitucional passou a ocupar papel central no ordenamento pátrio e os juízes tornaram-se protagonistas no processo de interpretação.

A concretização desse modelo de valorização e vinculação das leis ao texto constitucional influi diretamente no surgimento de um novo padrão de decisão. Isso porque, a partir desse instante, o Poder Judiciário se viu obrigado a expandir o leque interpretativo, uma vez que o tradicional exercício decisório binário da jurisdição constitucional não se mostrou suficiente para abarcar o seu papel de garantidor da força normativa da Constituição. Com isso, métodos interpretativos diversos passaram a fazer parte da decisão no controle de constitucionalidade, justamente como reflexo do cenário inaugurado com a Carta de 1988.⁴

Nesse momento a interpretação ganhou destaque, sobretudo como ferramenta de construção de um provimento decisório adequado ao Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido, as razões desencadeadoras desse panorama relacionam-se com os objetivos e compreensões típicos do modelo de Estado construído a partir da redemocratização do Brasil, conforme explica Lenio Streck (2018, p. 375), ao afirmar que:

(...) se no Estado Democrático o Direito assume uma função transformadora, torna-se evidente que a concretização das promessas da modernidade constantes em uma Constituição Compromissária e Dirigente demanda uma nova postura do Poder Judiciário (e em especial da Justiça Constitucional).

Desse modo, o Poder Judiciário, envolto no hodierno modelo da jurisdição constitucional, assumiu a função de intérprete da Constituição, preenchendo um *locus* anteriormente ocupado pelo Legislativo. Com isso, o conjunto de intérpretes legitimados foi ampliado, o que se concretizou, na prática, por meio da atuação cada vez mais frequente do Supremo Tribunal Federal (ABBOUD, 2019).

É nesse panorama que o Supremo Tribunal Federal passa a utilizar com maior frequência as sentenças interpretativas na prática do controle de constitucionalidade concentrado. Essas decisões são proferidas em sede de jurisdição constitucional e “versam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto da lei em si” (ABBOUD, 2019, p. 655). Dessa maneira, é conferido ou excluído um sentido da norma sem, entretanto, alterar o seu texto, valorizando, por conseguinte, a presunção da sua constitucionalidade.

Nessa senda, destacam-se, como técnicas de decisão as duas espécies de sentenças interpretativas, quais sejam, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução do texto.⁵ Vale ressaltar, nesse contexto, que a nomenclatura “sentenças interpretativas” é utilizada para se referir à decisão de um “tribunal que não lide diretamente com o texto da própria lei, mas, em vez disso, com uma – apenas uma – das normas expressas no texto e, portanto, em uma das suas possíveis interpretações” (GUASTINI, 2009, p. 63).

⁴ Nesse sentido, Riccardo Guastini (2009) explica em “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, que, em contraposição à insuficiência da técnica de interpretação literal na resolução dos casos concretos, foi necessária a utilização de mecanismos interpretativos capazes de encontrar um significado constitucional não derivado da literalidade do texto, a fim de concretizar a essência da Carta Maior. Na visão do autor, o surgimento e a valorização dessas técnicas constitui-se como uma das condições de constitucionalização do ordenamento jurídico.

⁵ Acerca da classificação dos métodos interpretativos, é interessante, mais uma vez, citar Guastini (2009) que em “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Tendo como referência o exercício da jurisdição na Itália, o autor reafirma a importância da adequação das leis à Constituição a partir do exercício interpretativo que é praticado tanto pelos juízes da Corte Constitucional quanto os juízes de instâncias inferiores. Do mesmo modo, destacando a jurisprudência da Corte Constitucional do país, ele afirma que a interpretação adequada das normas infraconstitucionais pode ser realizada por meio de vários mecanismos, dentre os quais a interpretação, conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que estariam englobadas na nomenclatura sentenças interpretativas. Nesse sentido, a primeira técnica serviria para rejeitar qualquer dúvida acerca da legitimidade constitucional da norma polissêmica, conservando a validade da Constituição a partir de uma interpretação conforme a Constituição. A segunda técnica, por outro viés, seria a de aceitação (de anulação), aplicada quando a Corte não anula a disposição legal, mas apenas o seu sentido inconstitucional, fazendo prevalecer somente aquele compatível com a Constituição.

A interpretação, conforme a Constituição, técnica interpretativa consagradora de “um salto paradigmático, que rompe com as concepções tradicionais de interpretação constitucional e com a própria concepção de separação de poderes de Estado” (STRECK, 2018, p. 401), funciona como instrumento fundamental no processo de constitucionalização dos textos infraconstitucionais, e se concretiza quando a lei admite interpretação compatível com a Carta Magna (STRECK, 2018).

Destarte, nas hipóteses em que uma norma infraconstitucional comportar mais de um significado ou interpretação possível, sendo uma, ao menos, constitucional, o intérprete deve buscar a interpretação que consagre a sua constitucionalidade (TAVARES, 2018).

Salienta-se que a importância deste princípio interpretativo é deflagrada quando se verifica a existência de hipóteses em que a mera declaração de inconstitucionalidade de uma norma gera mais consequências malélicas do que benefícios (STRECK, 2018). Neste sentido, ao comparar o mandamento infraconstitucional com a Constituição Federal, o órgão julgador encontra, por meio da realização da interpretação conforme, uma solução mediana, capaz de equilibrar e concretizar o anseio do recorrente, sem, entretanto, criar um cenário geral mais desfavorável a partir da declaração de inconstitucionalidade da norma.

Neste ponto é válida, mais uma vez, a transcrição dos ensinamentos de Streck (2018, p. 377), que define o debatido mecanismo interpretativo de maneira a não deixar dúvidas ao afirmar que

a interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, mas um modo de interpretar a legislação à luz do texto constitucional, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela.

Vê-se, portanto, que a aplicação dessa técnica interpretativa protege a norma e evita a sua expurgação do ordenamento jurídico, valorizando o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos, mediante a aplicação de uma hermenêutica “constitucionalizante”.

Ao lado da espécie de interpretação conforme a Constituição existe um segundo instrumento interpretativo, denominado declaração de nulidade sem redução do texto, que, do mesmo modo, se encontra abrangido pelo gênero “sentenças interpretativas”.

Como o próprio nome demonstra, a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto é utilizada quando o órgão julgador pretende expressamente fixar a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional. Observa-se que, em sentido antagônico, na interpretação conforme a Constituição, não há declaração de inconstitucionalidade, mas, sim, de constitucionalidade de um significado da norma a partir da interpretação conferida pelo Poder Judiciário.

Diante do exposto, é possível perceber que, enquanto a interpretação conforme a Constituição busca adjudicar um significado à norma legal, a declaração de nulidade parcial sem redução do texto visa a excluir hipóteses específicas da aplicação da lei (SILVA, 2006). Assim, haverá decisão interpretativa aditiva apenas nos casos em que for utilizada a interpretação conforme a Constituição (RIBEIRO, 2011), ainda que em nenhum dos casos ocorra a modificação do texto, como ensina Streck (2018, p. 417):

(...) mesmo que a interpretação conforme a Constituição seja o inverso da nulidade parcial, em nenhum dos dois casos há amputação formal de texto. No primeiro caso, há uma adição de sentido, pelo qual se alça o texto original à compatibilização com a Constituição, evitando-se a expunção do sistema. No segundo caso, há uma redução de incidência, em que se declara inconstitucional um certo segmento ou seção “ideal” do texto normativo.

Em suma, na interpretação conforme a Constituição não se declara (“decide”) uma nova situação concreta, mas apenas se cria/confere uma nova interpretação ao dispositivo infraconstitucional, tendo por substrato fundamental os ditames previstos na Carta Maior, enquanto na declaração de nulidade sem redução de texto é firmado entendimento excluindo-se do sistema a aplicação da parte inconstitucional do texto.

Frisa-se que a importância das sentenças interpretativas no exercício da função de interpretação das normas infraconstitucionais foi reforçada no ano de 1999 com a promulgação da Lei 9.868/1999, que institucionalizou estes dois mecanismos, permitindo a quebra do paradigma clássico referente à função meramente mecanicista do Poder Judiciário, admitindo-se a possibilidade de este agir não mais apenas como “legislador negativo” no exame da legalidade de uma norma infraconstitucional (STRECK, 2018).

4 OS LIMITES HERMENÊUTICOS E O DESVIRTUAMENTO DAS SENTENÇAS INTERPRETATIVAS

Como destacado, as sentenças interpretativas adquiriram primordial importância no contexto contemporâneo da prática jurisdicional, sendo utilizadas como instrumentos de realização do enquadramento constitucional dos textos e de manutenção da harmonia do ordenamento jurídico que sustenta o Estado Democrático Constitucional de Direito. Ocorre que, em muitos momentos, os Tribunais pátrios aplicam-nas de maneira equivocada, seja porque o mecanismo escolhido para determinado caso não é formalmente apropriado, seja porque em alguns julgamentos os argumentos justificadores das técnicas interpretativas em questão são utilizados de forma indiscriminada e sem muitas explicações (SILVA, 2006).

Por vezes, a Corte Suprema ancora-se na interpretação conforme como princípio absoluto, buscando fornecer um direcionamento constitucional à norma, mesmo nos casos flagrantemente inconstitucionais (MEYER, 2017), quando o correto seria buscar outro método interpretativo, qual seja, a declaração de nulidade sem redução do texto⁶. O contrário também se verifica, o que apenas corrobora a confusão entre os institutos como tendência da Suprema Corte (MEYER, 2017). E não é só: há momentos em que o órgão utiliza-se das técnicas como alternativa, a fim de evitar o confronto direto com o Poder Legislativo. Tal atitude apenas reforça o caráter descricionário da decisão, colaborando para o desvirtuamento dos mecanismos interpretativos em destaque (MEYER, 2017).

Em síntese, a normatização das sentenças interpretativas bem como a utilização maciça por parte dos Tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, embora tenha reforçado a prática da interpretação, fazendo surgir, em muitos julgamentos, soluções alternativas à simples declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, vulgarizou até certo ponto esse método, o que explica a sua aplicação errônea em diversos julgamentos.

Assim, afora as impropriedades e atecnia suscitadas anteriormente, percebe-se que em muitos casos aplicam-se as sentenças interpretativas em afronta aos limites hermenêuticos possíveis, o que reforça a subjetividade da decisão e fomenta o ativismo judicial. Daí o Poder Judiciário assume a posição de legislador positivo, portando-se como se estivesse acima da própria Carta Magna, o que não pode ser concebido.

Por isso, mostra-se imperioso discutir as balizas a serem observadas no momento da aplicação da interpretação conforme e da declaração de nulidade sem redução do texto. Isso porque ambos os mecanismos interpretativos em questão devem ser necessariamente analisados sob a égide da hermenêutica, o que implica análise das condições de possibilidades que emergem do procedimento interpretativo e suas repercussões no mundo jurídico (STRECK, 2018).

Aqui se mostra necessário salientar que, embora a declaração de nulidade sem redução do texto e a interpretação conforme a Constituição incidam sobre o sentido da norma, as consequências produzidas pelas técnicas são diversas (STRECK, 2018). No primeiro caso, um sentido do texto é expungido do ordenamento, enquanto na interpretação conforme salva-se o texto normativo por meio de uma adaptação à Constituição (STRECK, 2018), o que torna ainda mais salutar o estabelecimento de balizas quando do instrumento aditivo de sentido. Destarte, até mesmo pelo caráter inclusivo da interpretação conforme, ela precisa ser limitada com o fito de encontrar legitimidade no cenário do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, mostra-se necessário entender que essa técnica implica decisão ativa do julgador no controle de constitucionalidade, o que não significa, entretanto, que ela possa estar sujeita a um requisito mínimo de razoabilidade. Em outras palavras, faz-se mister que o mecanismo em questão detenha-se ao preceito legal, interpretado conforme a Constituição, nos casos em que “seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte” (STRECK, 2018, p. 302).

É interessante destacar que as balizas a serem respeitadas pelo intérprete no momento do exercício da jurisdição constitucional são motivo de discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

⁶ BRASIL, STF, ADI 4815, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10/6/2015, DJ 1º/2/2016.

Destarte, enquanto Medeiros afirma que a interpretação⁷ não pode contrariar a intenção do legislador ou o sentido inequívoco da lei (MEDEIROS *apud* MEYER, 2017), podendo, portanto, ser utilizada somente nas hipóteses em que não seja possível identificar o desejo inicial daquele que criou a norma, ou naqueles casos em ela não interfira nessa vontade, Streck (2018) assevera que esse tipo de abordagem não pode mais prevalecer no paradigma contemporâneo da hermenêutica jurídica. Isso porque não é possível, no hodierno cenário, cotejar a intenção do legislador ou o objetivo da norma traduzida em texto (STRECK, 2018). Com efeito, “no plano da crítica hermenêutica do direito, fica extremamente dificultado o apelo tanto à intenção do legislador como à vontade objetivada na norma” (STRECK, 2018, p. 383).

Debate à parte, parece-nos inconteste que um limite muito claro às sentenças interpretativas ergue-se em consonância com as hipóteses nas quais é possível a aplicação dessas técnicas. Nessa esteira, é evidente, em primeiro lugar, que a principal baliza é a própria Constituição. Ora, se a pretensão é conferir/excluir sentido a uma norma tendo por fundamento um escólio extraído da Carta Magna, é inegável que é o texto maior o primaz referencial nesse processo. Dessa forma, sendo certo que as sentenças interpretativas atingem a possibilidade hermenêutica da norma, permitindo à Corte adequar a lei infraconstitucional aos ditames constitucionais, a sua aplicação limita-se às situações em que a lei não possuir o mesmo sentido da norma constitucional. Dizendo de outra maneira: não se pode utilizar essa técnica de interpretação quando o texto infraconstitucional repetir o sentido da Carta Magna, ou nas hipóteses em que ele possuir apenas um sentido que seja contrário à Constituição, pois, nesses casos, basta declarar, respectivamente, a sua constitucionalidade ou a sua inconstitucionalidade.

Na mesma esteira, não se pode conceber que a sentenças interpretativas violem as competências estabelecidas na Constituição, sob pena de configuração de uma decisão discricionária, ativista e incongruente com o contexto democrático.

Essa questão ficará ainda mais clara quando for apresentado o exemplo prático relativo ao julgamento da ADI 6.012, no tópico 6 do presente artigo. Certo é que, diante de tantos detalhes, é importante o estudo aprofundado acerca das hipóteses de cabimento e dos consequentes limites das sentenças interpretativas, a fim de reforçar a sua importância, evitar a banalização do seu sentido e combater o ativismo judicial que nasce nas hipóteses em que há aplicação desses mecanismos em desrespeito aos contornos constitucionais, necessários a qualquer decisão.

5 JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL, DISCRICIONARIEDADE E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A análise sobre o protagonismo judicial e a interpretação constitucional dialoga com o tema do ativismo judicial, especialmente na atual conjuntura brasileira, na qual, como já assinalado, existe forte processo de judicialização de algumas matérias, aliado à valorização da Suprema Corte como instituição.

O primeiro aspecto a se compreender, nesse diapasão, é a diferença entre o ativismo judicial e a judicialização da política, notadamente no Brasil, onde há muita confusão sobre o assunto. Assim, embora não seja esse o cerne primaz do presente artigo, mostra-se cabível uma breve explanação, a fim de diferenciar os dois institutos. O ativismo judicial vincula-se ao exercício discricionário e ilimitado das funções do Poder Judiciário; a judicialização é caracterizada pela busca dos cidadãos pelo Poder Judiciário, ante a omissão estatal na tutela dos direitos fundamentais. Nesse sentido, pode-se afirmar, com espeque na lição de Streck, Tassinari e Lepper (2015), que a judicialização se mostra como uma questão social, que independe da vontade do órgão julgante, porque deriva de fatores que, em sua origem, não dizem respeito à jurisdição, uma vez que se relacionam, inicialmente, com o contexto de ampliação de direitos, passam pela incapacidade de efetivação por parte do Estado e desaguam no aumento da litigiosidade.

Vê-se, pois, que, diferente da judicialização da política, o ativismo, nascido no núcleo do Poder Judiciário, refere-se à conduta dos tribunais e de juízes no desempenho das suas funções. Em outros termos, o ativismo judicial insere-se e se relaciona aos critérios utilizados nas decisões judiciais.

⁷ É de se destacar que, embora Medeiros se refira especificamente à interpretação conforme a análise, em nosso entender pode ser expandida também para a declaração de nulidade sem redução do texto.

É nesse contexto que Streck (2017) relaciona o ativismo com a discricionariedade, ressaltando que o ativismo judicial para “defesa” dos direitos fundamentais apenas reproduz, na contemporaneidade, os mesmos conceitos que engendram o conceito de discricionariedade. Tal fato mostra-se preocupante porque a forma com que se pratica a discricionariedade no Brasil se aproxima, no campo da linguagem, da arbitrariedade (STRECK, 2017).

Nesse ponto reside a relação do ativismo judicial com a interpretação conforme e a nulidade sem redução do texto: sendo elas técnicas comumente utilizadas para o exercício dessa postura proativa da Corte Suprema, tornam-se um instrumento de reforço da discricionariedade e do arbítrio quando não conhece/respeita os limites formais e semânticos da Constituição. Isso porque a aplicação das sentenças interpretativas em hipóteses incabíveis traz consigo um grau de subjetividade do intérprete que pode representar um atentado à separação de poderes e à legitimidade do Estado Democrático. Diante disso, esses mecanismos devem ser utilizados nos limites da legalidade e da razoabilidade (STRECK, 2018).

Veja-se que nesse contexto dois caminhos podem ser trilhados pelo intérprete julgador, ocasionando, entretanto, o mesmo resultado: a configuração do ativismo judicial. Assim, de um lado, é possível, por meio da aplicação errônea das sentenças interpretativas (seja pela atecnia, seja pela impropriedade da sua utilização no caso concreto), materializar uma decisão ativista. Por outro viés, também se percebe a possibilidade de utilização desses mecanismos interpretativos (ou de sua nomenclatura) como verdadeiros subterfúgios conceituais de reforço às decisões solipsistas, atribuindo-lhes um caráter prático e justificador dessas decisões, que ignora os limites constitucionais típicos do Estado Democrático de Direito.

Parece indubitável, destarte, a importância dessa abertura interpretativa na construção de provimentos pelos tribunais. Ocorre que a utilização desarrazoada dessa ferramenta permite o aparecimento do indesejado ativismo judicial, que se pauta em posturas discricionárias e arbitrárias do Poder Judiciário (TASSINARI, 2016).

Em outros termos, o processo analítico, que resulta nas sentenças interpretativas, deve respeitar as balizas contidas no próprio texto, bem como os limites hermenêuticos e normativos previstos na Constituição Federal. Do mesmo modo, não se pode, sob o pretexto de se “fundamentar” uma decisão discricionária, aplicar a técnica da interpretação conforme ou da declaração de nulidade sem redução do texto e sem obedecer aos critérios informadores da própria decisão.

Por esse motivo, reforça-se a necessidade de fundamentação das decisões e de respeito à Constituição no momento da realização da interpretação e da utilização das técnicas ora discutidas, o que perpassa, como já destacado, pela aplicação desses mecanismos somente nas hipóteses em que eles se mostrarem pertinentes. Caso contrário, passa-se ao terreno movediço do ativismo judicial e de sua arbitrariedade, subjetivismo e discricionariedade.

6 A ADI 6.012/MS:

A Linha Tênu e Entre as Sentenças Interpretativas e o Ativismo Judicial

Até o presente momento buscou-se construir e ratificar o entendimento de que quando se utiliza a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução do texto fora dos limites e hipótese cabíveis, abre-se espaço para o aparecimento do ativismo judicial e da discricionariedade que vem a reboque de forma implícita. Pois bem, partindo dessa premissa, visa-se agora a apresentar um exemplo concreto, recentemente julgado pelo STF, no qual se verificou, notadamente no voto do relator (ora analisado), o desrespeito às balizas hermenêuticas e ao texto constitucional.

O citado caso refere-se ao julgamento da ADI nº 6.012/MS, proposta pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Cíveis (Cobrapol), ante o artigo 167, IV e § 1º, do Decreto 12.118/2006, editado pelo governador de Mato Grosso do Sul. Em apertada síntese, os dispositivos legais questionados fixavam a indenização pelo exercício do magistério policial, entretanto estabeleciam limites indenizatórios máximos distintos com base no cargo da Carreira de Policial Civil ocupado pelo servidor, o que gerava, na prática, hipóteses de diferenciação dos valores pagos aos Delegados de Polícia e aos servidores das demais carreiras policiais, ainda que o número de aulas ministradas fosse o mesmo. Perante esse fato, a autora da ação questionou a validade dos dispositivos legais citados, utilizando como fundamento a suposta violação do artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal (princípio da isonomia).

Conforme será demonstrado, de início já cabe crítica ao voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, pela atecnia formal no momento da decisão, tendo em vista que foi conferida ao dispositivo impugnado “interpretação conforme a Constituição sem redução de texto”, o que demonstra – como já fora explicitado – a confusão que ainda persiste no seio do Supremo Tribunal Federal acerca dos conceitos e das hipóteses de cabimento de cada um dos citados mecanismo interpretativos.

Ultrapassada essa primeira observação relativa à discussão sobre qual seria o correto instrumento interpretativo (interpretação conforme a Constituição ou declaração de nulidade sem redução do texto),⁸ ou se o caso em tela permitia a aplicação das técnicas em questão, foquemos na hermenêutica do julgamento.

Pois bem. O ministro relator iniciou o seu voto reiterando a importância dada pela Constituição ao “constante aprimoramento profissional no âmbito da Administração Pública”, o que tornava inegável o interesse em contar com instrutores, e justifica o desempenho de atividades de docência dos servidores públicos da força policial. Em seguida, prosseguiu o ministro ressaltando que, embora o artigo 39 da Carta Magna autorize o poder público a fixar subsídios diferentes para cada uma das carreiras, em observância às específicas atribuições e complexidades de cada cargo, ele não pode ser utilizado como argumento por parte do Estado, uma vez que o caso concreto versa acerca de pecúnia indenizatória e não sobre subsídios.

É de se observar, *ab initio* que, na prática, embora sejam institutos diferentes, tanto a indenização quanto o subsídio relacionam-se à remuneração do servidor e o seu recebimento gera o mesmo resultado: a contraprestação financeira pelo serviço prestado. Esse, todavia, não é o cerne principal da decisão, embora a interpretação específica desse artigo seja, em si, fundamento para a postura ativista do ministro.

Isso porque, em verdade, o ponto crítico da decisão é a não observância por parte do julgador do disposto no artigo 37, X, da Constituição Federal, que consagra a impossibilidade de fixação ou alteração de subsídios de servidor público pelo Poder Judiciário, estabelecendo essa competência exclusiva para o Poder Legislativo a partir do seguinte texto: “A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

Nota-se que tal dispositivo possui tanta relevância no ordenamento jurídico que foi fixado pelo próprio Supremo Tribunal Federal a partir da edição da Súmula Vinculante nº 37, que afirma que “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

Ocorre que, a partir do momento em que o ministro relator reitera a cautelar anteriormente concedida em decisão monocrática e confere interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, ao § 1º do artigo 167 do Decreto 12.118/2006 para que o percentual ali previsto passe a incidir sobre a mesma base de cálculo referida no inciso IV (subsídio da classe inicial de Delegado de Polícia), independentemente do cargo ocupado pelo servidor que exerce atividades de ensino na Academia de Polícia, ele altera a remuneração dos servidores públicos, violando verticalmente a regra consagrada na Carta Magna.

Observa-se que o ministro relator sequer cita em seu voto o artigo 37, X, da Constituição Federal, tendo feito, somente, referência à Súmula Vinculante nº 37, para, em seguida, negar a sua aplicação no caso concreto com base no frágil argumento de que de tal atitude não configuraria aumento de vencimentos, mas apenas o estabelecimento de um teto indenizatório pelo exercício do magistério policial, a partir da utilização de uma técnica interpretativa.

Nesse contexto, não restam dúvidas acerca da atitude ativista do ministro Alexandre de Moraes no julgamento da ação em tela. Ora, claro está o fato de que, a partir da aplicação (equivocada, frise-se) de um mecanismo interpretativo, o ministro desrespeitou um limite expresso no texto da Carta Maior. De forma ainda mais aprofundada e, novamente, utilizando-se da lição de Abboud (2019, p. 1.339), que classifica as espécies de ativismo judicial, configura-se o denominado *ativismo contra os limites do texto*, a partir da aplicação de uma interpretação que foge à literalidade e viola o ponto nevrálgico do texto constitucional.

⁸ No caso em tela, em nosso entendimento, não havia espaço para a aplicação de uma técnica interpretativa, mas, sim, para a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado, como fora explicitado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto, notadamente por não haver adição e nem exclusão de sentido da norma, mas somente a verificação que, por estar eivada de vício formal de competência, não merecia permanecer no ordenamento jurídico.

