

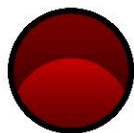
Direito Constitucional Ecológico

Nina Tricia Disconzi Rodrigues
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger
Cleide Calgaro
(Orgs.)

O escopo da presente obra é de apresentar ao debate da comunidade científica estudos, ensaios teóricos, debates conceituais sobre a temática voltada ao direito constitucional ecológico em suas diversas perspectivas. O livro não apresenta resultados das pesquisas, vez que as mesmas não se encontram concluídas. O grupo de pesquisadores sentiu a necessidade de juntar, numa obra, opiniões e entendimentos de pesquisadores de distintas instituições sobre o tema pesquisado, possibilitando, assim a ampliação das discussões, tanto na área do direito, bem como em outras áreas do conhecimento, sendo que o livro articula pesquisadores de diversas universidades do Brasil. Destaca-se que a contribuição e os textos da presente obra, são tanto de mestrandos, doutorandos, doutores e pós-doutores, momento em que o conhecimento pesquisado é socializado perante a comunidade acadêmica permitindo o debate e a apresentação de possíveis soluções as problemáticas apresentadas. Como se pode observar, pelos títulos dos capítulos e suas exposições, todos estão articulados sobre o tema central, temas de direito constitucional ecológico e permeiam a discussões éticas e jurídicas na sociedade moderna de consumo. Do mesmo modo, espera-se que, com a presente obra, se possa outorgar à comunidade acadêmica, material crítico sobre o tema da pesquisa, capaz de construir novos caminhos e avultar novas soluções para as problemáticas socioambientais apresentadas no contexto da sociedade moderna de consumo.



**DIREITO
CONSTITUCIONAL
ECOLÓGICO**



Comitê editorial da
Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil.

DIREITO CONSTITUCIONAL ECOLÓGICO

Nina Tricia Disconzi Rodrigues
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger
Cleide Calgaro
(Orgs.)

φ editora fi

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

Arte de capa: Edgar Romanovskis

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais - 31

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (Orgs.).

Direito constitucional ecológico. [recurso eletrônico] / Nina Trícia Disconzi Rodrigues; Raquel Fabiana Lopes Sparemberger; Cleide Calgare (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

497 p.

ISBN - 978-85-5696-232-4

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito. 2. Constituição. 3. Ecologia. 4. Brasil. I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Apresentação

Este livro, coletânea, que se apresenta à comunidade científica com o título: “**DIREITO CONSTITUCIONAL ECOLÓGICO**”, possui vínculo direto com os projetos de pesquisa “Direito Socioambiental e o Constitucionalismo Democrático Latino Americano” que está sendo desenvolvida junto ao Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica, vinculado ao Mestrado e Doutorado em Direito da UCS. Ao mesmo tempo está vinculado a pesquisa “Limites ao ativismo judicial e à mutação jurisprudencial: um olhar para os direitos fundamentais” e “**DIREITO, DECOLONIALIDADE E ESTUDOS SUBALTERNOS: estudo dos marcos teóricos e epistêmicos do constitucionalismo moderno/colonial e do novo constitucionalismo latino-americano**” vinculados aos programas de Pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande – FURG e a Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.

Também está vinculado ao projeto ‘Os direitos animais à luz da Constituição: Interpretações possíveis para a efetivação da proteção aos direitos animais na sociedade brasileira’, desenvolvido na Universidade Federal de Santa Maria, no programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM (Mestrado). Alguns artigos são fruto das pesquisas desenvolvidas no Grupo de Pesquisa em Direitos dos Animais(GPDA), registrado no CNPQ, vinculado a UFSM, sob a coordenação das Professoras Dra Nina Disconzi e Ma. WalesKa Mendes Cardoso.

O escopo da presente obra é de apresentar ao debate da comunidade científica estudos, ensaios teóricos, debates conceituais sobre a temática voltada ao direito constitucional ecológico em suas diversas perspectivas.

O livro não apresenta resultados das pesquisas, vez que as mesmas não se encontram concluídas. O grupo de pesquisadores sentiu a necessidade de juntar, numa obra, opiniões e entendimentos de pesquisadores de distintas instituições sobre o tema pesquisado, possibilitando, assim a ampliação das discussões, tanto na área do direito, bem como em outras áreas do conhecimento, sendo que o livro articula pesquisadores de diversas universidades do Brasil.

Destaca-se que a contribuição e os textos da presente obra, são tanto de mestrandos, doutorandos, doutores e pós-doutores, momento em que o conhecimento pesquisado é socializado perante a comunidade acadêmica permitindo o debate e a apresentação de possíveis soluções as problemáticas apresentadas.

Como se pode observar, pelos títulos dos capítulos e suas exposições, todos estão articulados sobre o tema central, temas de direito constitucional ecológico e permeiam a discussões éticas e jurídicas na sociedade moderna de consumo.

Do mesmo modo, espera-se que, com a presente obra, se possa outorgar à comunidade acadêmica, material crítico sobre o tema da pesquisa, capaz de construir novos caminhos e avultar novas soluções para as problemáticas socioambientais apresentadas no contexto da sociedade moderna de consumo.

As Organizadoras.

Sumário

Prefácio	13
Gina Chávez Vallejo	
A experiência latino-americana de mudança constitucional pautada no pluralismo jurídico comunitário participativo: o caso de Bolívia e Equador	17
Bernard Constantino Ribeiro	
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger	
A necessidade de uma norma infraconstitucional sobre maus tratos para a viabilização da vedação constitucional da crueldade animal	37
Nina Tricia Disconzi Rodrigues	
Fernando Davila Garcia	
Tecnologias verdes, sustentabilidade e sistema de patentes: o surgimento das patentes verdes	63
Alessandra Vanessa Teixeira	
Liton Lanes Pilau Sobrinho	
Políticas socioambientais e vedação de retrocesso: reflexões acerca da efetivação do estado constitucional socioambiental de direito, democracia e o mínimo existencial cidadão	91
Agostinho Oli Koppe Pereira	
Henrique Mioranza Koppe Pereira	
Elisa Goulart Tavares	
O caso das vaquejadas: a posição do supremo Tribunal Federal e o conceito de “crueldade”	115
Alexandre Sikinowski Saltz	
Mudanças climáticas e a energia solar no brasil: avanços e desafios	137
Amanda Câmara Franco	
Victor Vartuli Cordeiro e Silva	
Elcio Nacur Rezende	