Há ainda outro aspecto que corrobora o ativismo decisório do ministro relator – e de mais nove integrantes do STF que seguiram o seu posicionamento –, qual seja, o fato de que, para além da regra Constitucional e do entendimento sumulado pelo próprio Tribunal, existem também decisões proferidas pela Corte que consagram a impossibilidade de modificação de remuneração do servidor público por poder que não seja o Legislativo,^{9 10} o que demonstra a ausência de integridade e coerência nas tomadas de decisão, outro fator caracterizador do ativismo judicial.

Vê-se, de maneira cristalina, que no exemplo discutido o julgador utilizou-se da sentença interpretativa (inobstante a falta de técnica no momento da aplicação) para firmar a postura ativista, tão danosa ao sistema democrático.

Em contrapartida, destaca-se o caminho diverso que foi seguido, única e – a nosso ver – corretamente, pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI ora debatida. Em primeiro lugar, o citado julgador estabeleceu, com espeque nos artigos 37, X e 169 § 1º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade de lei para fixação da remuneração de servidor público, reforçando a tese de que apenas o Poder Legislativo é competente para estabelecer tal determinação, conforme se extrai do trecho a seguir assinalado.

Assim, a disciplina jurídica da remuneração funcional deve observância ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal, sendo vedada a concessão de qualquer benefício remuneratório por ato estatal de menor positividade jurídica, estranha à atuação institucional do Poder Legislativo, na apreciação de norma proposta pela autoridade competente.

Destarte, partindo dessa premissa que limita o exercício dos Poderes Executivo e Judiciário, não restou alternativa ao ministro Gilmar Mendes senão declarar a inconstitucionalidade da lei, uma vez que a parcela remuneratória foi fixada pelo Poder Executivo de Estado do Mato Grosso do Sul, por meio de Decreto, o que fere a reserva legal de iniciativa do Poder Legislativo. Ademais, ressalta-se que o voto em questão não seguiu o entendimento do relator e dos demais pares, porque também não é competência do Poder Judiciário estabelecer ou alterar a remuneração do servidor público, inclusive utilizando-se, para isso, de técnica interpretativa. Do mesmo modo, caso o voto dissidente ratificasse a interpretação utilizada pela maioria da Corte, incorreria, da mesma forma, em ativismo judicial. Diante disso, há de se louvar, nesse caso específico, o voto minoritário proferido, uma vez que obedeceu aos limites do texto constitucional, notadamente no que se refere à observância das barreiras previstas para o exercício do Poder Judiciário.

Ante o quadro exposto, verifica-se como é possível o Poder Judiciário utilizar equivocadamente a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto como fundamento instrumental da postura ativista, assumindo, em muitos casos, a função de legislador, ultrapassando os limites impostos pela Constituição a partir da subjetividade e da discricionariedade típicas do ativismo judicial e deslegitimando o Estado Democrático de Direito, no momento em que reforça a interferência inapropriada de um poder sobre os demais.

É importante ressaltar que a utilização das sentenças interpretativas no controle de constitucionalidade é legítima, até mesmo como instrumentos de concessão de um sentido hermenêutico constitucional ao dispositivo legal que seja condizente com o texto maior. A questão que se arvora, entretanto, diz respeito à análise do sentido da norma e, por conseguinte, da aplicação dessas técnicas interpretativas. É nesse momento que se verifica como é tênue a linha que separa a utilização dos mecanismos interpretativos da exacerbação de sentido da decisão e do consequente ativismo judicial.

Diante de todo exposto, percebe-se que não se pode ignorar nem a Carta Magna e tampouco os limites hermenêuticos no momento de se analisar uma norma infraconstitucional e, especialmente, de se utilizar dos recursos interpretativos previstos em Lei.

⁹ STF. ADI 3.369-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Dje 18.2.2005.

¹⁰ ADI 2075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Dj 27.6.2003.

7 CONCLUSÃO

O presente texto destacou que o protagonismo do Poder Judiciário dentro do ordenamento jurídico, aliado ao desenvolvimento dos conceitos do direito e da hermenêutica, ampliou a perspectiva decisória na jurisdição constitucional a partir da consagração de métodos interpretativos. Destarte, desde a valorização de novas alternativas interpretativas ganhou destaque a natureza criativa do Poder Judiciário, em favor das tutelas buscadas pela sociedade. Daí foram difundidas no Brasil as sentenças interpretativas, consagradas como importante mecanismo de auxílio no contexto de transformação da jurisdição constitucional.

Essa confluência de fatores fortaleceu o ativismo judicial que ocorre sempre que o Judiciário atua como legislador positivo, ignorando as balizas presentes no texto constitucional e as possibilidades hermenêuticas do caso concreto. Perante isso, multiplicam-se, no Supremo Tribunal Federal, órgão protetor da Constituição, decisões desarrazoadas e discricionárias, seja pela utilização das sentenças interpretativas em hipóteses incabíveis, seja pela afronta ao texto da Carta Magna, ou, ainda, pela aplicação das técnicas citadas como fundamento prático das decisões subjetivas.

É exatamente essa questão fundamental que o artigo buscou tratar: a tênue linha que separa o exercício regular das funções do STF a partir da utilização das sentenças interpretativas e da prática do ativismo judicial. Nesse sentido, demonstrou-se que não há natureza “boa” ou “ruim” no ativismo, mas, sim, um exercício do poder constitucionalmente outorgado de maneira disforme e subjetiva.

Assim sendo, ficou clara a necessidade de se reforçar esse complexo debate relativo à jurisdição constitucional, hermenêutica jurídica, função jurisdicional e Constituição. Isso porque, ainda que o mecanismo interpretativo sirva para harmonizar a vontade do legislador às mudanças fáticas ocorridas no seio da sociedade, deve ser aplicado respeitando, em instância última, o texto da Constituição, bem como os limites hermenêuticos implícitos no próprio processo interpretativo.

Em suma, considerando que o banimento ou estabelecimento de qualquer sentido normativo do texto, por parte dos tribunais, quase sempre ocasiona a mudança, ainda que mínima, do sentido original estabelecido pelo legislador,¹¹ é – mais do que prudente – necessário obedecer às balizas hermenêuticas e constitucionais no momento da realização da interpretação de normas infraconstitucionais. É esse o caminho para a consolidação do equilíbrio e da autonomia entre os poderes, assim como da força normativa da Constituição, características típicas do Estado Democrático de Direito.

8 REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815*. Relatora: ministra Carmen Lúcia. DJ 1º/2/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*: ADI nº 6012/MS. Relator: ministro Alexandre de Moraes. DJ: 15/10/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5540967>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Rev. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.171-2.228, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. México: Trotta, 2009. p. 49-73.
- KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). Tradução Jean François Cleaver. *Revista Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 90-130, 2003.
- MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, os conteúdos e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

¹¹ Nesse sentido é o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF nº 132, que se encontra disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

- MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PANSIERI, Flávio. Carl Schmitt e o debate sobre o guardião da Constituição. In: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; ROBL FILHO, Ilton Norberto (org.). *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Itajaí: Editora da Univali, 2016. p. 41-59.
- RIBEIRO, Júlio de Melo. Controle de constitucionalidade das leis e decisões interpretativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 191, jul./set. 2011.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Geziela. Os poderes paralegislativos e paraconstitucionais da jurisdição constitucional: técnicas de decisão dos órgãos da jurisdição constitucional na contemporaneidade e a produção normativa estatal. In: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; ROBL FILHO, Ilton Norberto (org.). *Jurisdição constitucional e democracia*. 1. ed. Itajaí: Editora da Univali, 2016. p. 165-190.
- SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. *Revista de Informação Legislativa*, v. 199, p. 163-178, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan. 2006. ISSN 2317-6172.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica jurídica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 51-61, 2015.
- TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos, 2012. Disponível em <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.
- TASSINARI, Clarissa. *A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6403>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 28, p. 31-46, 2013.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: Apontamentos Comparativos Sobre a Judicialização das Políticas Penitenciárias Brasileira e Colombiana

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.273-287>

Recebido em: 8/3/2020

Modificações solicitadas em: 26/6/2020

Aceito em: 28/7/2020

Edith Maria Barbosa Ramos

Pós-Doutorado em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz/Brasília/DF. Doutorado em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (Nedisa/Ufma). Professora, pesquisadora e coordenadora do Mestrado Profissional em Direito da Universidade do Ceuma. Membro Convidado da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário. Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito do Conselho Seccional da OAB/MA. <http://lattes.cnpq.br/7085054421011701>. <https://orcid.org/0000-0001-6064-1879>. edithramosadv@yahoo.com.br

Pedro Trovão do Rosário

Doutorado em Direito (Direito Constitucional e Político). Orientador de Teses de Doutorado e de Dissertações de Mestrado, tendo participado como membro (presidente, arguente ou vogal) em diversos júris de Mestrado e de Doutorado em Direito em Universidades Europeias. Diretor do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa e vice-presidente da Fundación Universitaria Internacional, com sede em Madrid. Doutor Honoris Causa pela Universidade Latino Americana e do Caribe (Ulaç), com sede em Caracas (Venezuela). Membro Internacional da Comissão de Direito à Educação na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro e membro Emérito da Comissão de Estudos de Direito Comparado da Ordem dos Advogados do Brasil (Rio de Janeiro – 57ª subsecção). Investigador registrado na Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT). <http://lattes.cnpq.br/9012033088047689>. <https://orcid.org/0000-0002-2891-4053>. edithramosadv@yahoo.com.br

Adriana Sousa Lima

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (Direito, Ufma). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. <http://lattes.cnpq.br/7462585095090426e>. <https://orcid.org/0000-0003-4076-5473>. adrisoulima@gmail.com

RESUMO

O presente artigo analisou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) a partir da teorização da judicialização da política e do ativismo judicial, com enfoque no cotejo da aplicação do ECI, em matéria prisional, pelos sistemas judiciários brasileiro e colombiano. A investigação pautou-se no método dedutivo, com utilização de pesquisa teórica (bibliográfica) e jurisprudencial comparativa (*Sentencia T-153/98*, *Sentencia T-388/13* e *Sentencia T-762/15* da Corte Constitucional da Colômbia e ADPF 347/DF-MC do Supremo Tribunal Federal), com ênfase na estratégia da análise de conteúdo desses julgados. Constatou-se que o ECI é uma forma de ativismo judicial estrutural, cujo pioneirismo da Corte colombiana constitui-se marco judiciário importante para o diálogo transconstitucional, visando à proteção de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Judicialização da política. Ativismo judicial. Estado de Coisas Inconstitucional. Sistema penitenciário. Direito Constitucional Comparado.

THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS: COMPARATIVE NOTES ON THE JUDICIALIZATION OF BRAZILIAN AND COLOMBIAN PRISON POLICIES

ABSTRACT

This article analyzed the Unconstitutional State of Things (ECI), based on the theorization of the judicialization of politics and judicial activism, focusing on the comparison of the application of the ECI, in prison matters, by the Brazilian and Colombian judicial systems. The investigation focused on the deductive method, using theoretical (bibliographic) and comparative jurisprudential research (*Sentencia T-153/98*, *Sentencia T-388/13* and *Sentencia T-762/15* of the Constitutional Court of Colombia and ADPF 347/DF-MC of the Supreme Court), with emphasis on the strategy of content analysis of these judges. It was found that the ECI is a form of structural judicial activism, whose pioneering role of the Colombian Court is an important judicial framework for the transconstitutional dialogue aimed at the protection of fundamental rights.

Keywords: Judicialization of politics. Judicial activism. Unconstitutional State of Things. Penitentiary system. Comparative Constitutional Law.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Judicialização da política e ativismo judicial. 2.1 Considerações Preliminares. 2.2 Perspectiva histórica. 3 Estado de coisas inconstitucional. 3.1 ECI e Sistema Prisional: Colômbia e Brasil em perspectiva. 3.1.1 A experiência colombiana. 3.1.2 A experiência brasileira. 4 Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objeto central do presente estudo, o chamado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), já causa alvoroço e curiosidade apenas pela sua designação. Nessa perspectiva, suas características essenciais, atreladas à violação coletiva e generalizada de direitos fundamentais e às falhas estruturais decorrentes da omissão de poderes estatais, são questões que já denotam a grandiosidade e a complexidade desse instituto jurídico. Não fosse o bastante, a delimitação temática incidirá na aplicação do ECI em matéria prisional, outra questão essencialmente delicada e grandiosa.

Assim, objetivou o presente artigo analisar a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, instituto de origem colombiana, com recorte temático incidente no sistema prisional, e metodologia jurisprudencial comparativa a partir dos julgados da Corte Constitucional da Colômbia (*Sentencia T-153/98*, *Sentencia T-388/13* e *Sentencia T-762/15*) e do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347/DF-MC) proferidos sobre esse objeto específico.

Em razão disso, na presente investigação foram analisados documentos oficiais e textos normativos expedidos por organismos nacionais e internacionais que tratam da temática da judicialização da política. O conjunto de documentos e textos normativos coletados contemplou tratados, constituições, declarações, legislações e normas infralegais. Foram, assim, considerados válidos os documentos e textos normativos que permitiram o levantamento de informações no campo das dimensões indicadas na configuração do objeto pesquisado.

Procedeu-se uma análise histórica e conceitual da ideia de Estado de Coisas Inconstitucional e da construção da concepção de ativismo judicial na Colômbia e no Brasil, objetivando compreender os determinantes que propiciaram sua constituição bem como a atualização do seu processo de configuração. Este texto concentra-se, portanto, em uma oportunidade, do ponto de vista científico, para aquele que pretende discutir a temática do estado de coisas inconstitucional no interior dos sistemas constitucionais colombiano e brasileiro. Tal oportunidade justificou o esforço científico aqui materializado no percurso metodológico necessário para pôr em questão o seguinte pressuposto: sem a efetiva concretização dos direitos fundamentais e sem a superação do elevado grau de desigualdades na consecução do direito, consagrados constitucionalmente, a confecção da Norma Fundamental para um estado democrático de direito representa somente retórica, apenas uma folha de papel.

A presente pesquisa utilizou o método dedutivo, com a apropriação histórica de conceitos como judicialização da política, ativismo judicial e estado de coisas inconstitucional. Para o levantamento de informações, os principais procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais (MARCONI; LAKATOS, 2007).

Foram selecionados livros, artigos e documentos normativos, tendo como descritor de buscas os termos: Judicialização da política; Ativismo judicial; Estado de Coisas Inconstitucional; Sistema penitenciário; Direito Constitucional Comparado. Revisaram-se artigos publicados em revistas científicas, estratificadas no sistema *Qualis* brasileiro, bem como artigos constante na base de dados Bireme, por meio dos serviços da *Medline*, *Scielo* e *Lilacs*. Destaque-se que se procurou superar posturas metodológicas rígidas, demarcando a análise em diversas variáveis contextuais, quais sejam, jurisdicional, econômica e política, a fim de que se evitasse considerações maniqueístas e sem objetivação científica e se conseguisse empreender uma investigação socialmente situada.

Um estudo que versa sobre a atuação de Cortes Constitucionais exigiu, necessariamente, uma abordagem sobre judicialização da política e ativismo judicial, feitas no segundo capítulo, visando a, essencialmente, deslindar tais expressões que tanto geram dúvidas e agitações.

No item 2, *Judicialização da Política e Ativismo Judicial*, ainda sob o viés da judicialização da política e do ativismo judicial, realizou-se um percurso histórico desses subtemas, a fim de fincar uma sólida base teórica rumo à *práxis* da jurisdição constitucional extrema do ECI.

O item 3, apresentado na sequência, trouxe a abordagem do tema central do presente artigo: o Estado de Coisas Inconstitucional, desde a sua origem, abordando conceito e características principais. Em seguida, foram esmiuçadas as experiências colombiana e brasileira, com realce para as razões de decidir dos julgados da CCC (*Sentencia T-153/98*, *Sentencia T-388/13* e *Sentencia T-762/15*) e do STF (ADPF 347/DF-MC), uma vez que denotam a riqueza técnica de detalhes da aplicação prática do instituto do ECI pelas cortes supremas da Colômbia e do Brasil.

Por fim, ressalta-se a importância do presente estudo sobretudo para o ordenamento jurídico pátrio, posto que o caso brasileiro da aplicação do ECI foi decidido apenas em sede de medida cautelar.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Considerações Preliminares

O presente estudo tem como eixo central a análise do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Para alcançar tal desiderato, elege-se como percurso teórico inicial e essencial ao deslinde do tema, a abordagem da judicialização da política e do ativismo judicial.

Nesse compasso, surge como premissa básica uma análise, *a priori* semântica, que engloba a compreensão das expressões “judicialização da política” e “ativismo judicial”. Uma compreensão consubstanciada na distinção desses fenômenos contemporâneos.

Tassinari (2013) adverte que a temática da judicialização da política é uma questão social que perpassa pela interação da tríade Direito, Política e Judiciário, considerando que essa dimensão social deriva originalmente de elementos alheios à jurisdição, quais sejam: amplitude do reconhecimento de direitos e ineficiência do Estado na instituição desses direitos que culminam no aumento da litigiosidade.

Entende-se, portanto, a judicialização da política como um fenômeno social, concepção também apreendida por Alexandre Veronese (2009, p. 257) como “[...] um diagnóstico de transição no relacionamento entre o Poder Judiciário e os outros dois poderes estatais”. Essa expressão “diagnóstico de transição” afigura-se bastante oportuna, uma vez que a judicialização da política deve ser vista como uma visão macro (moldura social), da qual pode exsurgir (ou não) o ativismo judicial.

Assim, a judicialização da política reflete um Judiciário com excesso de litigiosidade e que possui como pressuposto primeiro a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, ou seja, a judicialização da política não extrapola a função típica do Judiciário, funcionando como uma espécie de rearranjo institucional como resposta à vocação expansionista do princípio democrático (SÁ; BONFIM, 2015).

Segundo Hirchl (2009, p. 140), “[...] a judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver”.

Por outro lado, o “ativismo judicial” relaciona-se à postura/atuação do Judiciário, que extrapola os limites constitucionais (TASSINARI, 2013).

Nesse contexto, o “ativismo judicial” (expressão carregada de valorações e complexidades práticas e teóricas), ao contrário da judicialização da política, envolve uma postura deliberada do poder judiciário (SÁ; BONFIM, 2015).

O ideal ativista vincula-se, portanto, a uma atitude mais ampla e intensa do Judiciário, com maior interferência nos espaços próprios do Executivo e do Legislativo, que, em muitas vezes, nem há substituição, mas, sim, ocupação de espaços vazios, visando à concretização dos valores e fins constitucionais; ou, mais precisamente, ao preenchimento de lacunas legislativas e lacunas de ações do executivo (CORDEIRO; CREMONEZI; NUNES JUNIOR, 2018).

Uma vez estabelecida a diferenciação e a consequente compreensão da judicialização da política e do ativismo judicial, resta o seguinte questionamento a partir do eixo central deste estudo: O ECI decorre de alguma dessas categorias?

Tal resposta exige um aprofundamento teórico sobre o instituto do ECI, o que será feito no item seguinte. Visando, todavia, a apenas situar o ECI dentre as categorias ora em análise, afirma-se, de pronto, que se trata de “[...] exemplo destacado de ativismo judicial” (CAMPOS, 2019, p. 227).

2.2 Perspectiva Histórica

Em continuidade ao percurso preliminar teórico, vê-se necessária a abordagem da perspectiva histórica desses institutos basilares ao presente estudo (judicialização da política e ativismo judicial).

Seja pela via da judicialização da política ou do ativismo judicial, a origem teórica é norte-americana; então:

[...] este movimento de intensificação da atividade judiciária, que contemporaneamente se vislumbra numa perspectiva global, já foi vivenciado pelos Estados Unidos, que, em razão disso, desde a instituição do controle de constitucionalidade (judicial review) em 1803, produziu um numeroso acervo literário problematizando as atribuições, limites e competências do Poder Judiciário (TASSINARI, 2013, p. 589).

Nesse contexto, cumpre registrar a origem norte-americana na utilização da expressão *ativismo judicial* em 1947, em publicação jornalística na *Fortune Magazine* de autoria do historiador Arthur Schlesinger Jr. (TASSINARI, 2013).

Já o conceito original de judicialização foi firmado na teoria política por Tate e Vallinder (1995 *apud* VERONESE, 2009), cuja formulação expressa um processo político que atingiria as democracias contemporâneas em geral, sendo referido conceito amplamente absorvido na teoria social da América Latina (VERONESE, 2009).

É oportuna a análise descritiva do supracitado marco teórico conceitual, feita por Tassinari (2013, p. 582):

[...] No ano de 1995, dois cientistas políticos, Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder, publicaram um livro para tratar da atuação do Poder Judiciário. Contando com a participação de autores de diversas tradições, a proposta era justamente aprofundar o debate sobre o tema, problematizando o movimento das intervenções judiciais na direção do que se reconheceria por todos como exemplo americano de jurisdição. Como não poderia ser diferente, portanto, o título atribuído à obra foi: “The Global Expansion of Judicial Power” (“A Expansão Global do Poder Judiciário”).

Tassinari (2013), ao abordar a questão da contemporaneidade da judicialização da política, revela que o pós Segunda Guerra Mundial trouxe um incremento na dogmática constitucional com a positivação de novos direitos, coadunada a uma nova forma de compreensão de concretização dessas garantias.

Do mesmo modo, esse protagonismo judicial, segundo Uprimny Yepes (2007), generalizou-se em muitos países, tantos os desenvolvidos quanto os do Terceiro Mundo.

Acrescentam Vieira, Lacombe e Legale (2016, p. 203) que, “[...] a partir de meados dos anos 1980, os tribunais constitucionais adquiriram um papel de protagonismo especialmente nos países do Leste Europeu, assim como em outros que vivenciaram um processo de transição democrática”.

Veronese (2009), partindo também do consenso de ampliação da relevância do papel dos tribunais e de que esse papel gera tensão entre o direito e a política, revela a necessidade de compreensão do significado local atribuído aos textos constitucionais na América Latina em relação ao contexto global. Ao apreciar o quadro latino-americano, o referido autor conclui pela expansão do poder judicial nas democracias recentes como uma característica generalizada (excetuado o caso específico do Chile), com expressividade ampla justamente nos casos colombiano e brasileiro, países objeto do estudo, comparado a que se destina o presente artigo.

Arantes (2007), ao analisar as especificidades do Judiciário como instituição judicial e política, revela que as grandes transformações pelas quais passou o mundo ocidental nos séculos 18 e 19 tiveram forte impacto sobre as funções da Justiça e a organização do Judiciário. Nesse viés, destaca que a derrubada dos regimes absolutistas e a fundação dos Estados liberais na Europa e nos Estados Unidos, marcaram uma profunda transformação no papel do Judiciário.

Com efeito, das experiências constituintes paradigmáticas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1789) eclodiram dois modelos constitucionais distintos que influenciaram o curso histórico de diversos países (ARANTES, 2007).

Nesse contexto, sobrealça enfatizar uma espécie de premissa normativa constante nos países estudados no presente artigo: os processos constituintes vivenciados pelo Brasil (1988) e pela Colômbia (1991) não só possibilitaram, como continuam a influenciar, o ativismo judicial perpetrados tanto no Supremo Tribunal Federal (STF) quanto na Corte Constitucional da Colômbia (CCC) (VIEIRA; LACOMBE; LEGALE, 2016).

Ressalta Campos (2019) que o cenário político-institucional na América Latina, oriundo do movimento iniciado no fim dos anos 80 e início dos anos 90, de reformas constitucionais de restabelecimento ou fortalecimento da democracia (das quais decorreram constituições com extenso rol de direitos fundamentais e

sociais), foi solo fértil para o avanço da judicialização da política e do ativismo judicial, sendo a Corte Constitucional da Colômbia (CCC) “[...] considerada paradigma do ativismo judicial na América Latina e uma das mais ativistas do mundo” (CAMPOS, 2019, p. 105).

Sobre a destacada atuação da Corte colombiana, vale ressaltar:

La Corte Constitucional colombiana es reconocida como pionera en la promoción y formulación jurisdiccional de los cánones neoconstitucionalistas en el mundo. Doctrinas como la del bloque de constitucionalidad de ese tribunal han sido verdaderamente revolucionarias, pues dejaron atrás nociones básicas del Derecho y de la teoría del Estado modernas para avanzar en las garantías del Estado Social. El ECI, sin duda, abrió una perspectiva nueva para la doctrina de la protección de los derechos fundamentales del neoconstitucionalismo a través de las acciones de amparo (PÁEZ, 2012, p. 245).

Como vanguardista do ativismo judicial, a Colômbia, por meio de sua Corte Constitucional, revelou ao mundo o mecanismo jurídico intitulado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), sobre o qual nos debruçaremos a seguir.

3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Antes de adentrarmos ao significado/conceito do ECI, consideramos essencial a compreensão do porquê, isto é, o fundamento do surgimento dessa manifestação jurídica denominada ECI.

Como apontado anteriormente, a América-Latina vivenciou intensos movimentos democráticos que culminaram em novos textos constitucionais com amplo catálogo de direitos fundamentais. Ocorre que os Estados falham na instituição desses direitos, seja por lacunas legislativas ou omissão do Poder Executivo. Nesse contexto, a referida omissão estatal pode ser de tal monta que implique em violação massiva e contínua de direitos fundamentais, cuja demanda é encaminhada ao Poder Judiciário que, em resposta, expede ordens estruturais aos demais Poderes para que seja superada essa realidade inconstitucional. De modo prático e sucinto, esse é o cenário do qual surge a medida jurídica extrema do ECI.

Ainda nessa trilha de fundamentação do ECI, é necessário citar o enfoque filosófico, apontado por Campos (2019, p. 164), a partir da “[...] teoria da justiça de John Rawls, mais precisamente em sua noção de mínimo social (*social minimum*)”:

[...] denegar quaisquer condições sociais mínimas aos mais desafortunados implica recusar-lhes a possibilidade de desenvolverem poderes morais, o que significa violar elementos constitucionais essenciais (constitucional essencial). Condições sociais mínimas são, para Rawls, indispensáveis para que os indivíduos se vejam como capazes de exercer liberdades e direitos básicos.

(...)

A proposta rawlsiana serve para justificar o papel da Corte Constitucional colombiana do mínimo existencial violado nos casos de ECI (CAMPOS, 2019, p. 164).

Superados os fundamentos, chega-se na definição. O ECI, em suma, é uma medida extrema que visa a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais ante a omissão estatal que implica violação massiva e contínua desses direitos (CAMPOS, 2019).

Como desdobramento desse conceito, Campos (2019) elenca quatro pressupostos para a declaração do ECI: 1) quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas; 2) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais que culminam em falhas estruturais; 3) medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades e falhas estruturais; e, 4) potencialidade de número elevado de outros afetados ajuizarem novas demandas judiciais, o que significa tratar a questão como litígio estrutural, cujas medidas alcançam ampla população de afetados.

O ECI trata-se de construção jurisprudencial oriunda da Corte Constitucional da Colômbia, consubstanciada na *Sentencia de Unificación* (SU) nº 559, de 6/11/1997, que versou sobre o caso relativo à omissão de dois municípios (*Maria La Baja* e *Zambrano*) em pagar direitos previdenciários e de saúde de 45 professores

municipais. Em sede de tutela, além de reconhecer os direitos subjetivos dos professores demandantes, a CCC vislumbrou a violação dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, considerando que 80% dos professores municipais encontravam-se na mesma situação (CAMPOS, 2019).

Assim, a Corte colombiana foi além (ativismo judicial) e, “[...] cumprindo o que afirmou ser um ‘dever de colaboração’ com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo” (CAMPOS, 2019, p. 130). É o que o referido autor ressalta como “dimensão objetiva da sentença”, realizada a partir de uma situação fática complexa que culmina num contexto amplo e estrutural de causas e efeitos, onde a Corte Constitucional atua para defender não um direito fundamental individual, mas o próprio sistema de direitos fundamentais, preservando não um dispositivo constitucional específico, mas, sim, a Constituição em sua totalidade (CAMPOS, 2019).

A visão de Páez (2012, p. 244) sobre o ECI também se afigura oportuna:

La doctrina del ECI se instituyó como una solución que adopta el juez constitucional ante la constatación de que las causas de una desprotección generalizada de derechos fundamentales obedece a causas estructurales del Estado, frente a lo cual dicta órdenes a las autoridades administrativas tendientes a dar remedio a la situación inconstitucional y que obedecerán al entendimiento que el tribunal tenga sobre las fallidas o inexistentes políticas públicas que debería aplicarse para garantizar los derechos fundamentales violados.

Como já apontado anteriormente, o ECI insere-se no já explicitado ativismo judicial. Com efeito, a declaração do ECI efetiva-se em meio a um cenário de falhas e bloqueios estruturais que, inevitavelmente, conduzem à conclusão de incapacidade dos demais poderes políticos de resolução da violação massiva de direitos fundamentais (CAMPOS, 2019).

Campos (2019) adere a uma proposta de categorização do ativismo judicial em cinco dimensões: dimensão metodológica, dimensão processual, dimensão estrutural ou horizontal, dimensão de direitos e dimensão antidialógica, para, então, concluir que “[...] a declaração do ECI e os remédios estruturais que a seguem caracterizam o ativismo judicial de dimensão predominantemente estrutural” (CAMPOS, 2019, p. 253).

Assim, o ECI correlaciona-se à figura do litígio estrutural ou processo estrutural (*structural suit*) caracterizado pelo alcance ampliado de pessoas (além das entidades e instituições envolvidas), bem como pela rede complexa de ordens de execução dirigidas às entidades governamentais em mau funcionamento (CAMPOS, 2019).

No contexto das demandas estruturais, é oportuno registrar sua origem estadunidense ocorrida “[...] a partir de julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* em 1954, célebre caso que decidiu sobre a segregação racial no sistema de ensino no sul dos Estados Unidos” (DANTAS, 2017, p. 156).

Já a feição contemporânea desse modelo de ativismo judicial estrutural tem sido observada “[...] em países como África do Sul, Índia, Argentina e Colômbia, onde as Cortes Constitucionais têm vislumbrado a necessidade de adoção de uma nova postura procedimental a fim de dar efetividade a direitos fundamentais de segunda dimensão” (KOZICKI; VAN DER BROOKE, 2018, p. 158).

Visando a firmar um posicionamento a respeito do ECI, ratifica-se o posicionamento de Santos e Pereira (2016, p. 255-256), a saber:

O Estado de Coisas Inconstitucional não pressupõe a anulação da capacidade institucional dos Poderes Executivo e Legislativo; tampouco ofende o espaço legítimo de deliberação democrática. Sua própria sistemática de solução de litígios estruturais aponta para a adoção de técnicas decisórias mais flexíveis, baseadas no diálogo e na cooperação entre os diversos poderes estatais. Parte, sobretudo, de um contexto muito maior de releitura do princípio da separação dos Poderes que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, abandona muito de seu conteúdo mais clássico e absoluto.

Doravante, adentraremos no objetivo específico do presente estudo, qual seja, a análise do ECI nos sistemas de justiça colombiano e brasileiro, com recorte temático relativo ao sistema prisional.

3.1 ECI e Sistema Prisional: Colômbia e Brasil em perspectiva

A questão carcerária é repleta de entraves e deficiências, sendo um dos grandes desafios dos governos ao redor do mundo.

A partir de dados coletados no sítio *The Word Prison Brief*, um banco de dados *on-line* que fornece acesso gratuito a informações sobre sistemas prisionais mundiais, compilamos as seguintes informações visando à análise comparativa dos sistemas prisionais do Brasil e da Colômbia.

Tabela 1 – Sistemas Prisionais brasileiro e colombiano

	BRASIL	COLÔMBIA
População prisional total (incluindo detentos pré-julgamento/prisioneiros de prisão)	755 274 em dezembro de 2019 (administração penitenciária nacional)	109 034 30.6.2020 (administração penitenciária nacional)
Taxa populacional prisional (por 100.000 habitantes nacionais)	357 com base em uma população nacional estimada de 211,8 milhões em dezembro de 2019 (dados das Nações Unidas)	217 com base em uma população nacional estimada de 50,22 milhões no final de junho de 2020 (dados das Nações Unidas)
Capacidade oficial do sistema prisional	442 349 (Dezembro de 2019)	80 928 (30.6.2020)
Nível de ocupação (com base na capacidade oficial)	170.7% (Dezembro de 2019)	134.7% (30.6.2020)

Fonte: Elaborado pelas autoras com base no *Word Prison Brief* (ICPR, 2020).

Mesmo com o atraso de atualização dos dados entre os países ora em análise, conclui-se que a situação carcerária no Brasil é mais grave quando comparada à situação da Colômbia.

Ainda com base neste banco de dados (*The Word Prison Brief*) e utilizando o refinamento *Highest do Lowest – Prison Population Total*, verifica-se que no *ranking* dos 13 países da América do Sul, o Brasil e a Colômbia inserem-se no topo dessa lista como 1º e 2º lugares, respectivamente. No âmbito geral internacional da população prisional, o Brasil encontra-se em 3º lugar (755.274), antecedido apenas pela China (1.710.000) e pelos EUA (2.121.600), estando a Colômbia em 15º lugar nesse *ranking* mundial com 109.034 de total da população prisional.

Campos (2019) destaca que entre os diversos setores sociais brasileiros passíveis de violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais, o sistema carcerário talvez se enquadre como o cenário que produz o maior grau dessa violação.

A seguir, veremos o enfrentamento da questão prisional pelo Judiciário a partir do Estado de Coisas Inconstitucional.

3.1.1 A Experiência Colombiana

A Corte Constitucional da Colômbia (CCC) já promoveu três declarações de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) relativas ao sistema prisional,¹ quais sejam: 1) em 1998 (*Sentencia T-153/98*); 2) em 2013 (*Sentencia T-388/13*); e 3) em 2015 (*Sentencia T-762/15*).

Visando à compreensão prática do ECI, serão registradas as ideias centrais desses julgados mediante exposição de suas estruturas, e, a partir de cada item, alguns trechos descritivos ou argumentativos que se considera mais relevante:

¹ “1. En tres oportunidades la Corte Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional (en adelante ECI) en materia penitenciaria y carcelaria. La primera providencia sobre la materia fue la *Sentencia T-153 de 1998*. Con posterioridad, esta Corporación constató avances significativos sobre las causas que sustentaron la mencionada declaratoria, de modo que estableció que la situación fue superada. Sin embargo, ante la persistencia de la violación masiva y generalizada de los derechos de las personas privadas de la libertad y la necesidad de actuaciones estatales complejas que comprometen a varias instituciones, la Sala Primera de Revisión, a través de la *Sentencia T-388 de 2013*, declaró nuevamente la existencia de un ECI.

El 16 de diciembre de 2015, la Sala Quinta de Revisión de la Corte profirió la *Sentencia T-762 de 2015* en la que reiteró el ECI declarado en 2013, bajo la premisa de que la política criminal colombiana ha sido reactiva, populista, incoherente y subordinada a la política de seguridad, situación que ha engendrado la vulneración masiva, sistemática y generalizada de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.” (COLÔMBIA, 2015).

- Sentencia T-153/98

Referência: registros acumulados T-137.001 e 143.950

Atores: Manuel José Duque Arcila, Jhon Jairo Hernández e outros.

Tema: Situação inconstitucional nos centros de detenção do país

JULGAMENTO

Nos processos de tutela, números T-137001 e T-143950, promovidos por Manuel José Duque Arcila e Jhon Jairo Hernández e outros, respectivamente, contra o Ministério da Justiça e Direito e o Instituto Nacional Penitenciário e Prisional – INPEC.

ANTECEDENTES

Processo T-137001

(...)

Processo T-143950

(...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O problema jurídico

2. O objetivo é determinar se as condições em que se encontram os internos dos Presídios Nacionais Modelo de Bogotá e Bellavista em Medellín constituem uma violação dos direitos fundamentais dos internos e, em caso afirmativo, se a ação de proteção é adequada para exigir o remédio nas condições indicadas.

Superlotação na Prisão Modelo Nacional em Bogotá e na Prisão do Distrito Bellavista em Medellín

(...)

9. Pelo que foi explicado até agora, pode-se deduzir claramente que as prisões Modelo e Bellavista têm condições impressionantes de superlotação. Mas se o problema fosse reduzido a essas duas prisões, poderia-se pensar em resolvê-lo com base em alguns pedidos de transferência de presos. Infelizmente, essas duas prisões são simplesmente expoentes extraordinários de uma situação geral, como será visto abaixo.

(...)

A situação geral da superlotação das prisões no país

O fenômeno da superlotação das prisões sob uma perspectiva histórica

Lei 415 de 1997

Algumas causas explicativas da situação de congestionamento nas prisões.

Infra-estrutura prisional

Consequências da superlotação nas prisões

Direitos dos reclusos

A notória existência de uma situação inconstitucional no sistema penitenciário

(...)

51. A racionalidade constitucional é diferente da maioria. Os direitos fundamentais são precisamente uma limitação ao princípio da maioria, com o objetivo de garantir os direitos das minorias e dos indivíduos. O juiz constitucional é obrigado a assumir a voz de minorias esquecidas, ou seja, daqueles grupos que dificilmente têm acesso a organizações políticas. Por esse motivo, o Tribunal Constitucional é chamado a agir em ocasiões como essa, chamando a atenção para a situação inconstitucional que ocorre no sistema penitenciário colombiano e que exige a adoção de medidas pelos diferentes ramos e órgãos do poder, com o objetivo de resolver o estado de coisas que adverte reinar nas prisões colombianas.

(...)

53. Nos julgamentos SU-559 de 1997 e T-068 de 1998, esta Corporação fez uso da figura inconstitucional da situação, a fim de procurar remediar situações de violação de direitos fundamentais de caráter geral – em tanto que afetam uma multidão de pessoas – e cujas causas são de natureza estrutural – ou seja, geralmente não se originam exclusivamente da autoridade solicitada e, portanto, sua solução exige a ação conjunta de diferentes entidades. Nestas condições, o Tribunal considerou que, uma vez que milhares de pessoas estão na mesma situação e que, se todas viessem à tutela, poderiam congestionar desnecessariamente a administração da justiça,

As prisões colombianas são caracterizadas por superlotação, sérias deficiências nos serviços públicos e de assistência social, império de violência, extorsão e corrupção e falta de oportunidades e meios para a ressocialização dos presos. A razão auxilia a Ouvidoria quando conclui que as prisões se tornaram meros repositórios de pessoas. Esta situação está totalmente de acordo com a definição do estado inconstitucional. E segue-se uma flagrante violação de uma série de direitos fundamentais dos reclusos nos centros penitenciários colombianos, como dignidade, vida e integridade pessoal, direitos à família, saúde, trabalho e presunção de inocência, etc.

(...)

65. Dada a gravidade das omissões atribuíveis a diferentes autoridades públicas, a Corte deve declarar que a situação que ocorre nas penitenciárias colombianas, descrita nesta Sentença, é inconstitucional e exige que as autoridades públicas usem imediatamente seus poderes. leis constitucionais, a fim de remediar esta situação. Para isso, procederá à emissão das respetivas ordens.

DECISÃO

(...) (COLOMBIA, 1998, grifos nosso).

- Sentencia T-388/13

I. ANTECEDENTES

II CONSIDERAÇÕES E FUNDAMENTOS

1. Competência

2. Problemas jurídicos a resolver

3. Decisões e resumo do argumento da sentença

4. A situação do sistema penitenciário encontrado em 1998 não é a mesma do que está passando atualmente, por isso requer uma análise própria e independente

5. Informações sobre a situação do sistema penitenciário e penitenciário colombiano fornecidas e compiladas pela Corte

6. Declaração do Estado de Emergência Penitenciária e Prisional

7. O sistema penitenciário e prisional está novamente em um estado de coisas contrário à Constituição Política (...)

7.2.7 Em suma, o sistema penitenciário e prisional encontra-se novamente em estado de coisas inconstitucionais porque (i) os direitos constitucionais das pessoas privadas de liberdade são violados de forma massiva e generalizada; (ii) as obrigações de respeito, proteção e garantia, derivadas de tais direitos, foram violadas há muito tempo; (iii) o Sistema institucionalizou práticas claramente inconstitucionais em suas operações diárias; (iv) há uma notável ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias urgentemente necessárias; (v) a resolução de problemas estruturais envolve a intervenção de várias entidades, que devem realizar ações complexas e coordenadas; e, por fim, (vi) se todas as pessoas privadas de liberdade que se encontram no mesmo estado de coisas apresentassem ações de proteção (ou outros mecanismos de defesa de seus direitos), como fizeram os demandantes das tutelas acumuladas nessa oportunidade.

(...)

7.4.4.5 A situação das prisões e do sistema penitenciário colombiano é indigna, mesmo pelos padrões do que normalmente era considerado o mínimo dos mínimos.

(...)

8. Toda pessoa que é privada de liberdade, ou pode ser privada de liberdade, tem o direito constitucional de ter uma política criminosa e penitenciária que respeite sua dignidade e esteja orientada a materializar o gozo efetivo de seus direitos; o estado atual da política criminal não conhece os mínimos constitucionais

(...)

8.2 A política penitenciária está em um estado de coisas contrário à ordem constitucional atual

(...)

8.2.2 *Os problemas enfrentados pelo sistema são estruturais.*

(...)

8.2.2.2 Novamente, não é apenas uma questão colombiana. Os problemas estruturais das políticas penitenciárias são um sofrimento global, como o Departamento de Planejamento Nacional apontou em um de seus documentos dedicados ao estudo da questão. A situação na Colômbia é grave, mas como afirmado, de uma

perspectiva comparativa, não é a pior. O Planejamento Nacional descobriu que, quando a Colômbia é comparada com o que está acontecendo em outras latitudes, é evidente que a situação pode ser mais complexa do que atualmente. Isso significa que os níveis de superlotação podem continuar a aumentar e ter impactos ainda maiores na dignidade das pessoas privadas de liberdade. A crise penitenciária colombiana, portanto, é um problema sério que exige atenção urgente e eficaz.

(...)

9. Questões a serem resolvidas, comuns a todos os casos, e as específicas de cada processo e cada prisão

10. Pedidos

11. Conclusão

(...)

A Câmara considera que a situação do sistema prisional apurada em 1998 não é a mesma que está passando atualmente, pelo que necessita de sua própria análise independente. É o que demonstra a informação sobre a situação do sistema penitenciário e penitenciário colombiano, fornecida e compilada pelo Tribunal, que figura como anexo ao presente despacho, com base na qual confirma a existência de uma situação inconstitucional no sistema penitenciário colombiano.

- Sentencia T-762/15

Referência: expedientes acumulados:

(...)

Assunto: Violação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. Desarticulação da política criminal. Situação superlotada nos estabelecimentos penitenciários e prisionais do país. Reiteração do estado inconstitucional das coisas.

JULGAMENTO

I. ANTECEDENTES

A. Processos preliminares no Tribunal Constitucional

B. Apresentação dos casos em estudo

C. Ações na sede da revisão

II CONSIDERAÇÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Competência

Assunto sob revisão e problema jurídico

2. Os demandantes exigiram a intervenção do juiz constitucional para a proteção de seus direitos fundamentais, que consideram violados em consequência das condições de confinamento a que foram submetidos em 16 estabelecimentos penitenciários. Eles solicitam medidas de intervenção basicamente destinadas a melhorar os serviços prestados e reduzir a superpopulação; as reivindicações mais regulares sobre esse último aspecto foram a imposição de restrições à entrada de prisioneiros e a transferência de alguns deles para outras prisões.

Esboço da apresentação e metodologia para resolver

Enquadramento Jurisprudencial: Julgamentos T-153 de 1998 e T-388 de 2013

(...)

10. Com efeito, o **juízo T-153 de 1998**, após realizar uma análise histórica do fenômeno da ocupação prisional no país, identificado como um dos focos de ação contra a superpopulação, entre outros, a adaptação necessária da **infraestrutura física** do sistema penitenciário e prisional da época.

Quase 15 anos depois, a **Sentença T-388 de 2013** reconheceu que os esforços na criação de uma infraestrutura prisional que expandiu a cobertura foram, em grande parte, bem-sucedidos. Por esse motivo, e ao evidenciar que, apesar dos esforços, a crise permaneceu em vigor, nesta decisão, foi dada maior ênfase à necessidade de adaptar a **política criminal** do país aos padrões e estruturas de proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade, uma vez que dessa perspectiva resultados muito mais sustentáveis podem ser alcançados.

Diferença entre o estado de coisas inconstitucional declarado por meio do julgamento T-153 de 1998 e o declarado por meio da decisão T-388 de 2013

11. Como indicado, esses julgamentos abordam um problema comum que, no entanto, possui referências temporais, factuais e estatísticas diferentes em cada um deles. Por esse motivo, a primeira análise realizada pelo acórdão T-388 de 2013 foi diferenciar o ICE declarado em 1998 do que ele próprio deu.

Nova situação contrária à Constituição de 1991, declarada pelo julgamento T-388 de 2013, referente ao sistema penitenciário e prisional do país

O estado inconstitucional das coisas. Reiteração no presente caso

PROBLEMAS ESTRUTURAIIS

PRIMEIRO PROBLEMA: A desarticulação da política criminal e o estado inconstitucional das coisas

SEGUNDO PROBLEMA ESTRUTURAL: Superlotação e outras causas de violação maciça de direitos

TERCEIRO PROBLEMA ESTRUTURAL: Confinamento conjunto de pessoas acusadas e condenadas. Falta de coordenação entre as entidades territoriais e o Ministério da Justiça e Direito.

QUARTO PROBLEMA ESTRUTURAL: Sistema de saúde do setor penitenciário e penitenciário do país.

QUINTO PROBLEMA ESTRUTURAL: As condições de saúde e higiene são indignas na maioria dos estabelecimentos prisionais, e isso constitui um tratamento cruel e desumano promovido pelo Estado.

Análise dos julgamentos revisados

Ordens a adotar:

Ordens gerais

Relatórios Periódicos

Pedidos particulares

Pedidos em cada um dos casos específicos

RESOLVE

PRIMEIRO: LEVANTAR a suspensão dos termos, decretada por ordem de 20 de maio de 2015.

SEGUNDO: REITERAR a existência de um estado de coisas contrário à Constituição Política de 1991, no Sistema Penitenciário e Prisional do país, declarado pelo julgamento **T-388 de 2013**.

TERCEIRO: DECLARAM QUE A Política Criminal da Colômbia tem sido reativa, populista, pouco atenciosa, volátil, incoerente e subordinada à política de segurança. Da mesma forma, que o manejo histórico da Política Penal no país contribuiu para perpetuar a violação maciça dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade e atualmente impede o objetivo ressocializador da punição.

Pedidos versus casos específicos

Ordens gerais

Pedidos particulares

Disposições finais gerais (COLÔMBIA, 2015, grifos nossos).

Ao final dessa compilação, conclui-se: os julgados são extensos e exaustivos, com uma pormenorização de informações e fundamentos próprios de um instrumento igualmente complexo (ECI).

A base de argumentação dos julgados tem, sempre, os seguintes pontos principais em comum: há padrões mínimos que o Estado deve garantir a uma pessoa privada de liberdade (dignidade humana); existência de falhas de natureza estrutural no sistema penitenciário/prisional; e violação constante e sistemática dos direitos fundamentais dos detentos.

Ademais, observa-se que o julgado de 2015 (*Sentencia T-762/15*) é especialmente mais denso e completo que os anteriores, o que julgamos configurar exatamente a evolução e o aprimoramento do instituto jurídico (ECI) pela Corte colombiana.

3.1.2 A experiência brasileira

O pioneirismo da Corte colombiana em matéria de ECI logo ultrapassaria fronteiras e sistemas jurídicos, decorrência lógica do mundo globalizado no qual vivemos. Nesse contexto de entrelaçamento de sistemas jurídicos diversos, visando à resolução de questões constitucionais, em tese, coincidentes, exsurge uma necessidade dialógica.

Extraí-se importantes anotações sobre o denominado “transconstitucionalismo” de Marcelo Neves (2009 *apud* LOPES; FREIRE, 2016, p. 307). Vejamos:

No âmbito dos conflitos envolvendo direitos fundamentais, o transconstitucionalismo apresenta-se especialmente útil, tendo em vista a primazia da proteção da dignidade humana. Para Neves, nesses tipos de questão, a conversação constitucional é indispensável.

(...)

Isto posto, depreende-se que, por meio do transconstitucionalismo, busca-se uma convivência pacífica fomentada a partir de “conversações” e “entrelaçamentos” entre as diferentes ordens jurídicas, dentro de um espírito de pluralidade e aceitação das diferenças que determinam a sociedade contemporânea, de modo a melhor proteger a dignidade humana.

No Brasil, o mecanismo jurídico do ECI foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347/DF-MC), ocorrido em 9/9/2015, cuja decisão foi a seguinte:

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015 (BRASIL, 2015).