Processo e responsabilidade ambiental.....	165
César Augusto Cichelero	
Moisés João Rech	
A formação proto constitucional do direito ambiental brasileiro: uma análise a partir de pierre Bourdieu	195
Clêncio Braz Da Silva Filho	
Francisco Quintanilha Veras Neto	
A política habitacional brasileira ante os desafios apresentados pela questão social	215
Daiana Hetzel	
Clarete Trzcinski	
Silvana Terezinha Wincklerl	
A obrigatoriedade da consulta aos povos indígenas na exploração de recursos naturais e seu caráter vinculante.	249
Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho	
Carla Judith Cetina Castro	
João Paulo Allain Teixeira	
Marcos recentes do Desenvolvimento sustentável.....	265
Gabriel Wedy	
O estabelecimento da Democracia ambiental e a participação social no deslinde da problemática socioambiental	289
Giovani Orso Borile	
Cleide Calgaro	
Draiton Gonzaga De Souza	
O direito ambiental e desenvolvimento socioambiental: emancipação dos movimentos sociais rurais e a importância da função social da propriedade ...	307
Jean Lucca De Oliveira Becker	
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger	
O argumento dos casos marginais e o problema por ele suscitado nas concepções morais exclusivamente humanas	327
Luiz Felipe Dossena	
Waleska Mendes Cardoso	
Clodoveo Ghidolin	

Proteção constitucional ecológica projetada e atual: perspectiva comparada...	345
Magno Federici Gomes Ariel Augusto Pinheiro Dos Santos	
Direito a água, ética e democracia	369
Pedro Roberto Jacobi Renato Richter Edson Grandisoli	
A colonialidade e a inconstitucionalidade do marco temporal em face do direito ao território étnico indígena e quilombola	387
Thaisa Maira Rodrigues Held Tiago Resende Botelho	
A extinção da fauna silvestre e os desafios para a preservação da biodiversidade brasileira.....	415
Kamila Godinho Finamor Nina Disconzi Luiz Ernani Bonesso De Araujo	
Apontamentos sobre a realização de um estado socioambiental de direito	435
Juliana Gonçalves De Oliveira	
Os limites da comunicação: um olhar para os riscos e desastres ambientais.....	455
Tibério Bassi de Melo Hipólito Domenech Lucena	
El derecho al medio ambiente y su tutela en el ordenamiento jurídico boliviano	469
Ciro Añez Núñez	
Foucault e a modernidade como atitude ética	479
Kelin Valeirão Keberson Bresolin	

Prefacio

Gina Chávez Vallejo

El libro “Dereito Constitucional Ecológico” representa un invaluable aporte a la comunidad académica y a la sociedad civil continental, por dos razones fundamentales: por abordar un novísimo tema de relevancia jurídica como es el derecho constitucional que reconoce, ampara y garantiza tanto los derechos subjetivo al medio ambiente sano y libre de contaminación, como los emergentes derechos de la naturaleza; y porque es la expresión y el resultado de procesos rigurosos de investigación, emprendidos por un importante grupo de académicos comprometidos con los avances más significativos del Derecho.

El libro también es importante porque da cuenta de la manera en la que se estudia el Derecho en la actualidad, esto es, desde una perspectiva interdisciplinaria, casuística, no formalista y poniendo el énfasis en el ejercicio interpretativo y argumentativo que define los contenidos normativos.

Por último, una razón adicional hace de este libro un documento de obligatoria lectura para quienes trabajan en el campo del derecho constitucional, los derechos humanos y el derecho ecológico, y es que sus reflexiones son abordadas desde la perspectiva del Constitucionalismo Democrático Latino Americano, esto es, desde el compromiso social y democrático por la construcción de sociedades más justas y equitativas, y desde los aportes jurídicos que este constitucionalismo viene brindando en la disputa por los sentidos del Derecho.

Si entendemos al Constitucionalismo Democrático Latino Americano, como un proceso social, antes que teórico, que se plantea la reconfiguración del Estado desde una perspectiva finalista y en el que las nociones de democracia real, materialización de los derechos, equidad y justicia social cobran una relevancia central, la reflexión académica se vuelve urgente para darle el correspondiente soporte teórico y doctrinario a la nueva realidad constitucional.

No por ello se podría sostener que tal constitucionalismo está huérfano de bases teóricas, sino más bien que en tanto fenómeno social, la tarea consiste en desvelar aquellos sustentos teóricos que explican su coherencia interna. En tal sentido, varios de los trabajos ponen en evidencia el papel que han jugado en el desarrollo del derecho ecológico las lecturas decoloniales, los estudios subalternos, las tesis sobre la diferenciación y las críticas al antropocentrismo, así como los debates sobre el activismo judicial o el papel de los derechos como límites al poder políticos , entre otros.

Identificar los sustentos teóricos del Constitucionalismo Democrático Latino Americano tiene que ver, por un lado, con analizar la manera como se ha acercado nuestro continente a lo que Diego Eduardo Medina López en su *Teoría Impura del Derecho* (2004) denomina: teorías duras surgidas en centros hegemónicos de producción teórica, dando cuenta de aquellos ejercicios de invención, incorporación apropiación, copia, mala copia, reinterpretación, sobreinterpretación teórica, que orientaron la agitada discusión mantenida a lo largo del siglo XX respecto del Estado, la política y lo político, la democracia, la ciudadanía, la cultura, la moral y el derecho.

Por otro lado, tiene que ver con dar cuenta de que el debate teórico que se da en Latinoamérica desde finales del Siglo XX, tiene como característica que involucra a muchas corrientes de pensamiento –varias de ellas sin coincidencias en sus objetos de estudio pero conectadas desde ejercicios de lecturas críticas y

rupturistas-, las mismas que pusieron en duda los marcos de análisis en los que se encasillaron el pensamiento hegemónico, el pensamiento especializado y las teorías duras y que han venido perdiendo influencia argumentativa frente a una realidad que también ha roto las viejas fronteras imaginarias y reales entre países, sociedades y culturas. En su lugar, se ha echado mano de paradigmas teóricos que describen e interpretan la contemporánea realidad compleja, incierta, diversa, específica y en permanente cambio.

Es importante resaltar que el debate teórico aludido se da a la par y como respuesta frente a las significativas transformaciones sociales, políticas, económicas y culturales que han sufrido nuestras sociedades fruto de la globalización y el neoliberalismo, de las nuevas relaciones de poder que esta instaure y de las pugnas sociales y emergencias sociales que se dieron dentro y fuera de las fronteras del Estado. Todo lo cual cambió el panorama material y teórico del Estado de Derecho, de la política y de la sociedad, no siempre en un sentido democrático, sino reforzando el poder de las grandes potencias, las corporaciones e instituciones supraestatales y transnacionales por encima de los intereses de los Estados-nación y sus habitantes.