Do voto do relator, ministro Marco Aurélio, destacam-se os seguintes trechos que denotam as principais características da aplicação do ECI no ordenamento jurídico pátrio. Vejamos:

O pedido é voltado a obter do Supremo o reconhecimento de o sistema prisional brasileiro caracterizar-se como o denominado “estado de coisas inconstitucional” ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país;

A situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro: O autor aponta violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos decorrentes do quadro revelado no sistema carcerário brasileiro. O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”. A analogia não poderia ser melhor;

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana;

O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro;

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas;

A responsabilidade do Poder Público: A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal;

Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo;

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo;

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”;

Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade;

Trata-se do que a doutrina vem designando de “litígio estrutural”, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas;

O possível papel do Supremo: O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004);

As dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: **o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”**

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando **a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal;**

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas.

Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo (BRASIL, 2015).

É oportuno registrar a movimentação processual datada de 5/9/2019, que aponta manifestação da Procuradoria-Geral da República. Desse parecer da PGR, extrai-se o seguinte trecho, bastante apropriado para trazer a reflexão de que a experiência brasileira, ora narrada, ainda persiste. Vejamos:

Constatado o desrespeito ao mínimo essencial de direitos fundamentais da população carcerária em decorrência de falhas estruturais em políticas públicas, não há espaço para análise de possibilidades orçamentárias. Cabe aos órgãos estatais garantir a eficácia mínima dos direitos fundamentais, em respeito à força normativa da Constituição e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, não há discricionariedade dos Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal, de forma que, na ausência de observância das garantias fundamentais, deve o Judiciário e, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal, garantir o respeito à Constituição

do Brasil. Merecem acolhida, portanto, os pedidos de determinação à União, aos Estados e ao Distrito Federal de elaboração de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e superar o estado de coisas inconstitucional que o assola, nos termos postulados nas alíneas “c” e seguintes da petição inicial (BRASIL, 2019, p. 34).

A assertiva supra demonstra a necessidade de se observar o cumprimento do mínimo existencial da pessoa humana contrapondo ao argumento da reserva do possível ou de limitações orçamentárias do Estado. Neste sentido, deve-se buscar, com inspiração em Bobbio (2004), que os direitos fundamentais sejam um compromisso com a justiça social, abrangendo a questão da distribuição de renda e o enfrentamento às desigualdades econômicas e sociais. Os direitos fundamentais devem incluir como proteção fundamental os grupos vulneráveis, ou seja, as necessidades fundamentais não podem estar condicionadas à caridade, ao resíduo, ao que sobra ou ao que é possível, mas estruturadas em políticas públicas que consolidem e garantam a concretização dos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trouxe algumas reflexões sobre o Estado de Coisas Inconstitucional na perspectiva comparada de aplicação na Colômbia e no Brasil sobre o objeto da política penitenciária.

A partir do estudo realizado, percebeu-se a complexidade da temática principal (ECI), seja porque adentra em assuntos densos, como judicialização da política e ativismo judicial, ou pelo fato de tratar das chamadas demandas estruturais que envolvem a tão delicada violação massiva de direitos fundamentais e o reconhecimento da deficiência/inércia do aparato estatal quanto à instituição de políticas públicas.

Com efeito, o estudo comparativo da jurisdição constitucional de realidades socioeconômicas (latino-americanas) que se assemelham, trouxe também a coincidência da necessidade de enfrentamento das mazelas que assolam o sistema prisional dos países estudados, e que, inclusive, ainda se encontram presentes no contexto atual, sendo o caso carcerário brasileiro ainda mais alarmante.

Do mesmo modo, sobreleva ressaltar a importância que reside no presente estudo, considerando que o caso brasileiro da aplicação do ECI fora decidido apenas em sede de medida cautelar. Assim, a *expertise* colombiana, seja pelo pioneirismo na criação do ECI ou por sua tripla utilização em matéria prisional, narrada no presente artigo, certamente contribui para o aprimoramento do instituto, para o Brasil ou para qualquer outro ordenamento jurídico internacional.

Como se vê, a necessidade de aprofundamento do tema deste artigo é evidente, sendo o presente estudo apenas uma pequena semente lançada no terreno tão fértil da dogmática constitucional contemporânea.

5 REFERÊNCIAS

- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio (org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: F. Konrad Adenauer; São Paulo: Edunesp, 2007. p. 81-115.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 11 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347/DF-MC*. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 9 dez. 2019.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347/DF*. Nº 325/2019 – SFCONST/PGR. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341040733&ext=.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2019.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia SU.559/97*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-153/98*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-388/13*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2013/T-388-13.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-762/15*. Disponível em <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/T-762-15.htm> Acesso em: 12 dez. 2019.

CORDEIRO, Fabiana Aparecida Menegazzo; CREMONEZI, Heloisa; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) instrumentalizado pela Súmula Vinculante, pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e pelo silêncio. *Revista da Faculdade de Direito*, Porto Alegre, RS, n. 38, ago. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73421>. Acesso em: 11 jul. 2020.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, p. 155-176, 8 jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadireitos/article/view/12258>. Acesso em: 11 jul. 2020.

ICPR. Instituto de Pesquisa de Políticas de Crime e Justiça (ICPR). *Institute for Crime & Justice Policy Research/Word Prison Brief*. Disponível em: <https://www.icpr.org.uk> <https://www.prisonstudies.org/>. Acesso em: 11 jul. 2020.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 53, p. 147-181 jul./dez. 2018. Disponível em: <http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

LOPES, Ana Maria D’Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro: análise da decisão judicial da MCADPF nº 347 a partir da teoria do transtucionalismo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 285-312, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/103>. Acesso em: 11 jul. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional em Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidade de la realidade”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n. 1, p. 243-264, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/438068> Acesso em: 12 jul. 2020.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. Especial, p. 169-189, 2015.

SANTOS, Gabriel Faustino; PEREIRA, Camilla Martins Mendes. Em busca de alternativas para a judicialização da saúde: o estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 67-84, jan./jun. 2016.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 52-69, 2007.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. *Escritos (Fundação Casa de Rui Barbosa)*, v. 3, 2009.

VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (coord.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 250 p. *E-book*.

O RECONHECIMENTO DA SOCIOAFETIVIDADE NAS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS: Uma Situação Fática ou Exercício da Autonomia Privada?¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.288-299>

Recebido em: 3/3/2020

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 21/7/2020

Luciane Sobral

Doutoranda e Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Direito Imobiliário Aplicado pela Escola Paulista de Direito. Bolsista Capes/Prosup. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil (Nupeconst) e do Núcleo de Pesquisa Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo Virada de Copérnico). <http://lattes.cnpq.br/4717961476039165>. <http://orcid.org/0000-0001-6863-2053>. lucianesobral.adv@gmail.com

Marco Antonio Lima Berberi

Mestre e doutor em Direito pela UFPR. Professor na Graduação e no PPGD em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo Virada de Copérnico) para o biênio 2018-2020. <http://lattes.cnpq.br/6394664083768370>. <http://orcid.org/0000-0002-5132-6452>. marcoberberi@gmail.com

RESUMO

O presente artigo visa a analisar a necessidade da autonomia privada no reconhecimento da socioafetividade em famílias recompostas. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, estabeleceu-se três hipóteses relacionadas à constituição da família recomposta e a relação entre padrastos, madrastas e enteados, no sentido de verificar a necessidade da manifestação de vontade das partes para o reconhecimento da filiação socioafetiva dentro desse modelo de família. A metodologia utilizada foi a análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Dentre os resultados alcançados, destaca-se a compreensão das famílias recompostas em suas mais diversas formas de existência, bem como da socioafetividade e seus requisitos e, por fim, a eleição de uma das hipóteses como a correta para responder à problemática do presente estudo.

Palavras-chave: Socioafetividade. Famílias recompostas. Autonomia privada.

THE RECOGNITION OF SOCIOAFFECTIVITY IN RECOMPOSED FAMILIES: A FACTUAL SITUATION OR EXERCISE OF PRIVATE AUTONOMY?

ABSTRACT

This article aims to analyze the necessity of private autonomy in the recognition of socialaffectivity in recomposed families. Using the hypothetical-deductive method, three hypotheses have been established related to the constitution of the recomposed families and the relationships between stepparents and their stepchildren in order to verify the need for manifesting the will of the parties for the recognition of socialaffective affiliation within this model of family. The methodology used was doctrinal, legislative and jurisprudence analysis. The most significant results achieved were the understanding of recomposed families in their most diverse forms of existence, as well as the socialaffectivity and its requirements, and finally, the choice of one of the hypotheses as the correct one to answer the problematic of the present study.

Keywords: Socialaffectivity. Recomposed families. Private autonomy.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A socioafetividade e as famílias recompostas. 2.1 O reconhecimento da socioafetividade e os provimentos do CNJ que possibilitaram seu reconhecimento voluntário. 2.2 As famílias recompostas. 3 Os requisitos para o reconhecimento da socioafetividade. 4 Autonomia privada para o reconhecimento da socioafetividade nas famílias recompostas. 5 Considerações finais. 6. Referências.

¹ O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001.

1 INTRODUÇÃO

O tema socioafetividade possui amplo reconhecimento na sociedade atual. O ditado “pai é quem cria”, utilizado antigamente como um incentivo àquele que criava filho gerado por outro, está muito mais consolidado, com menos preconceito e maior abrangência. Isto porque, ainda que de maneira tímida, nos dias atuais há casos em que o pai reside com o filho e a madrasta exerce o papel de mãe, de modo que o referido ditado precisa de adaptação para as novas realidades familiares.

É visível a evolução do conceito de família por meio das várias modalidades de entidades familiares existentes. Dentre elas, merece destaque, neste estudo, a denominada família recomposta, caracterizada pela presença de membros de relacionamentos anteriores, ou seja, cônjuges ou companheiros que, ao se unirem, já têm filhos, trazendo-os para o mesmo lar conjugal e podem ainda decidir por gerar ou adotar filhos em comum.

Ocorre que, na mesma intensidade em que houve mudanças nas formações das famílias, não se pode afirmar que exista um padrão a ser seguido por elas, de modo que cada lar familiar tem determinada forma de conviver e relacionar-se. Em virtude desta diversidade, é necessário analisar a socioafetividade e compreender se a mera convivência entre os membros permitiria o reconhecimento de maternidade ou paternidade socioafetiva; ou se, para que este instituto seja reconhecido, haveria necessidade de manifestação da autonomia de vontade dos indivíduos que se relacionam nesse ambiente familiar.

Neste sentido, pretende-se, inicialmente, abordar a socioafetividade, suas características e requisitos, passando pelas noções de famílias recompostas e de autonomia privada, para, então, responder à problemática estabelecida, utilizando-se o método hipotético-dedutivo e mediante a análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial. O principal objetivo deste escrito é compreender a relação do padrasto e/ou madrasta e seus enteados, a fim de concluir se todas as famílias com essa formação constituem efetivamente filiações socioafetivas independente da vontade dos membros.

2 A SOCIOAFETIVIDADE E AS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

A socioafetividade não é figura recente em nossa sociedade. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, redigidas na apresentação do livro de Christiano Cassetari, “José não era pai biológico de Jesus e no entanto o teve como seu verdadeiro filho” (PEREIRA *apud* CASSETARI, 2015, p. xv²); em outros termos, ainda que não conhecida por este termo, a socioafetividade já existia nos tempos de Cristo, e, segundo o fato histórico lembrado pelo referido autor, o próprio Jesus foi filho socioafetivo de José.

A discussão acerca da necessidade de desvinculação da paternidade da questão biológica é tema de artigo científico de elevada relevância redigido em 1979 e que permanece atual e pertinente, uma vez que este assunto vem sendo objeto de reflexões desde muito antes da definição da nomenclatura “socioafetividade” em nosso ordenamento jurídico:

Qual seria, pois, esse *quid* específico que faz de alguém um pai, independentemente da geração biológica?

Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes como o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância [sic] de amar e servir (VILLELA, 1979).

João Baptista Villela, já no final da década de 70 do século 20, defendia a “desbiologização da paternidade” – que inclusive fora o título de seu artigo –, ou seja, retirar o vínculo da procriação com o reconhecimento da paternidade. Com o passar dos anos esse entendimento evoluiu até chegar-se ao termo socioafetividade.

Para que seja reconhecida a socioafetividade, como o próprio nome faz referência, é imprescindível a existência de laços afetivos.

² A página é citada em algarismos romanos por ser fiel referência à página da obra, uma vez que se trata da apresentação do livro de Christiano Cassetari redigida por Rodrigo da Cunha Pereira.

O sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affecto* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar (PERLINGIERI, 2007, p. 244).

Segundo Ricardo Calderón (2013, p. 240-242), a afetividade passou a ser trabalhada no ordenamento jurídico a partir da Constituição de 1988, ainda que de forma implícita, posto que desde a hermenêutica civil-constitucional passou-se a perceber outro Direito de Família. Um dos exemplos da consolidação do afeto a partir da Constituição Federal é a igualdade entre os filhos, que acabou por elevar o elemento afetividade à relação paterno-filial.

2.1 O Reconhecimento da Socioafetividade e os Provimentos do CNJ que Possibilitaram seu Reconhecimento Voluntário

João Baptista Villela, Guilherme de Oliveira e Luiz Edson Fachin, foram pioneiros no estudo da afetividade no Direito Brasileiro. Com o passar do tempo, o tema ganhou interesse por parte de outros pesquisadores e os casos começaram a ser levados ao Judiciário. Com as decisões tomadas pelos julgadores para resolução de casos envolvendo a afetividade nas relações parentais, a socioafetividade alcançou relevância prática e notoriedade social.

Em 21 de agosto de 2007, o voto da relatora ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 878.941/DF mereceu reflexão, trazendo vários julgados do Superior Tribunal de Justiça – identificando a prevalência de decisões com base no vínculo biológico da filiação –, aos quais a ministra se manifestou contrária, conduzindo sua argumentação no sentido de que a socioafetividade não pode ser ignorada pelo Direito, conforme trecho de seu voto:

Assim como ocorreu na hipótese sub judice, a paternidade sócio-afetiva [sic] pode estar, hoje, presente em milhares de lares brasileiros. O julgador não pode fechar os olhos a esta realidade que se impõe e o direito não deve deixar de lhe atribuir efeitos. [...] Paternidade sócio-afetiva [sic] e biológica são conceitos diversos e a ausência de uma não afasta a possibilidade de se reconhecer a outra. O reconhecimento da filiação sócio-afetiva [sic] pressupõe a ausência de vínculo biológico entre partes que constroem uma relação familiar e se reconhecem como pais e filhos (STF Resp 878.941/DF, 2007).

Analisando o referido julgamento no contexto em que fora inserido, e, diante da unânime manifestação dos demais ministros acompanhando o posicionamento da relatora, verifica-se que o referido acórdão apresenta-se como precedente judicial, isto é, uma decisão que serve de modelo para decisões posteriores (MACCORMICK *apud* PUGLIESE, 2017, p. 23).

Aqui, vale uma observação pertinente. Tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro se filia ao sistema da *Civil Law*, em que a prática dos precedentes não é muito habitual e há prevalência de regras (em sua maioria objetivas) constantes na legislação. Ocorre que a figura dos precedentes não se vincula a decisões inovadoras, mas, sim, baseia-se na premissa de manutenção dos posicionamentos adotados em decisões já proferidas (PUGLIESE, 2017, p. 54), o que garante maior segurança jurídica e previsibilidade das Cortes.

Ainda que MacCormick questione que o Poder Judiciário assim agindo possa “criar o Direito”³ – uma vez que as decisões judiciais são proferidas em parâmetros completamente diversos do processo legislativo parlamentar (MACCORMICK, 2008, p. 212) –, no caso em questão esta crítica não merece ser considerada porque a decisão judicial (leia-se, precedente) impulsionou a mudança de entendimento, e não necessariamente criou Direito (legislou-se), mas apenas um outro modo de pensar a questão.

No que se refere à afetividade e à pluralidade familiar, verifica-se que a intervenção do Judiciário auxiliou no desenvolvimento e notoriedade desses temas. Um exemplo é a decisão do STF, que, em 2011, permitiu o reconhecimento das uniões homoafetivas,⁴ enquanto os projetos de lei sobre o tema – que já estavam em andamento desde antes da decisão –, permanecem até o momento estagnados.

³ Apesar da crítica do autor corresponder aos sistemas de *Common Law* e mistos, verifica-se que, embora no Brasil seja adotado o sistema *Civil Law*, há uma cultura de alterações significativas no Direito conduzidas pelo Poder Judiciário (especialmente na figura do Supremo Tribunal Federal), diante da demora do Legislativo em promulgar leis que acompanhem as transformações da sociedade.

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277/DF) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132/RJ). (STF 2011).

O mesmo ocorreu com o tema da socioafetividade. Após o precedente do Superior Tribunal de Justiça, supramencionado, em setembro de 2016 o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, reconhecido com repercussão geral, em que discutiu a prevalência da paternidade biológica em relação à socioafetiva ou vice-versa, cuja tese fixada foi:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais (STF, RE 898.060/SC, D.J. 29/09/2016, Relatoria Ministro Luiz Fux).

Tal decisão (com repercussão geral) motivou o Pedido de Providências formulado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo que, por sua vez, levou o Conselho Nacional de Justiça a editar, em novembro de 2017, o Provimento 63/2017, que permitiu o reconhecimento voluntário da socioafetividade por meio de ato declaratório e pessoal realizado perante os oficiais de registro civil, além de instituir modelos específicos e únicos de certidão de nascimento, casamento e óbito.

Em 14 de agosto de 2019, o referido provimento foi alterado pelo provimento 83/2019 do CNJ; este incluiu o artigo 10-A no provimento anterior e versa exclusivamente sobre o reconhecimento da socioafetividade.

Dentre os requisitos e procedimentos do reconhecimento voluntário da socioafetividade previstos pelo provimento 63/2017 – dispostos do artigo 10 ao artigo 15 – estão: (i) a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva, posto que sua desconstituição poderá ser realizada apenas judicialmente em caso de vício de vontade, fraude ou simulação; (ii) a possibilidade de reconhecimento por pretensão pai ou mãe com mais de 18 anos, independente de estado civil, desde que haja diferença de idade de mais de 16 anos desse(a) em relação ao filho socioafetivo; e (iii) a vedação no reconhecimento da socioafetividade por irmãos ou ascendentes.

O procedimento de reconhecimento pode ser realizado em qualquer cartório de registro civil e não apenas no qual foi lavrado o assento de nascimento do filho, cabendo ao registrador a verificação dos documentos, identidade do requerente e coleta de termo próprio, com qualificação e assinatura.

O provimento 63/2017 previa a possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva de pessoas de qualquer idade, constando apenas a necessidade de anuência do filho maior de 12 anos. O provimento 83/2019 alterou esse dispositivo limitando a possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva apenas aos maiores de 12 anos, e previu a exigibilidade de consentimento desses filhos.

A previsão de anuência pessoal dos pais perante o oficial de registro civil prevista no provimento 63/2017 foi mantida, bem como a previsão de que, na impossibilidade de manifestação dos pais ou do filho (quando obrigatório em razão da idade) ou na falta de um desses, a situação será apresentada ao juiz competente, e mantida, ainda, a previsão acerca da possibilidade de reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva por meio de documento público ou particular de última vontade, desde que presentes os trâmites do provimento.

Há também a previsão no provimento 63/2017 mantida pelo provimento posterior quanto às regras da tomada de decisão apoiada, caso envolva pessoa com deficiência, bem como há previsão quanto à necessidade de declaração pelo requerente de que não há discussão judicial quanto à filiação ou procedimento de adoção em relação ao filho que se pretende reconhecer socioafetivamente. O provimento 63/2017 traz expressa a informação de que o reconhecimento da socioafetividade não será obstáculo para a busca da verdade biológica judicialmente pelo filho reconhecido, e a referida disposição permanece sem alterações.

O reconhecimento da parentalidade somente poderá ser realizado de forma unilateral. O provimento 83/2019 esclarece que é permitida a inclusão de apenas um ascendente socioafetivo, ou seja, poderá ser incluído um pai socioafetivo ou uma mãe socioafetiva no registro de nascimento.

O provimento 83/2019 incluiu, ainda, a necessidade de verificação pelo registrador de elementos concretos que comprovem a existência de vínculo afetivo de paternidade ou maternidade socioafetiva, e traz a regulamentação de que, após a verificação dos requisitos para o reconhecimento da socioafetividade pelo registrador, este dependerá de parecer favorável do Ministério Público para realizar o registro.

Pois bem, analisados os provimentos que regulamentam o reconhecimento voluntário de paternidade ou maternidade socioafetiva, passa-se à análise das famílias recompostas.

2.2 As Famílias Recompostas

Por família recomposta entende-se aquela formada a partir de um desmembramento de uma família constituída anteriormente: antes de existir uma família recomposta, existia, ao menos, uma família monoparental.⁵ Isto é, uma família formada por pais e filhos se dissolve, os filhos residem por um tempo com um dos pais (monoparentalidade), até que este inicie um novo relacionamento e opte por formar uma nova família. A esta nova família dá-se o nome de família recomposta ou reconstituída, formada pela presença de pai ou mãe com filhos de um relacionamento anterior, passando a existir a figura do padrasto ou madrasta, em um primeiro momento (VALADARES, 2005).

Padrastos e madrastas são nomenclaturas consideradas pejorativas em nossa sociedade, como bem lembra Maria Berenice Dias (1999). São representados, desde os contos de fadas, por pessoas cruéis, que não expressam sentimentos de amor e carinho pelos enteados. Por isso, é comum ouvir informalmente a readequação desta nomenclatura para “boadrasta”, “mãedrasta” ou “paidrasto” etc., quando os enteados desejam referir-se com carinho ao (à) atual companheiro(a) de seu pai ou mãe.

A formação de famílias recompostas está cada vez mais comum, talvez em razão de, nos tempos atuais, as pessoas pouco se preocuparem com a família padrão, patriarcal e “quadrada”. Ainda que seja comum, nem sempre os papéis assumidos pelos membros deste modelo de família são fáceis de serem administrados: “A dificuldade está na definição dos papéis de cada membro dessa entidade familiar e nos efeitos jurídicos decorrentes dos vínculos formados” (VALADARES, 2005).

Existem casos em que entre padrasto/madrasta e enteados há uma relação paternal/maternal muito presente, muitas vezes com responsabilidades assumidas e afeto mais fortes ou na mesma proporção se comparado em relação à filiação biológica existente. Da mesma forma, o inverso também existe e, por este motivo, o questionamento que busca ser respondido por intermédio desta pesquisa é: o reconhecimento da socioafetividade entre padrasto/madrasta e enteados é consequência da realidade fática vivenciada pelos membros da família recomposta ou há necessidade de manifestação de vontade de ambas as partes? Se reconhece a filiação socioafetiva em razão do meio em que se vive ou há parentalidade socioafetiva apenas quando há vontade por parte do padrasto/madrasta de assumirem seus enteados como filhos?

Para responder tais indagações, faz-se necessário abordar questões técnicas da socioafetividade.

3 OS REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA SOCIOAFETIVIDADE

Christiano Cassetari (2015, p. 29-39) dispõe acerca dos requisitos necessários para a configuração da parentalidade socioafetiva. O primeiro e indispensável requisito diz respeito (i) à existência de laços de afetividade; menciona também (ii) o tempo de convivência como outro requisito, deixando clara a impossibilidade de definir o tempo mínimo, uma vez que é impossível determinar o momento exato do nascimento da parentalidade socioafetiva; por fim, destaca (iii) a posse de estado de filho, requisito que possui regras para sua caracterização.

A afetividade, principal requisito para o reconhecimento das famílias socioafetivas, passou a compor os vínculos familiares a partir do século 21, ao mesmo tempo em que se começou a configurar novos formatos de família, deixando de lado os encargos da Igreja, Estado, meio social e interesses institucionais e patrimoniais para buscar a realização pessoal de cada membro, a qual denomina-se eudemonismo⁶ (CALDERÓN, 2013, p. 207-208).

Apesar de presente há algum tempo no ordenamento jurídico, ainda há divergência doutrinária a respeito da categoria teórica ocupada pela afetividade neste meio, mas a maioria da doutrina entende a afetividade como princípio jurídico implícito nas normas do Direito de Família Brasileiro (CALDERÓN, 2013, p. 289-298).

⁵ Há possibilidade de membro de família monoparental se unir a uma pessoa que ainda não tenha constituído família anteriormente. Ou, de duas famílias monoparentais se unirem. Em ambos os casos, forma-se a família recomposta.

⁶ Eudemonismo, cuja tradução do grego é felicidade, era compreendido de forma diferente pelos filósofos da Antiguidade – em uma visão mais final e autossuficiente, portanto mais individual. Já para o século 21, a compreensão de família eudemonista traz valores de cuidado, afetividade, ética e responsabilidade solidária de seus membros (ALBUQUERQUE, 2011, p. 88).