No obstante, el Constitucionalismo Democrático Latino Americano opta por configurarse en el marco de las líneas teóricas más representativas del debate crítico del Derecho, a saber: el abandono de las teorías generales por el estudio de las prácticas del derecho; el tránsito del formalismo al sustancialismo; el desplazamiento del legicentrismo a la constitucionalización del derecho; el cuestionamiento de la representación jerárquica del derecho para consolidar una dimensión democrática participativa del derecho; el cuestionamiento a la neutralidad para favorecer el compromiso con la vigencia material de los derechos; el cuestionamiento del enfoque monoclásista a favor de un enfoque pluralista, el cuestionamiento de la visión universalista y

antropocentrista de los derechos humanos a favor de una visión relativista y holística.

La riqueza reflexiva y argumentativa invita a la lectura atenta de este trabajo.

Quito, 29 de septiembre de 2017

A experiência latino-americana de mudança constitucional pautada no pluralismo jurídico comunitário participativo: o caso de Bolívia e Equador

Bernard Constantino Ribeiro¹
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger²

Introdução

Uma Constituição é muito mais do que um conjunto de leis, é uma proclamação social, seja de forma escrita ou verbal; é norteadora, pois transmite a ideia de sustentabilidade de um povo, nação, governo, uma liberdade pluralizada situada e positivada em um ordenamento jurídico. É o documento máximo, ou seja, a gênese do próprio ordenamento jurídico vigente de um Estado. Daí que para se alterar alguns certames, é imposto uma rigidez, requisitos a serem preenchidos, que em alguma medida garantem de fato a segurança jurídica de um Estado.

¹ Mestrando em Direito e Justiça Social na FURG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Foi pesquisador/bolsista de Iniciação Científica durante a graduação pelo CNPq e pela FAPERGS. Integrante dos Grupos de Pesquisas/Estudos: Constitucionalismo Latino-americano, Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade, e Hermenêutica e Ciências Criminais - GPHCCRIM vinculados à FURG. Email: bconstantinor@gmail.com

² Pós-Doutora em Direito pela UFSC. Doutora em Direito pela UFPR. Professora Adjunta do Curso de Direito e do Mestrado em Direito e Justiça Social da FURG. Professora do Curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS e Professora do Mestrado em Direito da FMP/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica - GPAJU da UFSC, e Pesquisadora do GPHCCRIM e do Grupo de Pesquisa em Direito e Justiça Social da FURG. Responsável pelo Grupo de Estudos da FURG, Imigracdadania. Email: fabiana7778@hotmail.com

Por um viés metodológico decolonial, Linda T. Smith, uma antropóloga da Nova Zelândia, trabalha-se com a ideia de descolonização de metodologias. A partir da produção latino-americana, pretende-se trabalhar com pesquisas decoloniais, que surgem como alternativas necessárias para a construção de uma nova interpretação dos fenômenos coloniais subalternizadores, a partir da ótica do subalternizado.

Decolonizar metodologias significa uma compreensão mais crítica dos pressupostos subjacentes, motivações e valores que motivam as práticas de investigação. Diferente das metodologias clássicas de pesquisa científica, as metodologias decoloniais são pluralistas e se posicionam como uma ruptura desse tipo de pesquisa colonizadora que tem sido central para perpetuar a colonialidade em todos os seus aspectos (DAMAZIO, 2011, p. 14).

O Método de abordagem adotado ou o percurso metodológico não visa alcançar a verdade por meio da objetividade. Não se pretende chegar a um conhecimento universal, mas sim a um saber local, político e comprometido (DAMAZIO, 2011, p. 14).

Nesse sentido, o texto aborda a importância da Constituição e a contribuição do pluralismo jurídico para alguns avanços no campo social, político e principalmente jurídico.

Num segundo momento analisa o bem-viver e a mudança de paradigma nas reformas constitucionais da Bolívia e do Equador, demonstrando a pluralidade de experiências nos mais diversos campos do conhecimento e nas diferentes abordagens em relação ao homem e a natureza.

E por fim, demonstra a contribuição latino-americana no que se refere ao rompimento com o conhecimento colonial, caminhando-se para uma compreensão holística e decolonial sobre os processos históricos e sociais vividos pela América Latina, em especial a América do Sul, que desembocaram na configuração jurídica de seus ordenamentos pátrios. Para isso traz-se algumas experiências da Bolívia e do Equador, bem como analisa-se a

possibilidade de reforma ou modificação constitucional no Brasil, a partir da experiência de *nuestros hermanos*.

1. A importância da Constituição e a contribuição do pluralismo jurídico comunitário participativo

No processo jurídico-político de positivação legal, é pensado ainda que fora do seu tempo, alguns possíveis desdobramentos de caráter destabilizador da ordem constitucional de um Estado. Se perfaz como uma tarefa árdua à uma nação, através da preocupação de seus críticos e expertos, que traduzem o anseio do povo, nos mais variados temas, pensar problemas que não existem, mas podem vir a existir, baseado ainda na experiência de acontecimentos similares, e na crença de uma ordem constitucional que conglome a unidade, a pluralidade e o diálogo para se perpetuar.

Quando se pretende falar sobre Constituição, devemos ter em mente que esse mecanismo está dotado de uma força normativa, e que tem um porquê e um para quê de existir. Nos estudos feitos por Konrad Hesse, fica claro que por muitos fatores, a constituição se configurou como um mecanismo de determinação do poder do Estado e seu alcance, delimitando a proteção, atuação e controle de alguns pontos, que são percebidos e desenvolvidos no âmbito da cultura compartilhada. Diferentemente do que foi postulado por Lassale, que enxergava a Constituição como “apenas um pedaço de papel” (MENDES, 1991, p. 5).

Na sua teorização do que vinha a ser Constituição Hesse deixou claro que as significações dos fatores históricos, políticos e sociais faziam parte do entendimento e da estrutura ideológica da Carta Magna, ao passo que procurou ainda enfatizar a vontade da Constituição, ou seja, o seu pulsar normativo de autorregulação e reafirmação. Nas palavras de Mendes com base em Hesse, a Constituição

[...] transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta, segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só da vontade do poder (Willezur Macht), mas também a vontade de Constituição (Willezur Verfassung) (MENDES, 1991, p. 5).