Paulo Lôbo (2019) é um dos juristas que reconhece a afetividade como princípio, entendendo sua força normativa e possibilidade de consequências em caso de descumprimento. Ainda, traz importante contribuição ao diferenciar afeto como sentimento/fato psicológico e a afetividade conferida ao estudo jurídico:

[...] a afetividade, sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. O direito, todavia, converteu a afetividade em princípio jurídico, que tem força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto. Assim, pode haver desafeto entre pai e filho, mas o direito impõe o dever de afetividade. [...] A afetividade é o princípio jurídico que peculiariza, no âmbito da família, o princípio da solidariedade. [...] A afetividade estado psíquico global, relacionada a estado de ânimo, sentimentos e emoções é muito abrangente e por isso não está presente quando se trata de direito, já que este preocupa-se apenas com os fatos que devem receber a incidência da norma jurídica (LÔBO, 2019, p. 646-647).

O referido autor vai além e diferencia a afetividade entre pais e filhos e a afetividade entre companheiros/cônjuges; segundo ele, o dever jurídico da afetividade entre pais e filhos extingue-se tão somente com o falecimento de um deles ou com a perda do poder familiar; já a afetividade entre companheiros está presente como pressuposto de convivência.

Ricardo Calderón traz-nos a ideia de “dupla face do princípio da afetividade”. Uma, chamada “face de dever jurídico”, relacionada a um vínculo familiar já existente (parental, conjugal). Nesta, haveria uma imposição de dever jurídico em razão do princípio; e a outra, denominada “face geradora de vínculo familiar”, que necessita de verificação fática entre as relações (parentais ou conjugais), a fim de caracterizar ou não um liame jurídico. Nessa verificação está a posse de estado de filho, requisito para o reconhecimento da socioafetividade (CALDERÓN, 2013, p. 309-310).

Há posse de estado de filho quando presentes as seguintes características: publicidade, continuidade e ausência de equívoco. A publicidade e continuidade correspondem à visibilidade e notoriedade de pai/mãe e filho socialmente e de modo contínuo. Quanto à ausência de equívoco, significa que esses fatos não podem apresentar dúvida ou ambiguidade, uma vez que a finalidade da posse de estado de filho é trazer ao mundo jurídico a verdade social (FACHIN, 1992, p. 157).

Orlando Gomes (2002) descreve a posse de estado de filho como um conjunto de circunstâncias em que são possíveis de demonstrar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa, considerando dentre os requisitos para tal finalidade: o filho ter levado o nome presumido dos genitores, ter recebido tratamento contínuo de filho legítimo, ter sido reconhecido perante a sociedade e pelos próprios pais como filho legítimo.

Neste mesmo sentido, Pontes de Miranda (2012) caracteriza a posse de estado de filho pela presença dos requisitos: *Nomem*, *Tractatus* e *Fama*. *Nomem* significa a utilização do nome da pessoa que lhe atribui a paternidade pelo filho; *Tractatus* corresponde ao tratamento como filho legítimo, considerando educação, saúde e meios de subsistência e, por fim, a *Fama*, que seria a visibilidade social de filho.

Por fim, o tempo de convivência é outro requisito analisado para reconhecimento da socioafetividade. Destaca-se, entretanto, a inexistência de qualquer regulamentação ou exigência de tempo mínimo, uma vez que a análise dos laços de afetividade e da posse de estado de filho são requisitos bem específicos e que, se atendidos, ainda que o tempo de convivência seja pequeno, a socioafetividade será reconhecida. Além disso, o tempo de convivência é pressuposto para o estabelecimento dos laços de afetividade e para a constatação da posse de estado de filho, de modo que, ausente este requisito, automaticamente não estarão presentes os demais.

4 AUTONOMIA PRIVADA PARA O RECONHECIMENTO DA SOCIOAFETIVIDADE NAS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

A noção de autonomia privada originou-se no Direito Contratual, mas passou a ser abordada também nas relações familiares em virtude da reforma e expansão do Direito Privado (MADALENO, 2012, p. 10).

A partir de então, há vários posicionamentos sobre o exercício da autonomia privada e as imposições do Estado em relação à formação e organização das famílias. Sobre este tema, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2011, p. 272) indica que quanto mais o Estado intervém nas relações familiares, mais significativos são os indícios de uma inversão de valores. Segundo ele, há necessidade de potencialização da autonomia privada a fim de atender aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

No mesmo sentido, Marcos Alves da Silva critica o modelo de família imposto pelo Estado, pois “é arquétipo das codificações oitocentistas com pretensão de regular cada quadrante por mais íntimo que fosse da vida privada” (SILVA, 2013, p. 307).

Ademais, há que se atentar para que os conceitos não sejam distorcidos, especialmente quanto à liberdade e à autonomia privada nas relações familiares:

Também não se pode concluir que a função centrada na liberdade não pretende reduzir a família a um exercício individualista de autonomia privada. Não se trata, pois, de uma tentativa de recondução a um conceito contratualista de família, mas, sim, de uma liberdade que se manifesta e se constrói no viver – e não, simplesmente, na gênese formal de um modelo unitário de família por meio da categoria abstrata do negócio jurídico (RUZYK, 2011, p. 318).

Quando há restrição ou ausência de escolhas, não há apenas um enfraquecimento da autonomia privada, mas um déficit de liberdade e, por sua vez, de autodeterminação (RUZYK, 2011, p. 272). Neste sentido, percebe-se que nas famílias recompostas há o exercício de autonomia privada no que se refere à escolha conjugal.

Quanto à autonomia presente na parentalidade socioafetiva, há necessidade de análise de algumas hipóteses: (i) a simples convivência de padrastos ou madrastas com os enteados, por si só, pode configurar a socioafetividade; (ii) é necessária a manifestação de vontade de ser pai/mãe socioafetivo(a) dos enteados; (iii) a manifestação de vontade de reconhecimento de uma parentalidade socioafetiva é automática e está presente na escolha conjugal por um par que possui filhos de relacionamento anterior, isto é, quando se escolheu o parceiro automaticamente reconheceu-se a socioafetividade. Essas hipóteses serão trabalhadas a fim de eleger uma ao final deste estudo.

Conforme já mencionado, os requisitos para o reconhecimento da socioafetividade são: os laços de afetividade, o tempo de convivência e a posse de estado de filho, ou seja, não há expressamente entre os doutrinadores o entendimento pela necessidade da autonomia privada como um dos requisitos, que seria a ausência de pais e/ou filhos socioafetivos para referido reconhecimento.

Apesar disso, os Provimentos 63/2017 e 83/2019, ambos do CNJ, que tratam do reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva, trazem expressamente a disposição de que o filho menor de 18 anos (previsão do Provimento 63/2017) e acima de 12 (previsão do Provimento 83/2019) precisa manifestar sua concordância pelo reconhecimento da parentalidade socioafetiva, dispositivo este que nos faz refletir a respeito da autonomia privada do filho maior de 12 anos em aceitar seu padrasto ou madrasta como seu pai ou sua mãe socioafetivo(a).

Nas famílias recompostas, tem-se a presença de um pai ou mãe e um padrasto ou madrasta residindo no mesmo lar. Cada família, todavia, apresenta uma dinâmica e organização diferentes, pois existem famílias em que o pai ou mãe, apesar de não residirem com a criança, desempenham muito bem todos os papéis decorrentes de sua responsabilidade parental, e, dentre eles, a afetividade. De outro lado, existem relacionamentos em que o pai ou mãe que não residem com o filho arcam tão somente com a obrigação alimentícia – sem que haja convivência –, ou, em casos ainda mais extremos, sequer prestam assistência material mínima à prole.

Esses diferentes contextos familiares dentro das famílias recompostas precisam ser analisados para compreender se a socioafetividade pode ser reconhecida tão somente pelo cumprimento de requisitos fáticos que lhe são impostos, ou se há necessidade do exercício da autonomia privada do pai ou mãe e do(a) filho(a) socioafetivo(a).

Nesse sentido, há autores que analisam o elemento vontade presente na escolha de ser pai ou mãe, e a conclusão vai ao encontro do estudo de João Baptista Villela (1979) sobre a desbiologização da paternidade:

[...] é preciso querer ser pai, o que se revelará na conduta contínua de desvelo resumida num cuidar sem limites. Só assim se estará apto a exercer o imprescindível afeto, marca necessária em uma relação familiar. Por isso mesmo quando esse elemento falta na filiação biológica e o pai se ausenta da vida do filho deve sobrelevar a paternidade socioafetiva. Assim se dá na adoção, na inseminação heteróloga e na paternidade socioafetiva. [...] E compartilhando da assertiva repetida tantas vezes pelos estudiosos da matéria, salientamos a diferença enorme que há entre quem gera – o genitor – e aquele que cria, educa e ama – o pai; genitor não é o mesmo que ser pai ou mãe. [...] (GRAMSTRUP; QUEIROZ, 2016).

Segundo João Baptista Villela (1979, p. 414), é possível obrigar alguém a responder com seu patrimônio por sua conduta ou descumprimento de uma obrigação, mas não é possível obrigar alguém a assumir uma paternidade indesejada sem violentar a própria ideia de paternidade.

Tem tanto esta de autodoação, de gratuidade, de engajamento íntimo, que não é susceptível de imposição coativa. Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. Assim, a lei e a Justiça desrespeitam gravemente uma criança quando lhe dão por pai quem, em ação de investigação de paternidade, resiste a tal condição. [...] Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre cônjuges, seja entre pais e filhos só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas (VILLELA, 1979, p. 414).

Há quem entenda que padrasto e madrasta são “estranhos jurídicos”, independentemente de sua presença nas famílias recompostas. Este entendimento, juntamente com a resistência de criação de termos específicos para representar esses papéis, possui vinculação direta à criticada família nuclear e sua idealização como família padrão, considerando (equivocadamente) todos os outros modelos inferiores. Diferente de outros países, não há em nossa legislação qualquer regulamentação de direitos ou deveres de padrastos ou madrastas em relação aos seus enteados (SARAIVA; LEVY; MAGALHÃES, 2014, p. 83, 85).

Em ratificação ao argumento da inexistência de famílias com importância maior que outras, há um precioso ensinamento de Villela (1979) sobre a impossibilidade de classificar a paternidade em modelos superiores ou inferiores, em que pese seu enfoque dizer respeito à paternidade adotiva, há semelhança com a paternidade socioafetiva:

A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica pelo seu maior teor de autodeterminação [...] Somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que CRISTO disse aos seus apóstolos: “Não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós”. Suprema expressão da autonomia paterna, que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir (p. 416).

Na parentalidade adotiva há, evidentemente, uma escolha, uma vez que o exercício da autonomia privada pelos pais é muito claro, posto que realizam o cadastro de adoção e passam pelos procedimentos necessários para, efetivamente, tornarem-se pais. A parentalidade socioafetiva, muitas vezes, não se apresenta como uma escolha tão óbvia, especialmente quando oriunda de uma família recomposta, em razão de uma segunda união que trouxe filhos biológicos de relacionamentos anteriores.

Apesar de cada família recomposta ter sua história e seus membros exercerem diferentes papéis de diversas formas e funções possíveis, há duas lógicas a respeito da relação padrasto/madrasta e enteados: a substituição e a perenidade (SARAIVA; LEVY; MAGALHÃES, 2014, p. 85-86). A compreensão dessas duas lógicas é crucial para a construção das ideias conclusivas deste estudo.

A substituição normalmente ocorre em casos de divórcio, em que o pai ou a mãe que não permanecem residindo com os filhos, com eles não mantêm contato, ou em caso de falecimento de um dos pais e nova formação da família pelo sobrevivente. Neste caso, o padrasto ou madrasta passa a substituir efetivamente o papel de um dos pais, ou seja, passa a figurar como pai ou mãe do filho de seu cônjuge ou companheiro(a). Já a perenidade seria o inverso; trata-se de adição, isto é, não se exclui o pai ou mãe que deixaram de residir com o filho. As responsabilidades, contato e laços de afeto permanecem com ambos os pais e podem existir também com o padrasto ou madrasta, mas neste caso é mais difícil para estes conseguirem compreender e exercer seu papel dentro da família recomposta (SARAIVA; LEVY; MAGALHÃES, 2014, p. 85-86).

Há, ainda, no entendimento dos autores do texto *Quel est le rôle du beau-père en famille recomposée? Point de vue de beaux-pères, de mères et de pères* (qual é o papel do padrasto na família recomposta? Ponto de vista dos padrastos, mães e pais), a existência de três papéis: o pai substituto e o pai adicional, já mencio-

nados anteriormente, e a terceira figura que seria do “falso pai”,⁷ que se trata do padrasto que não assume qualquer função e não possui legitimidade perante o enteado, apenas está presente na família como cônjuge da mãe (PARENT; FORTIN, 2008 *apud* SARAIVA; LEVY; MAGALHÃES, 2014, p. 85, 86).

Pesquisas demonstram que quanto menor a idade do filho maior a facilidade em relacionar-se de forma saudável com seu padrasto ou madrasta. Assim, a partir dos seis anos de idade da criança, aumenta a dificuldade em se estabelecer essa relação, especialmente quando há contato e vínculo com o pai ou mãe que não reside em conjunto. Já nos casos em que os pais apoiam a relação do filho com o padrasto ou madrasta, é mais fácil que aquele esteja disposto a manter um bom relacionamento com esses. Da mesma forma, quando os filhos perdem o contato com um dos pais, há maior facilidade no estabelecimento de laços afetivos com o padrasto ou madrasta (SARAIVA; LEVY; MAGALHÃES, 2014, p. 85-86).

A fim de possibilitar um bom relacionamento entre os membros das famílias recompostas, parece necessário que sejam estabelecidos espaços, papéis e funções de cada um dos membros. Tal definição prévia evita conflitos, uma vez que é visível que a liberdade dos membros terá interferência em razão das novas pessoas que passam a fazer parte da família. Assim, a existência de um conjunto próprio de regras de convivência a serem observadas pelos membros pode ajudar na convivência harmoniosa da nova família em formação (TEIXEIRA, 2005, p. 120).

Segundo João Baptista Villela, a parentalidade (independente de qual seja a origem ou nomenclatura desta filiação) é uma questão de escolha. Já em 1979 o autor argumentava sobre a possibilidade de escolher evitar a gravidez tanto quanto a possibilidade de gerar um filho por meio de inseminações artificiais. Na sua visão, essas possibilidades trazem cada vez mais autonomia para o exercício da parentalidade.

Chegados à plenitude desse novo estágio, os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o dom de si mesmo (VILLELA, 1979, p. 413).

Por sua vez, ressalta-se o grande avanço jurídico quanto ao reconhecimento da filiação socioafetiva e a possibilidade de realização de maneira voluntária, mediante requerimento ao oficial registrador, nos termos do Provimento 63/2017 e 83/2019 do CNJ.

No requerimento voluntário de parentalidade socioafetiva há evidente manifestação da vontade e, por sua vez, exercício da autonomia privada daquele que invoca os termos do Provimento e declara ser pai ou mãe socioafetivo de determinada pessoa perante o registrador. As consequências jurídicas que serão aplicadas a partir deste reconhecimento são as mesmas de uma filiação biológica, de modo que a inclusão do nome do pai ou mãe socioafetivos no registro civil do filho apenas confirmará a posse de estado de filho e o cumprimento dos demais requisitos.

Conforme mencionado, no reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva de filho maior de 12 anos (artigo 10, do Provimento 83/2019 – CNJ), há o exercício da autonomia privada tanto do pai/mãe afetivos quanto do filho que, obrigatoriamente, precisa manifestar sua anuência nos termos do artigo 11, § 4º, do Provimento 83/2019 CNJ: “Se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento”. Não há dúvidas, portanto, da existência da autonomia privada no reconhecimento voluntário de parentalidade socioafetiva.

Mesmo quando o reconhecimento da socioafetividade não é voluntário, entende-se que ainda assim há a manifestação de vontade, uma vez que, para a configuração dos requisitos necessários ao reconhecimento, tanto os laços afetivos quanto a posse de estado de filho dependem de escolhas, interesse e responsabilidades parentais.

Retomando o precedente de relatoria da ministra Nancy Andrighi, há trecho em seu voto que demonstra o entendimento da manifestação de vontade no vínculo da filiação socioafetiva:

⁷ Neste caso, quando os autores mencionam “pai”, estende-se neste estudo a aplicação à mãe também, uma vez que hoje ambos os sexos assumem a guarda unilateral ou ainda são os guardiões dos filhos em casos de fixação de guarda compartilhada, de modo que, neste estudo, não há distinção de gênero ao tratar do tema.

Por isso, se a existência da filiação sócio-afetiva é trazida ao mundo jurídico por declaração de vontades, cumpre ao julgador reconhecer validade e eficácia nesse ato (STF Resp 878.941/DF, 2007).

Fora demonstrado anteriormente que existe, em muitas famílias recompostas, a figura do padrasto ou madrasta assumindo tão somente funções e papéis conjugais na família, de apoio à sua companheira ou companheiro, ainda que resida no mesmo lar que os enteados. Isto é, em certos casos, não há o cumprimento dos requisitos da posse de estado de filho e dos laços afetivos, o que indica a não observância dos requisitos mínimos para o reconhecimento da socioafetividade. Da mesma forma, foi mencionado que, normalmente, quando os filhos têm contato com o pai ou mãe que não reside na mesma casa e quando são maiores de seis anos, dificilmente criam laços parentais com os padrastos ou madrastas, o que pode levar ao não cumprimento dos requisitos necessários para a filiação socioafetiva.

Por isso, entende-se que para o reconhecimento não voluntário da parentalidade socioafetiva deverão ser observados os requisitos estipulados para o seu reconhecimento juntamente com a autonomia privada que, apesar de não constar expressamente como um dos requisitos, está implicitamente vinculada aos requisitos da posse de estado de filho e da existência de laços afetivos, uma vez que “pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é” (VILLELA, 1979, p. 414).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no estudo realizado, é considerada família recomposta aquela em que estão presentes filhos de relacionamentos anteriores em novo relacionamento afetivo, passando a conviverem padrasto ou madrasta, um dos pais e os filhos ou enteados, todos no mesmo lar. Esta convivência entre padrasto ou madrasta e enteados pode ser reconhecida como socioafetividade, desde que presentes os requisitos necessários para tal, quais sejam: laços de afetividade, tempo de convivência e posse de estado de filho. Do mesmo modo, foi possível compreender o papel da autonomia privada nas relações familiares e a sua aplicação no reconhecimento da parentalidade socioafetiva.

Em cumprimento ao método hipotético-dedutivo utilizado na presente pesquisa, as hipóteses levantadas para problematização deste estudo foram: (i) a simples convivência de padrastos ou madrastas com os enteados, por si só, pode configurar socioafetividade; (ii) é necessária a manifestação de vontade por parte do padrasto/madrasta de ser pai/mãe socioafetivo dos enteados; (iii) a manifestação de vontade de reconhecimento de uma parentalidade socioafetiva é automática e está presente por meio da escolha conjugal por um par que possui filhos de relacionamento anterior, pois, quando se escolheu o(a) parceiro(a), automaticamente fora reconhecida a socioafetividade.

A terceira hipótese parece ser a mais incongruente e, desde logo, deve ser descartada. Conforme já mencionado, o estudo trouxe a caracterização de três papéis exercidos por padrastos ou madrastas: pai/mãe substituto, pai/mãe adicional e “falso pai/mãe”, sendo os primeiros aqueles padrastos ou madrastas que substituem os pais e assumem as responsabilidades parentais, os segundos aqueles que somam e o vínculo permanece com o pai ou mãe em conjunto com o padrasto ou madrasta, e o terceiro, denominado “falso pai” (que, no nosso entendimento, também pode ser “falsa mãe”), que seria o padrasto ou madrasta preocupados tão somente com sua relação conjugal e com funções que se limitam a esta relação, não assumindo quaisquer responsabilidades perante seus enteados.

Entende-se que a simples aceitação de entrar em um relacionamento com uma pessoa que já tem filhos de relacionamentos anteriores não faz do padrasto ou madrasta pai ou mãe socioafetivo(a), pois a autonomia privada foi manifestada unicamente em relação ao casamento ou constituição de união estável, não sendo possível estender automaticamente a anuência para a caracterização do vínculo com o(a) companheiro(a) ao relacionamento com os enteados e nem mesmo afirmar que essa escolha foi conjunta. Por este motivo, a hipótese foi considerada falsa.

As duas hipóteses remanescentes são propriamente o objeto de questionamento presente no título deste artigo: Seria a socioafetividade, dentro das famílias recompostas, passível de ser reconhecida pela simples situação fática ou há necessidade de manifestação da autonomia privada para escolher entre exercer ou não essa parentalidade socioafetiva?

Para fundamentar a resposta é necessária a aplicação dos requisitos da socioafetividade abordados anteriormente. O tempo de convivência certamente será requisito cumprido por boa parte das famílias recompostas, porém os requisitos (i) laços de afetividade e (ii) posse de estado de filho deverão ser observados cautelosamente, uma vez que não podem ser considerados presentes, de modo geral, em todas as famílias recompostas.

O termo afetividade, do ponto de vista jurídico, não corresponde ao afeto psicológico e emocional, mas está vinculado às responsabilidades, cuidado e funções assumidas na relação parental-filial. Por sua vez, para configurar a posse de estado de filho é imprescindível a presença de critérios como publicidade, continuidade e ausência de equívoco, ou ainda, *Nomem, Tractatus e Fama*; como mencionado anteriormente. Nem todos os padrastos e madrastas, no entanto, assumem as responsabilidades e consideram o enteado como filho, tratando e chamando-o como tal; nestes casos, entende-se que os requisitos para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva não estariam presentes. É considerada falsa, portanto, a primeira hipótese, uma vez que a convivência, por si só, não configura a socioafetividade.

Com relação à autonomia privada, objeto da segunda hipótese, esta encontra-se claramente demonstrada no reconhecimento voluntário da socioafetividade, disposto no Provimento 63/2017, alterado pelo Provimento 83/2019, ambos do CNJ, em que há previsão de expressa manifestação de vontade pelo pai ou mãe socioafetivos e pelo filho menor de 18 e maior de 12 anos.

Sabe-se que o exercício da autonomia privada está presente a todo momento nas famílias recompostas, nas mais diversas escolhas feitas por essas. No que se refere ao reconhecimento da posse de estado de filho, os envolvidos diretamente na relação (leia-se enteados e padrastos ou madrastas) devem manifestar vontade específica. Isto significa que tanto o padrasto quanto a madrasta devem dirigir a sua vontade no sentido do reconhecimento do enteado como filho, como também o enteado reconhecer padrasto ou madrasta como pai ou mãe (reconhecimento recíproco). Esse reconhecimento precisa ser exteriorizado, ou seja, deve haver reconhecimento social (*Nomem, Tractatus e Fama*), não bastando apenas seu reconhecimento no seio da família recomposta.

Assim sendo, antes de qualquer análise do ponto de vista jurídico, há necessidade de verificação da convivência da família, isto é, em algum momento do relacionamento dessa família houve o exercício da autonomia privada por seus membros, seja para aceitar ou rejeitar (por meio de palavras ou ações) o tratamento, a responsabilidade, o nome, entre outros aspectos que remetem à existência de socioafetividade. Não pode haver a presunção de que o mero convívio pressupõe a socioafetividade; ao contrário, a presunção é de que não há parentalidade socioafetiva, por isso se exige a manifestação expressa de vontade e reciprocidade que configure a posse de estado de filho para seu reconhecimento.

Conclui-se, então, que a segunda hipótese se apresenta como a mais acertada para responder à indagação do presente estudo, constatando-se que a autonomia privada faz-se necessária ao reconhecimento da socioafetividade, seja no que diz respeito à formação dos laços de afetividade ou na configuração da posse de estado de filho, de modo que a autonomia privada refletirá a situação fática de existência ou não de socioafetividade.

6 REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A família eudemonista do século XXI. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 8., 2011. *Anais* [...]. IBDFAM, 2011. p. 88-95. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/269.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. 438 p.
- CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 247 p.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento 63 de 14 de novembro de 2017*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. Sociedade de afeto: um nome para a família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. I, n. 1, p. 34, abr./jun. 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. 183 p.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 474 p.