Dito isto, entende-se que esse mecanismo de sustentação da pacificidade de uma nação tem de imprimir a ideia de respeito, de pluralidade, e de preocupação com a natureza, e com a cultura humana para as futuras gerações.

É dizer, através da Constituição, construída a partir da democracia, se percebe a força ativa de diferentes setores culturais, inclusive de povos originários em alguns países da América Latina, na problematização e solução da vivência socioambiental, e ainda na proteção do diferente e diverso, haja vista que estes dois marcos conceituais atuam tanto no campo da preservação natural quanto no campo do desenvolvimento e intercâmbio cultural.

A conceituação desse termo, pluralismo jurídico, é complexa, por inúmeras discussões que são possíveis de se pensar, a partir de uma comprometida análise crítica, mas é necessário expor que se tenta romper com a ideia de monismo jurídico, ou seja, de que existe somente um direito que determina o que é, ou não é, e o que pode ser ou não ser.

É dizer, através da corrente teórica sob a qual nos filiamos, da teoria crítica dos direitos humanos, calcada ainda na questão da decolonialidade, que visa romper com a colonialidade epistêmica imposta, que tanto prejudicou e de certa forma prejudica a emancipação do povo latino-americano, pois obstaculizou, menosprezou e diminuiu o saber produzido pelo subalternizado, e colonizado, tentamos pensar o Direito para além do normativo.

A partir dos instrumentos de regulação e proteção social, se revela e imprime a compreensão do subalterno, solidificando a força da cultura originária, do oprimido, e o seu papel

transformador, possibilitando ainda que o diferente e o diverso se revele, se publicite, e conte com sua própria voz o seu viver e o seu transformar.

Nas palavras de Thais Luzia Colaço, citando a Christian Masapanta Gallegos, o pluralismo jurídico “se refere à coexistência de sistemas jurídicos diversos dentro de um mesmo campo social”, buscando “uma correta e diligente administração da justiça de acordo com a realidade cultural de quem a demanda”. Assim, “a pluriculturalidade ou diversidade cultural não é outra coisa que o reconhecimento jurídico expresso num país onde convivem distintos povos” (GALLEGOS, 2009, p. 414-416 *apud* COLAÇO, 2015, p. 83).

Sobre o pluralismo jurídico Raquel Yrigoyen Fajardo citada por Vicente Cabedo Mallol e outros, vai dizer que o mesmo é:

[...] la existencia simultanea - dentro del mismo espacio de un Estado - de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales (FAJARDO, 2002, *apud* CABEDO MALLOL *et al*, 2002, p. 64).

Nas palavras de Maria Corrêa de Almeida, “Pode-se afirmar, portanto, que a ordem jurídica estatal não é a única, ela somente se coloca acima das ordens jurídicas infra-estatais, rejeitando-as, sem, contudo, conseguir eliminá-las, pois elas continuam existindo e sendo produzidas diariamente a par desta rejeição” (ALMEIDA, 2011, p. 44).

Há que se reconhecer que há uma hierarquia constitucional que sustenta determinados dogmas que vão naturalmente se chocar com outros anti-dogmas, para deste modo tencionar um único modelo de regulação social. Ou seja, uma constante disputa por oportunidade de construção de agendas decisórias voltadas para cada grupo.

Levando em conta a especificidade e o compromisso com o socioambientalismo, bem como a importância da sociologia jurídica, demonstra-se a compreensão do que seja o pluralismo jurídico proposto pelo autor Antônio Carlos Wolkmer, um “pluralismo jurídico comunitário participativo, que, como estratégia democrática, procura promover e estimular a participação múltipla de segmentos populares e dos novos sujeitos coletivos de base” (WOLKMER, 2007, p. 25).

Esta abordagem sobre o pluralismo é necessária e traduz um posicionamento claro dos presentes autores desta observação, para com a ruptura do argumento positivista de literalidade da lei, e de análise estrita e estanque do ordenamento jurídico. Dito de outro modo, é necessário perceber e conformar o Direito, a partir de um olhar politizado (situando a crítica numa perspectiva dialógica), sociológico, historiográfico e emancipador.

Com a contribuição proporcionada por esta ótica, é possível perceber que sim, existe uma cultura latino-americana de resistência à manutenção da modernidade/colonialidade. E essa cultura está sendo percebida e reafirmada. Desta maneira, podemos ainda dizer que hoje se fala em direito indígena, que ademais, traz em sua compreensão a ideia de um direito diferente do modelo positivista ocidental.

Colação citando a Carlos Espinosa Gallegos-Anda, vai dizer que, “o reconhecimento do direito consuetudinário indígena nas constituições latino-americanas ou nos tratados e convênios internacionais abriu a possibilidade legítima da existência de um pluralismo jurídico, em termos de igualdade em diversas ordens normativas” (GALLEGOS-ANDA, 2009, *apud* COLAÇO, 2015, p. 83-84).

Dentro deste diapasão, fica evidente que a autorregulação e autodeterminação são características que devem ser estimuladas, e respeitadas pelo direito positivado de um Estado, no tocante ao reconhecimento da plurinacionalidade, pluriculturalidade e da organização (ou não) das sociedades indígenas por exemplo.

Essa dinâmica de criação, aceitação e respeito diante de novos conceitos, e percepções plurais de acontecimentos sociais (ou não), dão conta do que aconteceu na Bolívia e no Equador recentemente.

2. A questão do bem-viver e a mudança paradigmática na reforma constitucional boliviana e equatoriana

Partindo de uma visão não-verticalizada, e que leva em conta a pluralidade de experiências nos mais diversos campos do conhecimento, pensa-se numa diferente abordagem com relação ao homem e a natureza. Natureza essa, compreendida em toda a sua forma de vida, sejam animais ou seres vivos não animais. Atentar-se para uma proteção efetiva e compromissada com a natureza, é tarefa desse momento, e pode garantir um futuro com condições mínimas de existência para os futuros seres humanos respeitosos e comprometidos.

A ideia constitutiva de um direito humano, revela-nos uma intensa caminhada pela conquista de espaço, a partir de uma constante e infundável luta pelas condições dignas de existência. Por esse motivo seu arcabouço teórico, a partir de uma perspectiva crítica, é tratado em um campo de incidência pluralística, ou seja, são abordados de maneira plural, pois fazem parte de um processo em cadeia, complexo e importante. A pluralidade está em sua definição, conexo ainda com o respeito a diferença, de tal maneira que exista a alteridade. Portanto, direitos humanos são multidimensionais, e expansivos.

Joaquín Herrera Flores (2009) procurou trabalhar os direitos humanos dentro duma perspectiva muito interessante, num campo denominado “diamante ético”, que em alguma medida pretendeu situar-nos, diante de nossa crescente fuga da ética, e do não respeito ao Outro. Num contexto em que se valoriza o capital, em detrimento da qualidade de vida, torna-se necessário pensar sobre o viver, a partir de uma abordagem pensada e produzida,

pelo Outro. Aquele Outro silenciado e subalternizado pela colonialidade epistêmica.

A valorização do capital financeiro (supérfluo, estratosférico e degradante) em detrimento da qualidade de vida, acaba por desestabilizar e desorientar o indivíduo, na medida em que o aloca na superficialidade. Diante disto, pode-se perceber que algumas atitudes que deveriam ser tratadas com um compromisso ético com a natureza, e com o futuro geracional, acabam por minar a possibilidade de existência em uma conjuntura diferenciada do presente.

Posta esta questão, a partir de estudos decoloniais, inclina-se para uma análise latino-americana, que se preocupa com o homem e sua influência no todo global, ou seja, no campo ético, socioambiental e político. Aborda-se isto, porque há uma configuração cíclica da interação do homem com a natureza a partir de seu comportamento.

Na sequência da análise tem-se que o estudo da colonialidade e da descolonialidade, perfaz-se como uma alternativa, de percepção da realidade posta pela colonialidade epistêmica.

Ao passo que Córdova, diz que o confronto entre

[...] la *colonialidad/descolonialidad* critica la perspectiva temporal de una historia universal lineal a partir de la experiencia europea, la modernidad como una creación en la que los únicos portadores y protagonistas son los europeos, donde “lo otro y los otros”, lo no europeo, es ubicado temporalmente como lo atrasado, lo inferior, en una clasificación universal de las personas a partir de la idea de “raza”; de manera que desde la Conquista, las diferencias se plantearon no como un asunto de poder, sino como una cuestión asociada a la “naturaleza” superior de los europeos respecto de “los otros” (CÓRDOVA, 2014, p. 100).

Dentro dessa questão ainda, pode-se ter em mente a questão do bem-viver, ou como se é dito no âmbito latino-americano, *buenvivir*. Esse *buenvivir*, traz a ideia de preocupação

com a natureza, e seu futuro, a partir de um compromisso natural do homem com o que é de todos, e com o que é constitutivo de si mesmo.

Advém das práticas comunitárias, e da percepção e comportamento dos povos originários, em maioria da região andina, com um enfoque que pensa sobre a “necesidad universal de establecer relaciones de *solidaridad, complementariedad y reciprocidad entre las personas y con la naturaleza*. Esta propuesta implica dejar de ver a la naturaleza como algo externo y como un objeto, y cuestionar la idea misma de crecimiento y desarrollo” (CÓRDOVA, 2014, p. 101).

A autora utilizada traz ainda a ideia de reciprocidade, a que se vincula, de Dominique Temple, definindo-a “como una forma de *reconocimiento del otro y de pertenencia a una colectividad humana*” (CÓRDOVA, 2014, p. 110).

As experiências tanto do Equador, como da Bolívia, no tocante ao bem viver – “*sumak kawsay*” e “*suma qamana*” respectivamente –, incorporado a suas constituições permitem um caminho, para que se possa trabalhar com a questão da qualidade de vida, e o respeito a natureza. Antes de fazer uma análise da ramificação contextual do *buenvivir*, precisa-se ter em mente, que houveram, e estão se desdobrando conforme a evolução dos ordenamentos jurídicos da Bolívia e do Equador, experiências de agregação da natureza para a proteção legal integral.

Existe uma convergência de preocupações no *sumak kawsay*, que se atém à relação do homem com a natureza, com uma perspectiva de transgeracionalidade, e no *suma qamaña* permanece também essa preocupação, aliada a um comportamento de harmonia com a *Pachamama*, que seria a “Mãe-terra” que nos envolve diante de toda a nossa finitude e limitações, sempre nos cuidando e mantendo-nos ligados ao amor e a paz entre os semelhantes e não semelhantes.

No *suma qamaña*, efetivado na Constituição Boliviana, a política do bem viver, é traduzida a partir da ideia do viver bem. O

Estado também é comprometido, ao possuir expresso, nas bases fundamentais, princípios, e fins do Estado, no artigo 8 da Constituição.

Nas palavras de Gudynas, o Estado “assume e promove como princípios ético-morais da sociedade plural: *amoa qhilla*, *amoa llulla*, *amoa suwa* (não seja preguiçoso, não seja mentiroso nem seja ladrão), *suma qamaña* (Viver Bem), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem males) e *qhapaj ñan* (caminho ou vida nobre)” (GUDYNAS, 2011, p. 3).

E ainda, “[...] esta formalização boliviana é pluricultural, já que oferece a ideia do viver bem a partir de vários povos indígenas e todas as ideias estão no mesmo plano hierárquico” (GUDYNAS, 2011, p. 3).

No campo do bem-viver (*sumak kawsay*) equatoriano, tem-se que a natureza recebeu a configuração de “sujeito de direitos”, pois foi alocada num plano de preocupação com a atuação do homem no mundo. Ou seja, é “apresentado como “direitos do Bem-Viver”, que incluem alimentação, ambiente sadio, água, comunicação, educação, moradia, saúde, etc.” (GUDYNAS, 2011, p. 3).

Por conseguinte, “nesta perspectiva, o Bem-Viver expressa um conjunto de direitos, que por sua vez estão num mesmo plano hierárquico dos outros conjuntos de direitos reconhecidos pela Constituição (os referidos às pessoas e grupos de atendimento prioritário, comunidades, povos e nacionalidades, participação, liberdade, Natureza e proteção) (GUDYNAS, 2011, p. 3)”.

Dialogando com a questão do respeito a “sua extensão corporal e comportamental”, entendida pelos povos originários do Equador, percebe-se a preocupação com aquilo que lhe é constitutivo. A natureza entendida como parte de si mesmo, e, portanto, passível completamente de cuidado redobrado, merece proteção no maior documento formalizado de uma nação, é dizer, sua Constituição.