- GRAMSTRUP, Erik Frederico; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A socioafetividade e a multiparentalidade. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 2, n. 11, p. 104-127, mar./abr. 2016.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301-STJ. *Anais [...]*. IBDFAM. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.
- MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 25, p. 5-31, dez./jan. 2012.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008. 389 p.
- PARENT, C.; FORTIN, M. *Quel est le rôle du beau-père en famille recomposée? Point de vue de beaux-pères, de mères et de pères* [on-line]. 2008. Disponível em: <http://www.dossierfamilial.com/famille/droit-demarche/quels-droits-pour-le-beauparent>. In: SARAIVA, Camille de Andrade; LEVY, Lídia Levy; MAGALHÃES, Andrea Seixas. O lugar do padrasto em famílias recompostas. *Barbarói*, Santa Cruz do Sul, n. 41, p. 82-99, jul./dez. 2014.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 359 p.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte Especial*. Tomo IX: Direito de família. Direito parental. Direito protectivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 623 p.
- PUGLIESE, William Soares. *Princípios da jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. 172 p.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 272.
- SARAIVA, Camille de Andrade; LEVY, Lídia Levy; MAGALHÃES, Andrea Seixas. O lugar do padrasto em famílias recompostas. *Barbarói*, Santa Cruz do Sul, n. 41, p. 82-99, jul./dez. 2014.
- SILVA, Marcos Alves da. *Da Monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *RESP 878.941/DF*. Relatoria min. Nancy Andrighi. Julgamento: 17/9/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3318049&num_registro=200600862840&data=20070917&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 28 nov. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4277/DF*. Relatoria min. Luiz Fux. Julgamento: 14/10/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 22 nov. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 132/RJ*, Relatoria Min. Ayres Britto. Julgamento: 14/10/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 22 nov. 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 898060*, Relatoria Luiz Fux. Julgamento: 21/9/16. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re898060.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 120.
- VALADARES, Maria Goreth Macedo. Famílias recompostas. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005. *Anais [...]*. IBDFAM, 2005. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/50.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 21, p. 400-418, maio 1979.

A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA E DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM NA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E ALTERAÇÃO DO PRENOME

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.300-310>

Recebido em: 7/10/2019

Modificações solicitadas em: 31/7/2020

Aceito em: 1º/9/2020

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-Doutoramento em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijui (1995). Professora-associada da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Professora dos cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Ambiental e Direitos Humanos, América Latina e Questões Decoloniais. Professora pesquisadora do CNPq e Fapergs. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Grupo de Pesquisa: Sociedade da informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional – FMP-RS. Responsável pelo Grupo de Estudos da Furg sobre Direito constitucional, violência e crise migratória. <http://lattes.cnpq.br/1275535624435246>. <https://orcid.org/0000-0001-9366-9237>. fabiana7778@hotmail.com

Giorgio Eduardo Bonezzi

Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. <http://lattes.cnpq.br/6034110099975970>. <https://orcid.org/0000-0002-6832-5608>. giorgio.eduardobonezzi1@gmail.com

Jaime John

Professor-assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Mestrado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989). <http://lattes.cnpq.br/0204133062487350>. <https://orcid.org/0000-0002-0869-4970>. jaimejohn@terra.com.br

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar e fundamentar, a partir de estudos linguísticos e interpretativos, a necessidade e a possibilidade de alteração do prenome no registro civil. Para tanto, recorreu-se às bases filosóficas de especulação sobre a real possibilidade de conhecimento dos fenômenos, método pelo qual se almeja compreender qual a função da linguagem nesse processo de inteligibilidade e quais seus fatores condicionantes. Destarte, tudo isso serve para, sem a intenção de esgotamento do debate, intentar a elucidação de fato tão complexo como é a alteração do prenome, não apenas pelo viés normativo, mas, antes, considerando e fundamentando-se nos pilares sobre os quais se erige o conhecimento. Por fim, traz-se à baila uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre este tema, de modo a concretizar as teorias estudadas. O método de abordagem é o indutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

Palavras-chave: Hermenêutica. Linguística. Alteração do prenome. Filosofia da linguagem. Direito civil.

CONTRIBUTION OF HERMENEUTICS AND THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE IN THE ANALYSIS AND FOUNDATION OF INTERPRETATION AND AMENDMENT OF PRENAME

ABSTRACT

This work aims to analyze and to base, based on linguistic and interpretative studies, the necessity and possibility of changing the first name in the civil registry. In order to do so, we resort to the philosophical bases of speculation on the real possibility of knowledge of phenomena, a method by which one intends to understand the function of language in this process of intelligibility and its determinants. Thus, all this serves, without the intention of exhaustion of the debate, to try to elucidate a fact as complex as the change of the name, not only by the normative bias, but considering and basing itself on the pillars on which it erects knowledge. Finally, a decision of the Federal Supreme Court is presented on this subject, in order to concretize the theories studied. The method of approach is the inductive one and the research technique is the bibliographical one.

Keywords: Hermeneutics. Linguistics. Changing the first name. Philosophy of language. Civil right.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O processo dialético de conhecimento e a ação de conceituar. 2.1 O lugar da linguagem. 3 Língua e cultura: a linguagem enquanto reflexo cultural e psicológico de uma sociedade. 3.1 Momento de deriva. 4 Linguagem em movimento: reestruturação de conceitos e interesses linguístico-sociais. 4.1 Humboldt e a Cosmovisão Linguística: a contribuição para a discussão sobre a alteração do prenome no registro civil. 5 Círculo hermenêutico e a interpretação de seres históricos. 6 Jurisprudência – análise da ação direta de inconstitucionalidade 4275 do supremo tribunal federal. 7 Conclusão. 8 Referências.

O modo como vivenciamos uns aos outros, como vivenciamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e do nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico, no qual não estamos encerrados como barreiras intransponíveis, mas para o qual estamos abertos (GADAMER, 1999).

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem como marco inicial duas indagações, a saber: (i) Por que fixamos determinados nomes a um certo grupo de pessoas e não a outros e como realizamos esse ato interpretativo? e (ii) O que condiciona alguém que, ao mudar de sexo, busca, também, a possibilidade de alteração civil do prenome e qual deve ser a resposta jurídica? Por esse viés, agregamos ao referido problema as questões jurídicas nele envolvidas, de modo que não apenas se buscou esclarecer as questões histórico-linguísticas, mas, também, qual seria a posição defendida pelo direito diante dessa situação, e, ao final, analisou-se uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a referida temática; fizemo-lo com o fito de reificar aquilo que foi, anteriormente, apresentado como teoria.

Destarte, esta pesquisa é importante, pois auxilia no entendimento mais complexo – ou na aproximação desse – a respeito das variações sociais, culturais e linguísticas e, portanto, no que deve o direito fazer quanto a isso. Por essa razão, buscou-se interdisciplinar auxílio para a abordagem feita, de maneira a não tornar simples ou simplório um fenômeno altamente complexo, diversificado e ramificado, como é o da discussão de gênero, tanto no âmbito linguístico quanto no social.

Nessa perspectiva, o estudo dividiu-se em três partes de exposição e discussão: (i) em um primeiro momento buscou-se, com o aporte teórico de Jean Paul Sartre (2004), Michel Villey (2003) e Johannes Hessen (1964), identificar as nuances próprias do processo de conhecimento e aquilo que disso resulta, isto é, o conceito – ou a ação de conceituar que parte do sujeito. Ainda nesse viés, fitando corroborar o papel fundamental da linguagem nessa sucessão de atos cognitivos e tendo firmado as bases de entendimento a respeito do conhecimento dos objetos e da conceituação, (ii) partiu-se a um estudo profundo a respeito da formação da linguagem, de como ela influencia na criação de uma visão de mundo e, de igual modo, como essa visão condiciona a percepção e interpretação dos fenômenos e dos seres. Para tanto, valemo-nos dos ensinamentos de Humboldt, presentes em sua antologia organizada por Werner Heidermann e Markus J. Weininge (2006), Edward Sapir (1963, 1969), Coseriu (1982), Gadamer (1998, 1999), Berkeley (1973), Lixa (2000) e, ainda, de uma palestra proferida em Yale, no ano de 2009, pelo professor Paul Fry; Para termo do estudo, de modo a tornar objetivas e práticas as teorias abordadas, (iii) analisou-se uma decisão do Supremo Tribunal Federal que disciplina a respeito da possibilidade de alteração do prenome no registro civil sem a necessidade de cirurgia de mudança de sexo: a ADI 4735, de 2018. Ruma-se, portanto, às complexas discussões brevemente expostas nesta introdução.

2 O PROCESSO DIALÉTICO DE CONHECIMENTO E A AÇÃO DE CONCEITUAR

Há muito se discute, no decurso do pensamento filosófico ocidental, sobre a possibilidade de conhecimento das coisas do mundo, naquilo que diz respeito à existência de uma verdade e à capacidade do sujeito de apreender. De todo modo, a questão apresenta-se-nos sob a indagação: “Aquilo que pensamos e os conceitos que usamos para designar os objetos correspondem, de fato, àquilo que é (ou às coisas que são)?”

Com o propósito de aprofundar a discussão, traz-se a contribuição do filósofo alemão Johannes Hessen (1964), o qual salienta que há uma correlação mútua entre consciência e objeto; isto é, somente são o que são quando o são um para o outro. Em outros termos, apenas há consciência quando há objeto – pois não existe consciência vazia – e somente há objeto quando há consciência para o perceber. Aceita-se, portanto, a existência desse dualismo *consciência-objeto*, mas somente isso não basta; é preciso determinar qual a relação que um tem sobre o outro, ou seja, como acontece o processo de apreensão do objeto pela consciência. Nesse caminho, ensina-nos Hessen que:

O conhecimento pode definir-se, por último, como a determinação do sujeito pelo objeto. Mas o determinado não é o sujeito pura e simplesmente; mas apenas a imagem do objeto nele. Esta imagem é objetiva, na medida em que leva em si os traços do objeto. Sendo distinta do objeto, encontra-se de certo modo entre o sujeito e o objeto. Constitui o instrumento pelo qual a consciência cognoscente apreende o seu objeto (HESSEN, 1964, p. 27).

Por esse raciocínio percebe-se que o processo de conhecimento acontece condicionado pelo objeto, o qual transcende o sujeito que observa; não de modo totalmente passivo, porém, pois há espaços de indeterminação – pela impossibilidade de apreensão total do objeto –, que são preenchidos pela própria consciência (HESSEN, 1964).¹

Diametralmente adversa é a estrutura da ação de conceituação; esta parte do sujeito ao objeto e a ação é delimitadora. É aquilo que o sujeito percebe do objeto a partir dos traços deste, que emanam na forma de conceitos determinadores. Dentre vários caminhos de compreensão, fixa-se um: seja em relação aos objetos reais – inferidos da experiência –, seja naquilo que se refere aos ideais – meramente pensados. Dessa maneira, Hessen (1964, p. 29) ainda salienta que “o sujeito e o objeto não se esgotam no seu ser de um para o outro, pois têm além disso um ser em si mesmos”, o qual escapa à consciência.

Por esse viés, o que aqui se apresenta como importante é a estrutura delimitadora da ação de conceituação. Assim escreveu Sartre de modo mais lírico: “falar é agir; uma coisa nomeada não é mais inteiramente a mesma, perdeu a sua inocência” (SARTRE, 2004, p. 20). Fê-lo de maneira a corroborar o entendimento de que a ação que parte do sujeito delimita o objeto, de maneira condicionada às percepções daquele.

Deste modo, conexa às questões concernentes ao conhecimento está a linguagem, pois é ela o meio e condição de possibilidade pela qual fluem as ideias e formam-se os conceitos. Debruçar-nos-emos, portanto, no seu estudo.

2.1 O Lugar da Linguagem

Assinalou-se, em breves termos, a estrutura do processo de conhecimento e, ainda, que seu oposto – a ação – atua de modo a circunscrever determinado objeto a um conceito. Cabe agora analisar o aspecto interpretativo, no qual se insere a linguagem; esta, enquanto extensão do pensamento, torna-se a parte substantiva da ação de conceituar, resultando na palavra,² constituindo-se, assim, no meio pelo qual a compreensão dos fenômenos se torna possível e, ao mesmo tempo, no resultado desse encadeamento cognitivo.

Nas palavras de Michel Villey (2003, p. 27), “nenhum cientista conhece o homem, nem o cosmos, nem coisa alguma em sua concretude. Só apreende aspectos unilaterais das coisas, só manipula abstrações”. É no sentido de tornar universal um conhecimento particular que se desenvolve a linguagem, na tentativa de compreensão do todo,³ de interpretação da imagem que se forma na consciência. Por conseguinte, “é verdade que as línguas das quais nos servimos e das quais somos prisioneiros (sistemas dos conceitos e dos termos mais gerais) constituem por si mesmas esboços de conhecimento universal; de *estruturação do mundo*” (VILLEY, 2003, p. 31-32).

Inferre-se, pois, que o mundo apenas toma sentido a partir da linguagem; o conhecimento por si próprio não seria suficiente para expressar sentidos, significados, ideias, razão pela qual se erigiram os sistemas linguísticos, objetivando tornar universal ideias particulares, a fim de se possibilitar a comunicação e a cons-

¹ Sendo o conhecimento uma determinação do sujeito pelo objeto, não há dúvida que o sujeito se conduz *receptivamente* perante o objeto. Esta receptividade não significa, contudo, passividade. Pelo contrário, pode falar-se de uma atividade e espontaneidade do sujeito no conhecimento. Esta não se refere, naturalmente, ao objeto no que a consciência pode muito bem participar, contribuindo para a sua elaboração. A receptividade perante o objeto e a espontaneidade perante a imagem do objeto no sujeito são perfeitamente compreensíveis (HESSEN, 1964, p. 27-28).

² “Da imagem, a palavra distingue-se através da possibilidade de se imaginar a coisa nela subsumida sob vários ângulos e de diferentes formas; de uma mera alusão, a palavra distingue-se por sua própria forma sensorial determinada. Quem pronuncia a palavra nuvem não pensa em uma definição, tampouco em uma imagem específica desse fenômeno da natureza” (HUMBOLDT, 2006, p. 13). Frisa-se a distinção entre observar um objeto e pensar na palavra – fruto da ação de conceituação – que o representa. Tanto o conceito contido na palavra quanto a imagem formada na consciência, podem ser entendidos diferentemente.

³ “Portanto, a língua é, se não como um todo, pelo menos em termos sensoriais, o meio através do qual o homem constrói simultaneamente a si mesmo e ao mundo, ou melhor, através do qual se torna consciente de si mesmo, pelo ato de externar um mundo à parte, de dentro de si” (HUMBOLDT, 2006, p. 183).

trução de uma visão de mundo. Premente é, neste momento, dedicarmos algumas linhas ao estudo da conformação social da língua, posto que é este o aspecto central naquilo que se refere à compreensão de como entendemos o mundo que nos envolve; compreensão, portanto, de como se estruturam as visões de mundo.

3 LÍNGUA E CULTURA:

A Linguagem Enquanto Reflexo Cultural e Psicológico de uma Sociedade

Intenta-se, por intermédio do estudo linguístico, buscar, também, um caminho para o estudo do comportamento humano, isto é, por meio da manifestação dos pensamentos, mediante a linguagem. O ser humano externa ao mundo suas inclinações culturais e comportamentais. Desse modo, afirma Edward Sapir ser a língua um complexo de símbolos refletindo todo o quadro físico e social em que se acha situado um grupo humano (1969).

Por tal prisma, entende-se que as línguas representam realidades sociais, ou seja, o modo como determinadas sociedades em um dado tempo interpretam e interagem com o mundo. Sapir (1969) assevera que:

Os seres humanos não vivem apenas no mundo objetivo, nem apenas no mundo da atividade social como ela é geralmente entendida, mas também se acham em muito grande parte à mercê da língua particular que se tornou o meio de expressão da sua sociedade (p. 20).

Destarte, os interesses culturais marcam a ininterrupta formação da linguagem: as atribuições de significado – mais ou menos especificadas – são construídas por meio da concretização desses fatores psicológico-sociais. Assim, seguindo este entendimento, Sapir (1969) corroborou a ideia de que o modo como interpretamos o mundo é condicionado pelos hábitos linguísticos, os quais predisõem certas escolhas de interpretação.

Sob essa perspectiva, vê-se que a atribuição de significados não acontece de modo desregulado, mas é, antes, direcionada por condições históricas e sociais. Em outros termos, o estudo das significações linguísticas – terminologias – permite uma nova compreensão da história das invenções e das ideias e de sua conformação cultural (SAPIR, 1969). Nesse sentido, Sapir (1969) enfatizou que “a melhor maneira de compreender psicologicamente a linguagem, ao que parece, é vê-la como um complicadíssimo exemplo de todo um conjunto de símbolos secundários, ou referenciais, que a sociedade fez surgir” (p. 23).

Dessa maneira, a língua, o ambiente e o ser humano estão imbricados em uma relação de contínua construção interpretativa que configura o modo de ver o mundo. Conformam, em última instância, o social, o psicológico e o histórico – formadores e condicionantes da consciência humana. Sob esse aspecto, entende-se, seguindo o abono de Sapir, ambiente como sendo um complexo de fatores físicos e sociais. Nas palavras do autor: *Dividir o período realçado*

[...] convém compreender no termo “ambiente” tanto os fatores físicos quanto os sociais. [...] Por fatores sociais se entendem as várias forças da sociedade que modelam a vida e o pensamento de cada indivíduo. Entre as mais importantes dessas forças estão a religião, os padrões éticos, a forma de organização política e a arte (1969, p. 44).

Os fatores sociais atuam de maneira a condicionar a formação da linguagem, sua interpretação e significação. Assim, em um processo de formação linguística acontece, de igual modo, a formação social e a conformação cultural de uma dada sociedade. Segundo Sapir (1969), dá-se de modo condicionado pelos interesses coletivos – no sentido de que quando uma sociedade se propende a certas relações mais que a outras, esse fato é, também, refletido na formação lexical da língua. Dessa maneira e sob tais influências, a língua torna-se cada vez mais complexa – quanto mais complexas forem as relações dos indivíduos e seus interesses. Dispõe Sapir (1969), então, que: *Dividir período*

Tudo depende naturalmente do ponto de vista em que se coloca o interesse. Com isso no espírito, logo se compreende que a presença ou ausência de termos genéricos depende em grande parte do caráter positivo ou negativo do interesse que despertam os elementos ambientais correspondentes. Quanto mais necessário for para uma cultura fazer distinções dentro de uma dada série de fenômenos, tanto menos provável será a existência de um termo genérico para a série toda. Por outro lado, quanto mais culturalmente indiferentes forem esses elementos, tanto mais provável será que eles todos se englobem num termo único de aplicação geral (p. 47-48).

Sob essa égide terminológica, compreende-se que a formação do léxico, refletindo o ambiente social, tem alcance no tempo e no espaço, isto é, os conceitos culturais e, de igual modo, o léxico a eles referente vão se tornando cada vez mais ricos e ramificados com o aumento da complexidade cultural (SAPIR, 1969).

O imbróglgio que se nos apresenta tem início no momento em que a língua – enquanto reflexo das interações sociais – deixa de significar os novos movimentos ou entendimentos do corpo social. De tal sorte, as distinções e especificações do comportamento humano no social, pelo modo e velocidade com que surgem, não encontram amparo linguístico de conceitos que a eles correspondam – e, portanto, também não habitam, ainda, a consciência geral dos indivíduos. Para falar como Sapir (1969), a cultura torna-se mais complexa, mas há um interlúdio até a língua se tornar, da mesma forma, mais ramificada. A esse fenômeno chama-se momento de deriva.

3.1 Momento de Deriva⁴

Seguindo a construção teórica de Edward Sapir, o momento de deriva é caracterizado por um interlúdio na correspondência entre signos linguísticos – e seus significados – e a realidade social. Em outros termos, a língua perde a capacidade de, plena e fidedignamente, refletir o todo da realidade social. Esse fenômeno ocorre em virtude da diferença de processamento cognitivo entre dados culturais e linguísticos, isto é, os dados da língua são, necessariamente, menos suscetíveis de aflorar na consciência dos falantes do que os dados culturais (SAPIR, 1969). Isso significa, em termos práticos, que as mudanças culturais, por serem de mais fácil percepção e intensidade, ocorrem de modo anterior às mudanças linguísticas.⁵

Do mesmo modo, este momento, em que as mudanças sociais e culturais estão em pleno aflorar – enquanto fenômenos que se manifestam no tempo e espaço, circunstancialmente delimitados – e as formas linguísticas – léxico representativo de realidades em transformação – não mais abarcam a complexidade da mudança, foi, por Sapir (1969), chamado de momento de deriva.

Em outra obra,⁶ Sapir volta a se referir a esta ideia conceitual e agrega o fato de a deriva linguística ter como início variações individuais de fala e significação. A língua existe apenas dentro de sua aplicação – falada, ouvida e lida –, razão pela qual toda mudança que nela se verifica de modo significativo tem de existir, inicialmente, como variação individual. Assim, em relação ao exposto, enuncia:

A deriva da língua, ao contrário tem um rumo. Em outros termos, só a encarnam ou transportam aquelas variações individuais que se movem em certa direção, precisamente como são apenas certos movimentos das ondas na baía que marcam o avanço da maré. A deriva de uma língua consta da seleção inconsciente, feita pelos que a falam, das variações individuais que se acumulam numa dada direção especial (SAPIR, 1963, p. 124).

⁴ “[...] não só as palavras da língua passam a servir de símbolos de elementos culturais dispersos, como sucede nas línguas em qualquer período de desenvolvimento, mas se pode supor que as próprias categorias e processos gramaticais simbolizariam tipos correspondentes de pensamento e atividade de significação cultural. Até certo ponto, pode se conceber, portanto, a cultura e a língua em constante estado de interação e em associação definida por um largo lapso de tempo. Mas tal estado de correlação não pode continuar indefinidamente. Pela mudança gradual da psicologia coletiva e do ambiente físico há de se efetuar mudanças mais ou menos profundas tanto na língua como na cultura. Ora, a língua e a cultura não são evidentemente uma expressão direta da psicologia racial e do ambiente físico, senão que depende primariamente, para a sua existência e perenidade, das forças da tradição. Assim, apesar da necessidade de modificações numa e noutra com o correr do tempo, sempre se fará sentir uma tendência conservadora a refrear as tendências para a mudança. E aqui chegamos ao ponto crucial. Os elementos culturais, que servem de maneira mais definida às necessidades imediatas da sociedade e entram mais claramente no campo da consciência, não só hão de mudar mais rapidamente do que os elementos linguísticos, mas a própria forma da cultura, que dá a cada elemento a sua significação relativa, há de ficar num processo contínuo de remodelação [...] em outras palavras, a tendência conservadora se faz sentir muito mais profundamente nos lineamentos essenciais da língua do que na cultura. Daí a consequência necessária de que as formas da língua, com o correr do tempo, deixarão de simbolizar as da cultura, o que é a nossa tese central” (SAPIR, 1969, p. 60-61).

⁵ “[...] as mudanças na cultura provêm, pelo menos em grande parte, de processos conscientes ou de processos que facilmente se tornam conscientes, ao passo que as da língua se devem explicitar, se é que se explicitam, como devidas a uma ação mais sutil de fatores psicológicos que escapam ao domínio da vontade e da reflexão” (SAPIR, 1969, p. 59).

⁶ SAPIR, Edward. *A linguagem*. 2. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1963.

Pode-se, portanto, inferir essa direção por intermédio do passado histórico da língua (SAPIR, 1963), perspectiva pela qual se evidencia que faz parte do processo de formação linguístico a transformação cultural enquanto motor que impulsiona tal mudança.

É sob essa égide teórica que se busca, neste momento, a compreensão do processo comunicativo como formador (dinâmico) dos modos linguístico-conceituais. Em outros termos, a possibilidade de construção linguística é calcada em condições culturais e históricas como visto, mas, também, como parte constituinte e resultante do próprio falar.

4 LINGUAGEM EM MOVIMENTO:

Reestruturação de Conceitos e Interesses Linguístico-Sociais

Parte-se da premissa primeira de que a linguagem acontece sempre direcionada a alguém como meio necessário e possibilidade de comunicação.⁷ A partir disso, concebe-se o processo de comunicação como possibilidade, isto é, escolha de conceitos que permitam o entendimento sobre aquilo que se fala – e não como forma fixa da língua ou representação de sua essência. Não se trata, então, da linearidade da linguagem, mas, sim, dos fins aos quais se propõe o ato de falar (COSERIU, 1982).

Assim sendo, a linguagem assume um aspecto de movimento – no sentido de constante construção e modificação permanente de seus conceitos e significados – por intermédio do ininterrupto processo de comunicação. Coseriu, seguindo a teorização de Friedrich Wilhelm Christian Karl Ferdinand, barão von Humboldt,⁸ identifica essa ideia de movimento linguístico no conceito de *enérgeia*. Dispõe, então, que, “com a determinação da linguagem como *enérgeia*, chegamos a um ponto decisivo. A linguagem é agora para nós uma atividade livre. Pertence, pois, ao que é propriamente humano” (COSERIU, 1982, p. 24).