O fato de ser um sujeito de direitos, num ordenamento jurídico a pouco tempo reformado, revela a preocupação com o bem coletivo, que garantirá o futuro aos seus descendentes. Alberto Acosta relata que “con su postulación de armonía con la Naturaleza, con su oposición al concepto de acumulación perpetua, con su regreso a valores de uso, el Buen Vivir, en tanto propuesta abierta y en construcción, abre la puerta para formular visiones alternativas de vida” (ACOSTA, 2012, p. 27).

Ao analisar o *sumak kawsay*, que pensa o bem viver como “direitos do bem viver”, é possível perceber uma gama de direitos inter-relacionados, que incluem condições mínimas de sobrevivência, agregados a uma preocupação com a natureza.

Eduardo Gudynas assevera que “nesta perspectiva, o Bem-Viver expressa um conjunto de direitos, que por sua vez estão num mesmo plano hierárquico dos outros conjuntos de direitos reconhecidos pela Constituição” (GUDYNAS, 2011, p. 3), em seus inúmeros desdobramentos.

Ao refletir-se acerca do *sumak kawsay*, a partir da ruptura com as ideias construídas pelo neoliberalismo, “de desenvolvimento, progresso econômico, tempo, e de individualidade” (DÁVALOS, 2010, p. 1-2), se questiona o nosso papel enquanto humanos, cidadãos, políticos e ainda coloca em cheque a nossa legitimidade para determinar o que será feito com o não humano.

O *sumak kawsay* descontrói a ideia de monetarização da natureza, a partir do diálogo entre o espaço coletivo de vida (o meio ambiente aqui entendido como um todo, dotado de vida, que é estruturante da vida de seus componentes), com o homem que se tornou produtivo.

Com a contribuição de Dávalos, percebe-se que o conceito traz “uma nova visão da natureza, sem ignorar os avanços tecnológicos nem os avanços em produtividade, mas sim projetando-os ao interior de um novo contrato com a natureza” (DÁVALOS, 2010, p. 2). E ainda, “em que a sociedade não se separa

desta, nem a considera como algo externo ou como uma ameaça ou como o outro radical, senão como parte de sua própria dinâmica, como fundamento e condição de possibilidade de sua existência no futuro (DÁVALOS, 2010, p. 2).

Este é o momento de se escutar nossos vizinhos latinos, e pensarmos sobre o que fazemos com o que é de todos. Afinal o conceito de natureza, ainda que possivelmente restrito a espaços geográficos delimitados, é amplo e encadeado. Temos uma só natureza, que se diversifica. Ademais, sem entrar no mérito da questão do aquecimento global, deve-se escutar o que pesquisadores brasileiros, e demais pesquisadores latino-americanos vem projetando e pensando para o futuro de nossa geração, no tocante a cultura, e a preservação natural.

Transportando para o contexto brasileiro, destaca-se a importância que o Equador conferiu a natureza, tornando-a sujeito de direitos, mas de maneira plena. A partir de nossa produção latino-americana, Gudynas diz que, “várias formulações convertem o meio-ambiente em sujeito de direitos rompendo com a perspectiva antropocêntrica tradicional” (GUDYNAS, 2011, p. 3).

Ao passo que, a preocupação indígena equatoriana, com o viver dignamente bem, conseguiu se projetar no reconhecimento constitucional de se ter uma vida digna, que envolvesse aspectos sociais intimamente ligados com a natureza. A insurgência do silenciado é pululante e necessária, pois a partir de novos olhares para a realidade, é que se constrói direitos humanos.

Segundo Sparemberger e Sousa, o bem viver proclama:

1. Priorizar a vida; 2. Obter acordos consensuados; 3. Respeitar as diferenças; 4. Viver em complementaridade; 5. Equilíbrio com a natureza; 6. Defender a identidade; 7. Aceitar as diferenças; 8. Priorizar direitos cósmicos; 9. Saber comer; 10. Saber beber; 11. Saber dançar; 12. Saber trabalhar; 13. Retomar o *Abya Yala*; 14. Reincorporar a agricultura. 15. Saber se comunicar; 16. Controle social; 17. Trabalhar em reciprocidade; 18. Não roubar e não mentir; 19. Proteger as sementes; 20. Respeitar a mulher; 21.

Viver bem e NÃO melhor; 22. Recuperar recursos; 23. Exercer a soberania; 24. Aproveitar a água; 25. Escutar os anciãos (SPAREMBERGER; SOUSA, 2014, p. 265).

O *sumak kawsay* e o *suma qamaña* são, portanto, alternativas para a desenfreada e negativa disputa pela acumulação de capital, que tanto acentua as desigualdades sociais, imposta verticalmente pelo capitalismo, que coordena as relações de consumo e de sobrevivência. Nas palavras de Dávalos, “é a proposta para que a sociedade possa recuperar as condições de sua própria produção e reprodução material e espiritual” (DÁVALOS, 2010, p. 2). Enxergar pela defesa, e filosofia de vida, do Outro, aquele silenciado, e subalternizado, é importante, e necessário. Repensar o viver, se revela como um ponto norteador de possíveis e urgentes mudanças conceituais, que abarquem a pluralidade e o respeito a todos, e a natureza.

3. A contribuição latino-americana no constitucionalismo ecocêntrico: o caso de Bolívia e Equador visto pela ótica do constitucionalismo brasileiro

Feitas as devidas ponderações acerca do tema, faz-se necessário enfatizar a questão da problematização constitucional de modificação total ou parcial, da Carta Magna, que possibilitou e possibilita a estruturação do ordenamento jurídico.

A partir de uma educação política empenhada em efetivar as garantias e reforçar a importância dos deveres, como mecanismo de coerência e estruturação de um Estado, que está a serviço de seu povo, para que se perceba que a Constituição, “é um ponto firme, uma base coerente, e racional para os titulares do poder político, que visam mediante ela, dar estabilidade e continuidade à sua concepção de vida associada” (VERGOTTINI, 1998, p. 258), seria possível pensar o Direito a partir da decolonialidade.

Por isso, em sua criação, se faz necessário, com um enfoque no modelo democrático, uma Assembleia Constituinte para “dar vida” a suas inquietudes, para poder pensar e adequar corretamente este documento, a um momento, a um contexto, e a uma sociedade. Por consequência, esta assembleia se converteria em um poder constituinte originário, incumbido de dar forma a um ordenamento jurídico.

Para que houvesse uma mudança, a partir de um enfoque brasileiro, é necessário em matéria constitucional, uma reforma política, que pensaria como está o *status quo*, para poder mudar, adaptando a situação, através do mecanismo chamado de “mutatis mutandis”, ou seja, pelo poder constituinte derivado; ou também, poderia haver uma profunda e estruturada reforma política de base, uma revisão e possível, reconfiguração de um ordenamento jurídico, através de uma nova constituição, que em alguma medida seria pensada do zero, pelo poder constituinte originário.