Por essa razão, a linguagem não determina fixos significados; antes, porém, manifesta uma possibilidade de interpretação do real – em outros termos, dentro de um processo comunicativo dinâmico, representa, ela, a linguagem, uma escolha. Do mesmo modo, o meio de individualização dos conceitos acontece mediante uma ação secundária, isto é, a partir de um conceito geral e já existente na língua, que se pode nomear, ou seja, tornar particular uma ideia geral. Coseriu assinala que:

O significado, pois, implica apenas a possibilidade do “ente” – um “ser tal e qual” –, e não o próprio ente. Só secundariamente pode chegar a linguagem à designação do ente através do “ser tal e qual”. O “ser árvore” é primário e a aplicação às árvores, aos entes que correspondem a esse modo de ser, é um fato secundário. Mas a mera possibilidade é algo universal; por isso, somente através duma operação secundária de individualização, a partir do universal, a linguagem pode chegar à designação dos exemplos particulares do “ser tal e qual”. Também as designações individuais historicamente fixadas – os “nomes próprios” – são, a esse respeito, um fenômeno secundário que pressupõe apreensão do universal (existem nomes próprios apenas para entes já nomeados mediante apelativos, e não ao contrário (COSERIU, 1982, p. 27).

A essa concepção de linguagem coaduna-se, como visto, o entendimento de que nenhum tipo de significação linguística é neutro – do ponto de vista daquele que nomeia e o contexto cultural no qual se insere –, e nem fixo – a partir da possível aceitação de que a linguagem seria estática. Por esse viés, segue-se na análise teórica de linguagem enquanto representação do todo fenomênico e como possibilidade de compreensão.

⁷ “[...] a linguagem como falar é um *falar com o outro*. Isso já distingue a linguagem das demais atividades expressivas, que não se dirigem necessariamente a outro ser (ainda que, naturalmente, o “outro” possa acolher e interpretar a expressão e determinar a sua própria conduta com base no que interpretou; a chamada “comunicação” dos animais pertence em grande parte a esse tipo: na verdade, não se comunica nada, o animal é que ajusta a sua reação a uma outra reação, interpretada” (COSERIU, 1982, p. 18).

⁸ “A língua em si não é uma obra acabada (Ergon), mas sim uma atividade (Energeia). Por isso sua verdadeira definição só pode ser aquela que a apreenda em sua gênese. Afinal a língua consiste no esforço permanentemente reiterado do espírito de capacitar o som articulado para e expressão do pensamento” (HUMBOLDT, 2006, p. 99).

4.1 Humboldt e a Cosmovisão Linguística: a contribuição para a discussão sobre a alteração do prenome no registro civil

Os ensinamentos deixados por Humboldt são de extrema relevância para a compreensão daquilo que representa a linguagem no processo de formação do ser humano e de sua civilização. É por essa razão que, neste momento, recorre-se a ele: porque, apesar de os estudos jurídicos buscarem as certezas da e na lei, é do estudo profundo do social e daquilo que nele está envolto que decorrem as explicações, justificações e interrogações para com aquilo que está positivado. Em outros termos, esta pesquisa tem por objetivo o estudo da possibilidade de se legislar sobre a alteração civil do prenome, porém não nos parece justo fazê-lo sem trazer ao debate o como e o porquê de este fenômeno social estar acontecendo. É nesse sentido que Humboldt nos auxilia ao teorizar a respeito de uma visão de mundo integral, isto é, de modo a envolver o Homem, a Linguagem e o Universo.

Assim, a língua torna-se o próprio objeto de análise, e, de certo modo, possibilita também a análise da formação do homem enquanto ser humano – conjuntamente a tudo que esse conceito implica – e suas possibilidades de entendimento do mundo. Dessa forma, a visão Holística (entendimento integral) constitui-se da consideração de uma perspectiva triangular de Homem, Linguagem e Universo. Considerações, portanto, de como o homem forma a língua e de como a língua forma o homem, percebendo-se, assim, como a interação desses elementos possibilita e condiciona o entendimento das coisas do mundo. Concretiza-se, por esse viés, a concepção de linguagem não apenas como meio de comunicação objetiva, mas como ente formador de caráter e possibilidade de assimilação de fenômenos complexos manifestados e apresentados ao intelecto humano (HUMBOLDT, 2006).

Destarte, como já citado, o movimento do social condiciona a formação da linguagem e, ao mesmo tempo, a linguagem condiciona a formação do social. Ao se pensar, todavia, na possibilidade de alteração de um prenome, vê-se por detrás dessa situação um contexto cultural no qual determinadas peças da linguagem – os nomes – são aceitas e outras não; um contexto cultural apregoadado às formas fixas da língua e que, ao se deparar com o diferente, espanta e busca auxílio no direito. Nessa perspectiva:

O organismo das línguas nasce da capacidade e da necessidade geral do ser humano de falar, e descende de toda a Nação; a cultura de cada língua depende de disposições e destinos particulares, e repousa, em sua maior parte, sobre os indivíduos que vão surgindo na nação aos poucos. O organismo faz parte da fisiologia do ser humano intelectual, e a formação faz parte da série de desenvolvimentos históricos. O desmembramento das diferenças do organismo leva à medição e ao exame da região da língua e da capacidade humana da linguagem; a investigação na condição de uma formação cultural mais elevada conduz ao reconhecimento da consecução de todos os objetivos humanos por meio da linguagem (HUMBOLDT, 2006, p. 38-39).

Assim sendo, as escolhas referentes às formas linguísticas refletem, em última instância, uma opção de interpretação do mundo. No caso ora estudado, para exemplificar, escolher que certos nomes são aceitos para determinadas pessoas e não para outras, reflete uma visão de mundo ocidental, mais especificamente latina, e, mais ainda, brasileira, que poderia, também, especificar-se mais quanto mais restrita fosse a cultura analisada.⁹ Segundo Humboldt (2006),

[...] a língua não é um livre produto do ser humano singular, mas pertence sempre a toda a nação; também nesta, as gerações mais recentes recebem a língua lá das gerações anteriores. Pelo fato de que nela o modo de representação de todas as idades, sexos, estamentos, diferenças de caráter e de espírito – da mesma tribo, e, então por meio da transição de palavras e línguas de diferentes nações em crescente comunidade de todo o gênero humano, por fim – mistura-se, apura-se e ganha outra conformação, a língua torna-se o grande ponto de transição entre a subjetividade e a objetividade, entre a subjetividade sempre limitada e a existência que tudo abarca simultaneamente em si (p. 71-73).

⁹ “Através da dependência recíproca do pensamento e da palavra fica evidente que as línguas na verdade não são meios para a representação da verdade conhecida, mas sim muito mais para a descoberta do anteriormente desconhecido. A sua diferença não reside nos sons e signos, mas na diferença de concepções de mundo em si” (HUMBOLDT, 2006, p. 77).

Entendendo, pois, que a formação social e a linguística estão imbricadas desde o nascedouro e que, em certos aspectos, deixam, mutuamente, marcas umas nas outras, percebe-se que a interpretação, seja de nomes ou de seres, não acontece ao acaso; razão pela qual se torna árduo o trabalho de estudar a situação que passamos hodiernamente, isto é, momento em que as relações sociais se modificam em velocidade extrema e que, quando obstaculizadas, procuram no Direito um caminho a seguir. É por esse motivo que se deve buscar nos estudos linguísticos um auxílio para o entendimento do que significa um *nome*, qual a força simbólica que nele é posta e de que forma isso reflete um contexto cultural. Desse modo, até este momento adentrou-se nas teorizações a respeito da língua, dos significados e de suas variações; cabe, agora, o estudo da interpretação dessa peça da língua – o nome – e a atribuição dele a um ser histórico – uma pessoa, circunscrita por seu tempo e por sua cultura.

5 CÍRCULO HERMENÊUTICO E A INTERPRETAÇÃO DE SERES HISTÓRICOS

Aquilo que foi até aqui abordado será, pelos autores citados neste tópico, entendido como “*pré-compreensões*”. Em outros termos, a bagagem histórica – que envolve língua e cultura – que trazemos possibilita e, ao mesmo tempo, condiciona o modo como assimilamos os fenômenos do mundo. Viu-se a magnitude das influências da linguagem na formação social e, dessa forma, entendeu-se que nos portamos no universo imersos em um mar de significados, os quais, ao longo do tempo, foram forjados culturalmente. Neste momento, parte-se ao estudo de como essa bagagem influencia na nossa interpretação dos nomes e das pessoas que os usam.

Por esse viés, a definição de círculo hermenêutico é dada a partir da relação entre horizontes históricos, que podem ser definidos pelo local no tempo e espaço em que se situa o ente ao qual se interpreta. O Ser que se situa e representa determinado horizonte histórico foi, por Heidegger (2006), denominado de *Dasein*. A esse respeito, Gadamer (1999) assevera:

A analítica temporal da existência (*Dasein*) humana, que Heidegger desenvolveu, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (*Dasein*). O conceito “hermenêutica” foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo. Que o movimento da compreensão seja abrangente e universal não é uma arbitrariedade ou uma extrapolação constitutiva de um aspecto unilateral, mas está, antes, na natureza da própria coisa (p. 16).

Quando Gadamer afirma que a compreensão é o próprio modo de ser do *ser-aí*, reitera a noção de o homem estar mergulhado na linguagem que interpreta, por meio de seus *preconceitos*, a todo instante. Especificamente a respeito do círculo hermenêutico, o professor Paul H. Fry (FRY, 2009) explica:

Eu me aproximo de um texto e a primeira coisa que leio é uma frase. Ainda há muito mais texto. Isto é apenas uma parte. Mas eu, imediatamente, começo a formar uma opinião sobre essa parte em relação a um todo imaginado ou suposto. Então, uso esse sentimento do que deve ser o todo ao continuar lendo partes sucessivas. E mantenho a referência das partes sucessivas com a idéia desse todo que muda como resultado desse crescente conhecimento. A circularidade deste vínculo com a interpretação tem a ver com o movimento de ir e vir entre essa certa pressuposição sobre o todo que eu formei a partir do estudo de uma parte movendo-se então à parte, de volta ao todo e assim por diante, em um padrão circular.

Desse modo, tal circularidade é marcada pelo confronto de horizontes históricos. A expansão do círculo hermenêutico que é, neste trabalho, sugerida, intenta visar o confronto de seres com formações culturais distintas em um mesmo horizonte histórico. Ao transpassar tal pensamento à interpretação de nomes, chega-se a tal postulado: por uma peça de linguagem que representa a ideia de determinado ser cognitivo – o nome – o intérprete idealiza esse ser mediante as suas pré-compreensões históricas.¹⁰ Deixa-se de lado o objetivo pri-

¹⁰ A atividade subjetiva forma um objeto no ato de pensar, pois nenhuma classe de representações pode ser vista como contemplação meramente receptiva de um objeto já existente. A atividade dos sentidos há de se unir numa síntese com a ação interior do espírito e, desta união, depreende-se a representação, que, ante a força subjetiva torna-se objeto e, novamente percebido como tal, retorna àquela (HUMBOLDT, 2006, p. 131).

meiro do ato de nomear que, como explicitado anteriormente, é a capacidade de distinção de seres em uma sociedade, para, por meio dos preconceitos, tachar o ser e imbricá-lo, inevitavelmente, à imagem que se espera que ele represente – entenda-se que essa expectativa de representação é formada cognitivamente em determinada sociedade por intermédio de sua formação histórica: um homem é representado de determinada maneira e a ele cabe certos nomes; essa é uma ideia construída e não uma ideia daquilo que de fato ele o é.

Conforme o ensinado por George Berkeley¹¹ (1973), o que ora tratamos como “*expectativa de representação*” é o resultado da tentativa de abstração das ideias sobre as coisas do mundo. Como já citado, tudo aquilo que parte do espírito humano – seja enquanto expectativa, seja enquanto modo de compreensão – é formado socialmente e, portanto, pode se modificar. Exemplo disso – e situação pela qual passamos – é a ideia de homem e de mulher. São conceitos gerais que, segundo *preconceitos*, particularizam-se, mas que, em última análise, não estão blindados às alterações.

Pelas teses abordadas até aqui infere-se, a respeito da interpretação de seres históricos, que ela se dá condicionada por fatores linguísticos – significados e símbolos formados ao longo dos tempos e das culturas – e que se leva a termo tendo como base ideias gerais de fenômenos particulares – estas, também, construídas no seio de cada sociedade. Na prática, imagina-se o que deva representar um homem e uma mulher, e a essas ideias fixam-se determinadas peças linguísticas aceitas como normais. A partir disso, interpreta-se o nome, a pessoa e aquilo que ela representa. O que queremos mostrar com este trabalho é que nada disso é invariável ou inalterável. Por este viés, entende-se a necessidade de reconsiderar as tradições que impulsionam o ser a tomar determinado ato interpretativo como único e verdadeiro dentre todos os demais, pois, como afirma Gadamer (1998):

A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre si mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação” (p. 18-19).

No intento, portanto, de iluminar as teorias supracitadas calcando-se na realidade, traz-se à baila uma decisão do Supremo Tribunal Federal que versa sobre o tema ora tratado.

6 JURISPRUDÊNCIA – Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 do Supremo Tribunal Federal

Com base naquilo que foi estudado neste trabalho, concretizam-se tais teses a partir da análise de um caso concreto. Citar-se-á, portanto, uma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em 2018, a qual possibilitou a alteração do prenome e do sexo, no registro civil, por parte dos transgêneros sem a necessidade de cirurgia de mudança de sexo ou de tratamento hormonal.

O acórdão dispõe que:

O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização,

¹¹ “[...] a fonte dessa noção privilegiada parece-me ser a linguagem. Certamente nada menos do que a razão poderia ter dado origem a uma opinião universalmente aceita. Vê-se isto, além de outras razões, na clara confissão dos mais competentes defensores das idéias abstratas que as reconhecem devido à necessidade de denominar; de onde a consequência clara: se não houvesse o discurso ou os sinais universais, não teria havido idéia de abstração. Vejamos como as palavras contribuem para esse erro. Primeiro, pensa-se que cada nome tem ou deve ter um só significado definido e preciso, que leva o homem a pensar que há certas idéias abstratas determinadas constitutivas da verdadeira e única significação de cada nome geral; e só por intermédio dessas idéias abstratas pode um nome geral significar uma coisa particular. Pelo contrário, não há significação precisa e definida ligada ao nome geral, todos eles próprios para significar indiferentemente grande número de idéias particulares. Isto decorre evidentemente do que ficou dito e uma breve reflexão o põe claro. Pode objetar-se que cada nome definível está por isso mesmo restringido a certa significação. Por exemplo, o triângulo define-se ‘uma superfície limitada por três linhas retas’ e por este nome denota-se uma certa idéia e não outra. A isto respondo que na definição não se diz se a superfície é grande ou pequena, branca ou preta, se os lados são longos ou curtos, iguais ou desiguais, nem os ângulos segundo os quais se inclinam; em tudo pode haver grande variedade, e portanto nenhuma idéia determinada limita a significação da palavra triângulo. Uma coisa é manter constante definição de um nome, outra é fazer que ele represente sempre a mesma idéia; uma é necessária, outra é inútil e impraticável” (BERKELEY, 1973, p. 16). Valemo-nos deste ensinamento para assinalar que a ideia geral de homem e de mulher pode representar várias significações e que, desse modo, essa concepção é construída social e historicamente.

ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018 (BRASIL, 2018).

Busca-se, neste momento, identificar na referida decisão traços das teorias apresentadas nesta pesquisa. Em um primeiro contato, é de causar estranheza o fato de um ser humano ter de alterar seu prenome em razão de uma mudança de sua aparência – enquanto manifestação e representação no mundo. A partir, porém, do momento em que se identificam os elementos sociais que condicionam a interpretação e compreensão das coisas do universo e, com isso, entende-se que, como o apresentado por Humboldt (2006), o ser humano, sua linguagem e o universo no qual vive estão conectados, percebe-se que os conceitos arraigados na cultura e refletidos na língua são difíceis de serem alterados. Com isso, queremos salientar que a construção social do ser humano, do gênero e da linguagem está definida dentro de parâmetros considerados normais pela sociedade brasileira. Daí decorre a necessidade de alteração do prenome quando se muda de sexo, não pela necessidade linguística, pois, como visto, a língua é dinâmica e poderia se adaptar à nova conformação social, mas, antes, por um *status quo* de não aceitação dessa mudança. Isso, no entanto, não significa que sempre será assim.

A citada decisão da suprema corte brasileira, na falta de legislação adequada, visa a sanar um desacordo entre o social e o linguístico, como já apresentado por Sapir (1969), quando teorizou sobre o momento de deriva, isto é, quando as mudanças sociais ocorrem de tal forma que alguns conceitos linguísticos se tornam defasados, ou seja, não representam mais, de maneira correta, os fenômenos que se pretendiam representar.

Ademais, infere-se que acertada é a decisão judicial, posto que o cenário social pelo qual passa o Brasil gera desconforto àqueles que estão à frente das mudanças – naquilo que diz respeito às desconstruções pleiteadas na área dos gêneros. Assim, para termo deste estudo, frisa-se que vivemos em um mundo imerso em significados e símbolos que, antes de tudo, foram criados pelo espírito humano. Em outros termos e pelo que foi aqui exposto, sempre há de existir a capacidade humana de transformar o social e, com isso, o linguístico, a fim de remodelar conceitos e significar novas relações e estados do ser, a fim de, em última instância, tentar tornar completa a experiência da vida no social. Deve-se, então, sempre repensar o impulso histórico que nos move, como bem-assenta Ivone Lixa (2000):

Assim, o sentido de algo, seja um texto ou obra de arte, é definido pelos questionamentos postos pelo presente, cujos preconceitos herdados pela tradição devem estar abertos em relação ao novo, para que, fenomenologicamente, ocorra a revelação do que insiste em ser ocultado (p. 63).

Premente, portanto, é a situação em que vivemos – um momento de deriva linguística que afeta as relações sociais sob sua égide. De igual magnitude e intensidade, porém, se mostra a capacidade humana para a mudança e para a redescoberta de novos conceitos, novas relações, novas visões de mundo.

7 CONCLUSÃO

Sob a égide das teorias expostas nesta pesquisa e tendo sempre como parâmetro o quadro social brasileiro, chega-se a algumas considerações a respeito das mudanças sociais vividas no país. Buscou-se amparo na filosofia da linguagem, nas teorias linguísticas e na jurisprudência nacional para tentar abordar, de forma mais ampla e completa possível, o fenômeno de alteração do prenome, suas causas e explicações.

Possibilitou-se o entendimento da complexidade envolta neste processo, em que não estão envolvidas apenas questões jurídicas, mas, antes, todo um quadro de evolução social, civilizatória e linguística.

Em um primeiro momento verificou-se que o ato de dar nomes às coisas traz consigo um forte teor simbólico; não sendo apenas um ato neutro, mas um fenômeno condicionado por diversos fatores: históricos, culturais, linguísticos, psicológicos... Nesse sentido, possibilita-se a compreensão destes significados apenas quando se considera o referido contexto no qual se formam.

Assim, ao nos aprofundarmos nas questões referentes à linguagem, observamos que ela, enquanto produto da consciência humana, traduz nos seus conceitos a realidade social na qual se formou, e isso dá a ela um aspecto de movimento, de transformação, uma vez que realidades sociais, de igual modo, modificam-se.

O problema tem início quando as formas da língua deixam de adequar-se ao momento histórico pelo qual passa determinada sociedade. No nosso entender, este é o caso brasileiro: isto é, as alterações nas concepções de gênero representam uma realidade social, porém a ideia de que na língua essa alteração também é possível não foi assimilada pela sociedade. Em outros termos, ainda persiste a noção de que alguns nomes são do gênero masculino enquanto outros são do feminino, apesar de existir a possibilidade de se escolher outro caminho interpretativo.

Como visto, esse fato é justificado pelo processo de formação da língua e do imaginário brasileiro, e é por tal motivo que se torna premente tal regulamentação. O fato de o imaginário abstrato da sociedade brasileira estar fixado em determinados parâmetros conceituais, faz com que os que disso destoam – aqueles que alavancam a referida mudança nas relações sociais – tornem-se vítimas de discriminação. Em uma tentativa de adequar-se aos moldes exigidos socialmente, muda-se o nome. Não precisaria ser assim, não será sempre assim, porém, neste cenário em que ávidas são as alterações na estrutura social, premente é o auxílio jurídico para tornar possível o bem-estar no social.

8 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4725 – 1/600*. Brasília: STF, 2018.
- BERKELEY, George. *Tratado sobre os princípios do conhecimento humano*. São Paulo: Ed. Abril Cultural e Industrial, 1973. 44 p.
- COSERIU, Eugênio. *O homem e sua linguagem: estudos de teoria e metodologia linguística*. São Paulo: Presença, 1982.
- FRY, Paul H. *Introdução à teoria da literatura*. YouTube, New Haven, 2009. *On-line*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=akm1kgfbyx4>.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999. 736 p.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1998. 72 p.
- HESSER, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 1964. 206 p.
- HUMBOLDT, Alexander von. *Humboldt: linguagem, literatura, bildung*. Org. Werner Heidermann e Markus Weininge. Florianópolis: UFSC, 2006. 268 p.
- LIXA, Ivone. *A possibilidade de revisão da hermenêutica jurídica tradicional a partir de elementos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer*. 2000. Dissertação (Mestrado em Concentração de Filosofia e Teoria do Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Curso de Pós-Graduação em Direito, 2000.
- SAPIR, Edward. *A linguagem*. 2. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1963.
- SAPIR, Edward. *Linguística como ciência*. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Acadêmica, 1969.
- SARTRE, Jean Paul. *O que é literatura*. São Paulo: Ed. Ática, 2004. 256 p.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Definições e fins do direito. Os meios do direito. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 464 p.

RESENHA

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021 (prelo).

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.311-317>

Recebido em: 26/8/2020

Aceito em: 31/8/2020

O CONTROLE DO SUBSTANCIALISMO E DO DECISIONISMO NA APLICAÇÃO DA PENA

Salo de Carvalho

Professor-adjunto de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Unilasalle. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Pós-doutor em Criminologia pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, ES, 2008-2010). Pós-doutor em Direito Penal (bolsa CNPq) pela Università di Bologna (Bologna, ITA) (2013-2014). Pós-doutor em Filosofia Política pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2014-2016). Investiga os temas: Direito Penal, Criminologia, Sociologia do Desvio, Penologia, Política de Drogas, Fundamentos do Processo Penal, Direitos Humanos, Metodologia de Pesquisa, Teoria Crítica. <http://lattes.cnpq.br/4997752549394373>. <http://orcid.org/0000-0002-2006-9916>. salo.carvalho@uol.com.br

1. Ao abordar as perversões autoritárias que se materializam na aplicação da pena, um dos principais recursos utilizados por penalistas e criminólogos é a categoria *decisionismo*, uma das marcas mais evidentes dos sistemas penais de corte inquisitorial. Se a ausência de critérios legais ou o seu desrespeito erodem qualquer possibilidade de uma decisão judicial democrática, a história da luta pelos direitos fundamentais é, sobretudo, a história da luta pela definição de regras do jogo, ou seja, de parâmetros identificados como garantias penais e processuais.

Ferrajoli, em “Diritto e Ragione” (1998), descreve dois aspectos daquilo que denomina “epistemologia antigarantista” (inquisitiva). O primeiro, na esfera do Direito Penal material, é uma concepção não formalista, mas *ontológica* ou *substancialista* do crime, na qual o objeto de conhecimento não é a conduta previamente descrita, mas uma qualidade imoral ou antissocial do autor (Direito Penal do autor). O segundo, no âmbito do Direito Processual Penal, é exatamente o *decisionismo processual*, ou seja, “o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da aplicação da pena” (FERRAJOLI, 1998, p. 15).

Na tradição jurídica brasileira, a prática da “aplicação da pena” (*law in action*) tem restado vulnerável às duas dimensões antigarantistas: substancialismo do crime e decisionismo processual. Assim, cabe ao pesquisador avaliar o nível do autoritarismo no exercício da atividade judicial (arbitrio), observado neste entrelaçamento entre a subjetivação dos critérios de valoração (da prova e da pena), que acaba dirigindo o juízo para o julgamento moral do acusado, e o enfraquecimento das diretrizes legais de controle da decisão.

Na dimensão penal material, embora o sistema de aplicação da pena no Brasil apresente uma metodologia (organização formal) com um grau relativamente adequado de determinação, pois composto por etapas definidas (artigo 59, incisos I, II, III e IV c/c artigo 68, do Código Penal), as categorias indicadas para valoração judicial são altamente indeterminadas. Assim, é significativo o número de cláusulas imprecisas nas circunstâncias judiciais (artigo 59, *caput*), nas circunstâncias legais agravantes (artigos 61 e 62), atenuantes (artigo 65)

e nas causas especiais de aumento e de redução da pena (distribuídas pela parte geral e especial do Código Penal). Pensemos, por exemplo, nas circunstâncias culpabilidade, personalidade do réu, conduta social e motivos, que devem orientar a pena-base. Além do alto grau de ambiguidade conceitual, o Código não indica quanto cada uma das circunstâncias deve impactar o cálculo da pena-base. Significa dizer que as circunstâncias judiciais carecem de especificação quantitativa (conceito) e qualitativa (unidade de valor).