Pode-se perceber pela experiência latino-americana de nossos países vizinhos, Bolívia e Equador, que a Constituição também deve “ouvir” todo o seu povo, porque de fato o poder emana do povo, que elege seus representantes, para administrar suas conquistas, e garantir seus direitos, com um enfoque no bem comum, na sustentabilidade, no respeito e na dignidade da pessoa humana, e por isso, ela tem de imprimir seus anseios, que estão compactuados com este ideal de paz, e bem comum.

Dessa maneira conseguir-se-á entender como a reforma constitucional de base se desenvolveu na Bolívia e no Equador, no tocante a questão do pluralismo jurídico, do reconhecimento da plurinacionalidade e do respeito as etnias, da natureza e ainda da perspectiva de interculturalidade, como núcleo fundante destes estados, assegurou um novo modelo de ver, pensar e viver o mundo. Ademais porque esses países são formados por uma população de maioria indígena.

Fica claro que houve um processo dialógico importante e frutífero, porém difícil e arduamente lutado, nestes países, haja

vista que, como a maioria dos processos constituintes, concebidos no segundo pós-guerra mundial mundo a fora, em especial a América Latina, pós ditaduras, se pensou em documentar os direitos humanos e as garantias fundamentais, para frear-se o avanço neoliberal, que de certa maneira intentou e intenta desconstitucionalizar e/ou aniquilar conquistas.

A lógica constitucional para a mudança, partiu da ideia de reformulação total, ou seja, a partir da construção do diálogo com os movimentos sociais, e a população, se pensou uma nova forma de produzir o Direito, e a interferência do Estado. De certa forma, houve a projeção da emancipação social desses povos, que lutaram para que seus anseios e desejos sociais fossem atendidos. Com as devidas proporções foram recepcionados alguns importantes instrumentos, e mecanismos sociais de proteção das antigas constituições, mostrando assim que a recepção constitucional também se operacionalizou.

Na América Latina há uma crescente preocupação com o futuro, em especial, na questão transgeracional dos recursos naturais criados pela *Pachamama* (mãe-natureza), e também do material cultural produzido pelo homem. Essa preocupação tem nome, *Buenvivir*, políticas do bem-viver. No Equador chamado de *sumak kawsay* (*quéchua*), e na Bolívia de *suma qamaña* (*aimará*), praticadas pelas comunidades indígenas originárias.

Por conseguinte, na Constituição Boliviana, está assegurado no artigo 5º, inciso I, que os idiomas oficiais são o castellano e todos os idiomas das nações e povos indígenas originários campesinos, ou seja, compreendendo toda a pluralidade de etnias do país. A mesma situação está presente no Equador, em sua Carta Magna no artigo 2º. Revelando assim que a plurinacionalidade é sim um fator importante e determinante no rompimento de ideais liberais, mascaradas positivamente pelo capitalismo.

Segundo Sparemberger e Sousa:

As constituições elaboradas dentro deste “novo paradigma”³ têm delineamentos próprios: preâmbulos de caráter programático que inserem a história do país nos seus textos; introduzem capítulos destinados aos princípios e conceitos basilares da ordem jurídica, dando ao povo uma ferramenta importante, que é poder se afastar de uma regra por conta do seu desrespeito a um princípio; elencam princípios carregados de normatividade e preceitos teleológicos e axiológicos; Constituição concebida como substrato de validade de normas constitucionais estabelecendo a supremacia constitucional (SPAREMBERGER; SOUSA, 2014, p. 266).

Com isso, por intermédio de uma metodologia e de uma abordagem calcada na teoria crítica de direitos humanos, e a construção de uma cultura latino-americana, em todo o seu potencial, possibilitou-se a voz ao subalterno, ao Outro, aquele Outro que não teve a oportunidade de contar sua história, por seu próprio relato. É dizer, nestes países, em específico, ouviu-se um silenciamento perpetrado pela colonialidade epistêmica, estrategicamente no período colonial.

A unicidade e a pluralidade de uma cultura latino-americana, comprometida com o substrato produzido pelo povo marginalizado, ainda que de idiomas diferentes, latino-americano, que sofreu com a colonialidade epistêmica durante muito tempo, desconstituiu alguns entraves em relação ao constitucionalismo moderno colonial, a partir de uma nova conformação do Direito. Deste modo, este modelo de regulação social, passou a assumir um caráter popular, diversificado e sobretudo protetor, uma tentativa de possibilidade da transgeracionalidade.

O Brasil passa por um momento em que se mostra possível estabelecer processos dialógicos profundos, sobre o constitucionalismo moderno colonial, em que o ordenamento

³ Novo paradigma, em um outro sentido. Em suma, “revolução científica, chamamos ao abandono de um paradigma e à adoção de um outro, não por um cientista individualmente, mas por toda uma comunidade científica, sendo a transição sucessiva de um paradigma para outro por meio de uma revolução, o modelo ideal de desenvolvimento de uma ciência madura” (KHUN, 1975).

jurídico nacional está estruturado. Tais processos poderiam reconfigurar o Direito a partir de uma ótica ampliada, localizada e humanizada. O Direito então, deve, com uma mirada a longo prazo, acompanhar os fenômenos sociais, na medida em que regula as interações humanas. Ao passo que a realidade social, a diversidade, e as desigualdades sociais, devem ser entendidas como marcos teóricos para o Direito ressignificar seus pressupostos e delineamentos, expandido seu horizonte de compreensão e interpretação.

Considerações finais

A natureza é parte de todos. É constitutiva de todo ser, e por isto, deve ser preservada, respeitada e também porque não, “ouvida”. Nossa tarefa consiste em proteger suas diversidades, e lutar por um futuro, que se constrói pelo nosso comportamento atual. Não adianta apenas refletir, é necessário agir de maneira que entendamos a diversidade como algo importante, e nosso. Graças a natureza somos diferentes, e garantir que a diversidade e a diferença, aqui entendida como marco de aceitação do Outro, aquele subalternizado, é naturalizar o respeito e o amor.

A partir da análise das Cartas constitucionais vigentes na Bolívia e nos demais países latino-americanos, durante um longo período da República, as populações (indígena e afro) não eram consideradas aptas a participar da política, a menos que lograssem um alto grau de assimilação à cultura nacional.