Este problema que atinge a dimensão penal material, contudo, acaba sendo aprofundado na esfera processual penal. Isto porque apesar da alteração do Código de Processo Civil, em 2015, e dos seus reflexos diretos na reforma do Código de Processo Penal, em 2019, ainda prevalece, no senso comum teórico, que orienta a atividade cotidiana dos juristas (WARAT, 2004), a ideia de que a decisão judicial é regida pelo princípio do livre convencimento. Neste cenário, da mesma forma que o julgador, para proceder aos juízos condenatório ou absolutório, valoraria a prova de forma “livre”, na aplicação da pena teria um amplo poder discricionário para a interpretação das circunstâncias e fixação da espécie e do tempo de sanção.

Não fica difícil perceber, portanto, como o inquisitorialismo (substancialismo penal e decisionismo processual) concretiza-se em forma de punitivismo nesta dinâmica de *livre interpretação dos tipos penais abertos* na determinação da pena. Embora formalmente estruturada em etapas (metodologia), a fragilidade das estruturas normativas reduz sobremaneira a *coerência* e a *integridade* do ato judicial de fixação da pena. E um dos reflexos evidentes desta cultura normativa e judicial inquisitória é o constante e expressivo aumento da população carcerária nacional nas últimas décadas.

2. Na estática (estrutura normativa) e na dinâmica (aplicação do Direito) do Direito Penal, o controle dos excessos judiciais na valoração da prova e na aplicação da pena deveria ocorrer por meio da obrigatoriedade de o julgador motivar sua decisão. Conforme o dispositivo constitucional (artigo 93, IX) e as alterações nos Códigos de Processo Civil e Penal, o princípio da fundamentação operaria como um instrumento de fiscalização contra abusos. Assim, também nos momentos da definição e da quantificação da pena, o ato judicial depende de uma exposição clara e objetiva dos elementos concretos, referenciados na prova, que justificaram determinada conclusão. Significa que o julgador deve expor *como* a sua conclusão está juridicamente adequada, isto é, apresentar os fundamentos normativos (constitucionais e legais) e a base empírica (prova) que amparam o juízo punitivo (condenação) e penológico (aplicação da pena). A finalidade do princípio da fundamentação, portanto, é a criação de mecanismos de *controle* e de *fiscalização* do ato judicial, como forma de restringir o arbítrio. A coerência (princípio da não contradição) dos argumentos judiciais com as hipóteses normativas e com a prova processual representa, pois, a própria condição de validade da decisão.

Na busca da efetivação de um sistema de respeito às garantias, o esforço de uma dogmática crítica é o de sofisticar os mecanismos de *redução da discricionariedade e do subjetivismo judicial*, de forma que as decisões observem rigorosamente os limites normativos e probatórios. É notório que inexistem instrumentos absolutos de controle da atividade judicial, fundamentalmente porque o julgador opera a partir e dentro da linguagem. A teoria crítica do Direito há muito tempo revelou as inúmeras técnicas (conscientes ou não) utilizadas para dar aparência de legalidade à decisão, mesmo quando são ultrapassados ou simplesmente contrariados os limites legais (legalidade penal e processual penal).¹ A inexistência de ferramentas que garantam absoluta vinculação do juiz à Constituição, porém, não pode ser um impeditivo ao controle da discricionariedade.

A Reforma do Código Penal de 1984, ao adotar o modelo trifásico de determinação da pena-base (artigo 68, Código Penal), procurou diminuir as possibilidades de arbítrio judicial, fixando parâmetros formais que, se inobservados, conduziram à nulidade. A constrição dos espaços de arbitrariedade pelo método, porém, isto é, pela criação de um modelo ordenado em fases e pressupostos (pena-base, pena provisória e pena definitiva) não se mostrou suficiente para o controle do arbítrio, sobretudo porque o Código manteve, em excesso, termos de alta volatilidade (p. ex., culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social, motivos, entre outras).

¹ Neste sentido, SOUZA, 1987; CUNHA, 1979; BRUM, 1980; atualmente STRECK, 2011; ROSA, 2006.

Ao enfrentar o debate sobre a discricionariedade na aplicação da pena, Figueiredo Dias é preciso ao afirmar que esta *atividade não é absolutamente arbitrária (livre)*, pois não se confunde com a discricionariedade jurídico-administrativa, na qual o magistrado poderia escolher entre várias soluções possíveis. Neste campo, “a actividade judicial de determinação da pena é, toda ela, juridicamente vinculada” (DIAS, 1993, p. 194). Significa dizer, nas lições de Figueiredo Dias, que o juiz não é reenviado a um campo de regras não escritas, de conceitos indeterminados, sujeitos a valorações de ordem personalista. Sobretudo porque é tarefa judicial “traduzir os critérios jurídicos de determinação numa quantidade de pena, em que ele não pode, por outras palavras, furtar-se a uma quantificação exacta (numérica!) das suas valorações” (DIAS, 1993, p. 195). Ainda que o sistema jurídico fosse totalmente irracional, caberia ao juiz racionalizá-lo, pois sua função é a de apresentar uma quantidade clara e precisa de pena, nos termos do artigo 59, II e do artigo 68, *caput*, do Código Penal brasileiro.

Neste cenário, se a forma da aplicação da pena é predeterminada pelo modelo trifásico, o conteúdo dos argumentos judiciais deve igualmente ser controlado, sobretudo para que os espaços abertos pelas circunstâncias judiciais não convertam a sentença em um juízo de reprovação moral, tendência sempre presente em culturas marcadamente inquisitórias e punitivistas. Assim, mesmo as *circunstâncias subjetivas* (referentes ao autor do fato), que apresentam maior dificuldade de demonstração, devem ser materializadas em dados processualmente válidos, ou seja, em elementos concretos e empiricamente refutáveis. Em outros termos, as circunstâncias subjetivas, para terem seu conteúdo validado na decisão, devem ser *objetivadas na prova*, devem estar aderidas a elementos comprováveis. Do contrário produz-se “*uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não mais à comprovação de fatos objetivos, mas para a análise da interioridade da pessoa julgada*”, cujo corolário é a degradação “*(...) da verdade processual (empírica, pública e intersubjetivamente controlável) em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador*” (FERRAJOLI, 1998, p. 15).

3. Inúmeros estudos, empíricos e dogmáticos, no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal indicam como, por meio de manipulações retóricas, decisões que atingem sobretudo a liberdade individual descumprem o comando constitucional da motivação na aplicação da pena.² A partir deste importante diagnóstico, Streck (2017), ao analisar as inovações trazidas pela Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil), concluiu ter ocorrido a superação do princípio do livre convencimento em nosso sistema processual. Segundo o autor, as novas diretrizes do Código de Processo Civil representaram um reforço de otimização do sentido constitucional do dever de fundamentação, materializado em mecanismos normativos de controle do conteúdo das decisões judiciais que criam blindagens contra decisionismos e subjetivismos.³

A primeira inovação do Código de Processo Civil é relativa à necessidade de que os Tribunais uniformizem sua jurisprudência, de forma a assegurar *estabilidade, integridade e coerência* nas (e das) decisões. Coerência e integridade representam os marcos mínimos, os fundamentos das regras do jogo processual: garantem isonomia em casos similares; possibilitam um maior controle do ato decisório. Assim, ensina Streck que haverá *coerência* quando os mesmos preceitos e princípios forem aplicados para casos idênticos: “a coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte do poder Judiciário (...)” (STRECK, 2017, p. 101). Se coerência amarra o juiz ao conjunto das demais decisões (unidade), a integridade o vincula à legalidade constitucionalmente conformada, estabelecendo uma garantia contra “arbitrariedades interpretativas”, pois “a integridade é antitética ao voluntarismo, ao ativismo e à discricionariedade” (2017, p. 101).

² Neste sentido, exemplificativamente, BUSATO, 2014, pp. 41-55; CAMPOS, 2017, pp. 197-250; CARVALHO, 2010, pp. 115-228; CHOUKR, 2002, pp. 159-161; QUEIROZ, 2011, pp. 450-453; ROIG, 2013, pp. 257-276; SEMER, 2019, pp. 373-401; SHECAIRA, 2002, pp. 261-306; STOCO, 2014, pp. 150-175; TEIXEIRA, 2015, pp. 23-41.

³ “A partir do CPC 2015, portanto, não poderá o juiz ou tribunal referir que a ‘decisão foi exarada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento’. Isso implica outra questão absolutamente relevante: por uma decorrência lógica, não poderá o juiz fundamentar a decisão alegando que ‘julgou segundo sua consciência’, uma vez que isso seria reprimatizar a expressão derogada, conspurcando, assim, a vontade legislativa.” (STRECK, 2017, p. 33).

De forma a concretizar os postulados de coerência e integridade, o artigo 489 do Código de Processo Civil reestruturou a disciplina da sentença, apresentando importantes diretrizes negativas (artigo 489, §1º). Assim, o Código de Processo Civil não apenas densifica a “cultura da motivação” (ROSA, 2016, p. 479), nos termos propostos por Alexandre Morais da Rosa, como também aprofunda a ideia de decisão judicial como “atividade juridicamente vinculada”, em oposição aos modelos de íntima convicção, de prova tarifada e da livre apreciação. Na dosimetria da pena, a vedação (a) da mera reprodução do ato normativo, (b) do emprego de conceitos jurídicos indeterminados e (c) da utilização de argumentos que justificariam qualquer ato judicial, são decisivos para o efetivo controle da análise das circunstâncias, da quantificação da pena, da definição do regime e da aplicação de penas substitutivas à prisão.

Na linha das mudanças promovidas pelo novo Código de Processo Civil, a reforma do Código de Processo Penal, em 2019, igualmente deve ser tomada como um avanço no controle do decisionismo. Apesar de no campo penal material a Lei Anticrime ser catastrófica, notadamente em razão de ter absorvido e reproduzido elementos de uma cultura inquisitória que aposta na punição como método preventivo, no campo processual penal há uma inegável vocação garantista. Especificamente em relação aos fundamentos da prisão preventiva, além de exigir dados sobre a existência do crime e indícios de autoria, demanda a *demonstração* de que o estado de liberdade do acusado produza perigo. O *caput* do artigo 315 regula o dever de motivação nos decretos de prisão preventiva e o §2º elenca as hipóteses de nulidade quando a decisão incorrer em (a) reprodução autômata de dispositivo legal ou súmula (artigo 315, §2º, I e V); (b) emprego de elementos jurídicos indeterminados (artigo 315, §2º, II); (c) utilização de argumentos que justificariam qualquer outra decisão (artigo 315, §2º, III); (d) omissão em relação às teses apresentadas pelas partes (artigo 315, §2º, IV); (e) inobservância de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstração de distinção ou superação (artigo 315, §2º, VI). Embora fosse desnecessária nova disciplina sobre a matéria em decorrência das regras do Código de Processo Civil, é importante perceber que o artigo 315 do Código de Processo Penal, na cláusula geral do §2º, amplia as diretrizes negativas que invalidam o ato judicial para todas as decisões, não restringindo apenas aos casos de prisão preventiva – “não se considera fundamentada *qualquer* decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão (...)” (artigo 315, §2º, Código de Processo Penal, grifei).

A exposição redundante dos dispositivos que ordenam a atividade jurisdicional parece indicar uma necessidade real no atual cenário jurídico-penal brasileiro: afirmar a força normativa dos direitos e garantias constitucionais e evidenciar formalmente a banalização e a espetacularização das prisões, provisórias ou definitivas. Exatamente por esta razão, os limites da motivação (diretrizes negativas) devem ser respeitados também na fase de determinação judicial da pena.

Significa dizer, traduzindo a reflexão ao campo da aplicação da pena, que não é pela simples existência de tipos penais abertos (no caso, as circunstâncias judiciais, especialmente as de natureza subjetiva) que o julgador está isento de qualquer limite interpretativo, livre para atribuir às circunstâncias o sentido que entender mais adequado. Mesmo havendo “margens de interpretação”, a decisão deve estar em harmonia com os parâmetros e as diretrizes legais em razão de ser uma atividade judicial constitucionalmente vinculada.

4. Neste contexto insere-se “Aplicação da Pena e o Problema da Discricionariedade Judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de *sentencing guidelines* norte-americano e inglês”, versão adaptada da dissertação de Mestrado apresentada por Gabriel Silveira de Queirós Campos ao Departamento de Criminologia da Universidade de Oxford.

O trabalho, neste momento socializado aos acadêmicos e operadores do Direito, é uma importante e inovadora contribuição à penologia brasileira. Importante porque a teoria do Direito Penal de modo amplo (e no Brasil em especial) dedica-se muito pouco à discussão sobre aplicação e execução da pena, sendo os debates “mais sofisticados” concentrados na esfera da teoria do delito. Neste sentido, o livro de Gabriel Campos integra o conjunto de estudos que, especialmente na última década, vêm fortalecendo a dogmática penalógica no país, com especial destaque aos estudos críticos de Adriano Teixeira, Amilton Bueno de Carvalho, André Giamberardino, Daniel Achutti, José Antonio Paganella Boschi, Marcelo Semer, Mariana Weigert, Paulo

Queiroz, Rafaella Pallamolla, Rodrigo Oliveira, Rodrigo Roig, Sergio Shecaira, Tatiana Stocco e, entre outros, destaco trabalhos anteriores do próprio Gabriel Campos, permitindo-me incluir algumas pesquisas que tenho desenvolvido.⁴

Além da sua inegável importância, no entanto, o texto de Gabriel Campos tem uma especial virtude que é a de dialogar com os modelos relativamente recentes das *guidelines sentencing* do Reino Unido e dos Estados Unidos e, a partir deles, propor algumas alterações e inovações na nossa longa tradição. Se, no Brasil, o sistema de determinação da pena foi pensado no momento da redação do Código de 1940 e, posteriormente, foi consolidado na Reforma da Parte Geral de 1984; nos países da *common law* o sistema de aplicação judicial da pena baseado em parâmetros predefinidos (*guidelines*), com algumas importantes semelhanças ao modelo dos países de tradição jurídica romano-germânica, só foi instituído na década de 80. A dissertação de Gabriel Campos não se restringe, porém, a apresentar o sistema de guias, pois, ao analisá-lo, aponta algumas possibilidades para refinar o modelo brasileiro.

As perguntas que movem o autor são fundamentais: Qual a medida de liberdade que devem ter os juízes para definir a pena? Como garantir individualização e, ao mesmo tempo, previsibilidade na aplicação da pena? Como assegurar que sejam aplicadas penas similares em casos similares? Ao fim, a preocupação central é com a falta de consistência no ato judicial de determinação que, não invariavelmente, se converte em uma decisão arbitrária. O desafio, portanto, é relativo a como desenvolver um sistema equilibrado entre individualização e consistência: “minha posição neste tema é a de que o método de aplicação de pena deve preocupar-se em reduzir a discricionariedade judicial, sem retirar totalmente dos julgadores a capacidade de estabelecer uma sentença individualizada, adequada ao caso concreto”, sublinha o pesquisador.

Dois casos exemplares, presentes na memória nacional recente, nos indicam o quanto adequada e atual é a preocupação que devemos ter com o tema: (*primeiro*) o julgamento dos Embargos de Declaração do caso Mensalão (Ação Penal 470, Supremo Tribunal Federal), ocasião na qual os ministros Zavascki e Barroso chamaram a atenção para uma variação de mais de 250% entre as penas aplicadas ao mesmo réu em crimes distintos;⁵ (*segundo*) os julgamentos das ações penais da Operação Lava Jato no Rio de Janeiro, nos quais aponta-se uma variação de 273% nas penas aplicadas pelo mesmo juiz para réus distintos acusados dos mesmos crimes (CHAER, 2018).

5. Gabriel Campos inicia sua análise a partir de duas diretrizes que permitiriam uma adequada “calibragem da individualização”: (*primeira*) consistência de abordagem ou de tratamento (*consistency of approach* ou *consistency of treatment*), que obriga o julgador a respeitar o método de determinação da pena; e (*segunda*) consistência de resultados (*consistency of outcomes*), que vincula a decisão à uniformidade de quantidade de pena.

De forma bastante precisa, demonstra que “ao contrário do que pode parecer, a existência de uma metodologia própria à aplicação de pena, por si só, não garante previsibilidade.” Neste ponto, entendo importante reafirmar, conforme destaquei anteriormente, que dispomos de uma metodologia razoavelmente adequada, no entanto a fórmula (consistência de abordagem) não garante a integridade da pena (consistência de resultados), notadamente pelo fato de assistirmos a uma constante perversão dogmática (doutrina e, sobretudo, jurisprudência) das circunstâncias da aplicação da pena, vício facilitado sobretudo pelo uso abusivo de elementos normativos na definição legal das categorias analíticas a serem enfrentadas pelos julgadores.

⁴ Neste sentido, conferir: SHECAIRA; CORRÊA 2002; CARVALHO; CARVALHO, 2008; PALLAMOLLA, 2009; CARVALHO, 2010; BOSCHI, 2011; QUEIROZ, 2011; ROIG, 2013; ACHUTTI, 2014; STOCCO, 2014; CAMPOS, 2017; WEIGERT, 2017; TEIXEIRA, 2017; PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018; SEMER, 2019; QUEIROZ, 2020; CARVALHO, 2020; ACHUTTI et al., 2020.

⁵ “Durante o seu voto, Barroso argumentou que as penas foram fixadas de maneira elevada e que, se as penas fossem no patamar correto, haveria prescrição do crime. ‘As penas de quadrilha foram quase uma correção monetária dos outros crimes, cujas penas não seriam da intensidade desejada pelo aplicador’, disse. O ministro disse que nas outras condenações, o STF, em geral, aumentou entre 15% e 20% as penas e que, no caso da formação de quadrilha, este aumento foi bem superior. Barroso usou como exemplo o caso de José Dirceu, que, segundo ele, teve a pena-base para o crime de corrupção ativa aumentada em 21% e, para o crime de quadrilha, em 75%. Barroso seguiu o argumento levantado por outro ministro, Teori Zavascki, durante a fase dos embargos de declaração. ‘Trata-se de uma variação superior a 250% entre uma coisa e outra. Como apontado pelo ministro Teori Zavascki, tal situação se reproduz nas demais condenações por quadrilha, e apenas nestas’, disse Barroso” (NASCIMENTO, 2014). Sobre a desproporcionalidade na aplicação das penas e o julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal, conferir CARVALHO, 2014.

A pesquisa de Gabriel Campos apresenta um diagnóstico bastante preciso, cuja integralidade compartilho, de que “o grande problema da dosimetria penal brasileira é a indeterminação da pena-base”. Indeterminação derivada (a) do significado impreciso das circunstâncias judiciais; (b) da ausência de indicação da (des) favorabilidade destes elementos de análise; e (c) de não haver um valor específico para cada vetorial. Isso posto, apesar de termos a mesma preocupação (redução do arbítrio) e compartilharmos do mesmo diagnóstico (indeterminação das circunstâncias e dos seus valores), ainda não estou totalmente convencido de que a previsão de “faixas de apenamento”, nos moldes do sistema de guias, seria a melhor opção. Isso porque, de alguma forma, encontramos na jurisprudência diretrizes (guias) que, se fossem efetivamente universalizadas pela dogmática nacional, poderiam contribuir para o controle da discricionariedade – por exemplo, termo médio como limite máximo para a pena-base; peso de *até* 1/8 do intervalo entre o mínimo e o termo médio para cada circunstância judicial; peso de *até* 1/6 para cada atenuante e agravante, na pena provisória dentre outros (CARVALHO, 2017).

A questão que me parece ainda extremamente problemática é a da carência de mecanismos de constrição dos amplos horizontes de interpretação, decorrentes da tipicidade aberta das circunstâncias judiciais, de forma a alcançarmos um sistema de individualização normativamente regulado e constitucionalmente conformado. Para além de defender, há bastante tempo que circunstâncias judiciais subjetivas como “personalidade do réu” e “conduta social” reeditam modelos de autor (substancialismo penal), situação que, por si só, indicaria sua desconformidade com a Constituição, entendo que manter, além destas categorias, circunstâncias como “culpabilidade” e “motivos”, sem uma predefinição de conteúdo, acaba por dinamizar o decisionismo processual (CARVALHO, 2020, p. 388-409).

A jurisprudência já ofereceu respostas razoavelmente satisfatórias em relação aos antecedentes, por exemplo. Lógico que, na mesma linha do que foi exposto sobre “personalidade do réu”, apesar de a valoração dos antecedentes criminais reforçar uma perspectiva substancialista e, ao mesmo tempo, provocar *bis in idem*, a solução da Súmula 444 do STJ foi parcialmente adequada ao impedir a valoração de inquéritos policiais e ações penais em andamento para a dosimetria da pena-base. A propósito, é de se destacar a precisa análise que Gabriel Campos realiza sobre o tema quando aponta a excessiva importância que o sistema pátrio confere à valoração dos antecedentes criminais.

Se a tendência é manter os elementos subjetivos – os quais, sublinho novamente, não parecem guardar conformidade constitucional – que ao menos sejam reduzidos os horizontes de interpretação e delimitados os campos de prova. Assim, para que se possa valorar “personalidade do réu”, por exemplo, que se exija parecer ou laudo técnico de profissional das áreas *psi*; para que se emita um “juízo de culpabilidade”, que sejam definidos os conteúdos válidos para qualificação e quantificação do “potencial consciência da ilicitude” e da “exigibilidade de conduta”; para que se analise os “motivos”, que se estabeleçam parâmetros de prova para além do interrogatório do réu. Neste sentido é que sustento a necessidade de uma “objetivação” material e probatória das circunstâncias subjetivas relacionadas ao *conteúdo valorado* e aos *elementos empíricos* que materializam o objeto da valoração (circunstância judicial). Neste ponto, talvez mereça alguma problematização a proposta de vincular a culpabilidade à ideia de reprovabilidade, sobretudo pela perversão histórica que se operou na ideia original de Frank Reinhardt (BATISTA; NASCIMENTO, 2008).

Por fim, uma questão empírica (criminológica) de fundo merece ser explorada, para sabermos efetivamente a extensão das virtudes do sistema de guias. Refiro-me ao impacto da mudança da perspectiva correcionalista (penas indeterminadas) para o neoretributivismo do justo merecimento (penas determinadas) no fenômeno mundial do grande encarceramento, especialmente nos Estados Unidos. Isto porque um sistema que, em teoria, pode ser virtuoso, na prática pode apresentar falhas e efeitos perversos, ainda mais em um país de baixa intensidade institucional democrática como o Brasil.

Como o leitor pôde perceber, o trabalho de Gabriel Campos é instigante e merece ser debatido com profundidade por pesquisadores e profissionais da área. Trata-se de um estudo de qualidade, com uma significativa contribuição à penologia nacional, motivo pelo qual deve ser efusivamente saudado.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ACHUTTI, Daniel; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil; PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula; CARVALHO, Salo. Por uma criminologia da liberdade e da não-violência. *Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 2, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v8i2.6830>.
- BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- BUSATO, Paulo César; MAYER, Silvia Neves. Pena-Base (conceito, fundamentos e limites). In: BUSATO, Paulo César; CARUNCHO, Alexei Choi. *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2014.
- CAMPOS, Gabriel Silveira Queirós. Discricionariedade judicial e sistema de aplicação das penas. In: BEDÊ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira Queirós. *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Juspodium, 2017.
- CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo. Critérios para cálculo da pena-base: “ponto de partida”, “termo médio” e regras de quantificação. *Revista do Tribunais*, v. 978, 2017.
- CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Salo. Os critérios de aplicação da pena no direito penal brasileiro: considerações a partir do julgamento dos Embargos Infringentes na APn 470 (Caso “Mensalão”). *Revista Brasileira de Estudos Criminais*, v. 110, 2014.
- CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CHAER, Marcio. Para o mesmo crime, o juiz federal Marcelo Bretas aplica penas que variam 273%. *Consultor jurídico*, 10/8/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/mesmo-crime-marcelo-bretas-aplica-penas-variavam-273>.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Notícias Editorial, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998.
- NASCIMENTO, Adriano. Barroso absolve oito réus do crime de formação de quadrilha. *Agência Brasil*, 26/2/2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-02/barroso-vota-pela-aceitacao-dos-embargos-infringentes>.
- PALLAMOLLA, Rafaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Curso de penologia e execução penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito processual penal: introdução*. 2. ed. Salvador: JusPodivum, 2020.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROSA, Alexandre Morais. *Decisão penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSA, Alexandre Morais. *Guia Compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento*. 2019. Tese (Doutorado) – USP, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2019.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Junior Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOUZA, Ney Fayet. *A sentença criminal e suas nulidades*. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- STOCCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STRECK, Lenio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: *judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. V. 2.
- WEIGERT, Mariana Assis Brasil. *Medidas de segurança e reforma psiquiátrica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.