Percebe-se, assim, que a América Latina tende cada vez mais a se renovar no sentido pluralista, através de uma democracia que inclui o “Outro”, subalternizado, como personagem atuante, construindo uma sociedade mais humana e mais próxima da igualdade econômica, social e cultural (ambiental). As experiências, tanto da Bolívia quanto do Equador, demonstram os anseios da população latino-americana por uma nova ordem constitucional com um outro olhar para as relações com o meio em que vive.

É dizer, poder-se-á ver para além da norma. O Direito enquanto mecanismo de transformação social deve ser desejoso, numa clara perspectiva Waratiana, e possibilitar que o ser humano evolua e se perceba como ator de sua própria geração, e que deve, portanto, lutar por tudo aquilo que constitui a natureza; o humano, o animal, as suas relações recíprocas e transversais, perfectibilizados numa cosmogonia holística.

Referências

ACOSTA, Alberto. *Buen Vivir – Sumak Kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos*. Editora Abya-Ayla. Quito, 2012.

ALMEIDA, Marina Corrêa de. **A cultura legal emergente latino-americana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito**. In: **REBELA – Revista Brasileira de Estudos Latino-americanos - IELA**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 38-50, 2011.

CABEDO MALLOL, Vicente, *et al, apud* FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Parte I – Análisis de las Constituciones Políticas Latinoamericanas. Regulación Constitucional del Derecho Indígena en Iberoamérica. In: **Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002.

COLAÇO, Thais Luzia. **Pluralismo Jurídico e o Direito Indígena na América Latina: uma proposta de Emenda Constitucional no Brasil**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS/ Florianópolis: UFSC- NEPE, p. 79-92, 2015.

CÓRDOVA, Dania López. **La reciprocidad como lazo social fundamental entre las personas y con la naturaleza en una propuesta de transformación societal**. In: **Buen vivir y descolonialidad: crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales / coordinador Boris Marañón Pimentel – Primera edición – México: UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2014. Disponível em:**

<<http://ru.iiec.unam.mx/2470/2/BuenVivirDescolonialidad.pdf>> –
Acesso em: 12 nov 2015.

DAMAZIO, Eloise Peter. **Colonialidade e decolonialidade da (Anthropos) logia jurídica**: da Universalidade a pluriversalidade epistêmica. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis, 2011.

DÁVALOS, Pablo. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos – IHU ON-LINE** – nº 340 – Ano X, 23.ago. 2010 – ISSN: 1981-8793 (online). Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3436&secao=340 – Acesso em: 12.nov.2015.

GALLEGOS, Christian Masapanta. **El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano**: entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico. In: GALLEGOS-ANDA, Carlos Espinosa. **Derechos ancestrales**: justicia en contextos plurinacionales. Quito: V&M Gráficas, 2009.

GALLEGOS-ANDA, Carlos Espinosa; CAICEDO TAIPA, Danilo. (Edit.). **Derechos ancestrales**: justicia en contextos plurinacionales. Quito: V&M Gráficas, 2009.

GUDYNAS, Eduardo. **Buen vivir**: Germinando alternativas al desarrollo. América Latina em Movimento – ALAI, nº 462: 1-20. Quito, 2011. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/articulos/GudynasBuenVivirGerminandoALAI11.pdf>> – Acesso em: 12 nov 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. In: HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Editora Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1991.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; SOUSA, Naira Regina do Nascimento. **O Constitucionalismo do Bem-viver**: um olhar para as constituições do Equador e da Bolívia. In: CENCI, Daniel; SCHONARDIE, Elenise F. (Orgs). **Direitos humanos, meio ambiente e novos direitos**. Editora da Unijuí. Ijuí, 2014.

VERGOTTINI, Giuseppe de. In: BOBBIO, Norberto. 1909. **Dicionário de Política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen

C., Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998. 1330 p. Obra em 2 volumes.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: nuevo marco emancipatório en América Latina. In: RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **Pluralismo Jurídico**: Teoría y experiencias. Cenejus, 2007.

A necessidade de uma norma infraconstitucional sobre maus tratos para a viabilização da vedação constitucional da crueldade animal

*Nina Tricia Disconzi Rodrigues*¹

*Fernando DAvila Garcia*²

Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 uma grande expectativa referente aos direitos dos animais e ambientais erigiu-se na nossa sociedade, pois a nova Carta previa em seu arcabouço normativo e principiológico a preservação da fauna e da flora como um dos direitos fundamentais do Estado.

Pela primeira vez trouxe o reconhecimento dos direitos dos animais elencados no artigo 225, § 1º, inciso VII, garantindo a

¹ Professora adjunta no Departamento de Direito na Universidade Federal de Santa Maria e no programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM (Mestrado) Doutora em Direito do Estado, pela Universidade de São Paulo USP. É mestra em Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Graduada em Letras, pela UNIFRA e em Direito, pela UFSM. Coordenadora do Grupo de Pesquisa, Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais, denominado GPDA, da Universidade Federal de Santa Maria. Vice-líder do Grupo de Pesquisa denominado CEPEDI - Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet da Universidade Federal de Santa Maria. Atua nas seguintes linhas de pesquisa: Direito Constitucional, direitos emergentes e Sociedade em Rede. Palestrante e articulista na área de Direito Constitucional, Democracia na Sociedade em Rede e Direito dos Animais. E-mail: ninadisconzi@uol.com.br

² Advogado militante na seara penalista e civilista. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos dos Animais - GPDA/FSM e Núcleo de Jurisdição, Hermenêutica, Narração e Arte - Phronesis/UFSM. E-mail: fernandogarcia287@hotmail.com

preservação da sua integridade física e por que não dizer moral, pois estabeleceu que a partir de então que ficasse vedada toda e qualquer prática de crueldade.

Porém com o passar do tempo percebeu-se que o conceito de crueldade de forma abstrata abriu precedente para interpretações múltiplas, pois estava a dispor do interprete fazer a dosimetria do que seria cruel.

Então se constatou que era preciso disciplinar o tema dentro de uma norma infraconstitucional no qual estabelecesse parâmetros para a criminalização das condutas de maus-tratos, uma vez que supostamente teria sido revogado o Decreto 24.645/34.

Eis que foi promulgada a Lei 9.605/98 no qual elencou em seu artigo 32 penalidade a ser imposta para os que cometerem qualquer ato lesivo aos animais não-humanos. Porém dois problemas se destacaram, o primeiro que o crime de maus-tratos estava contido na Lei dos crimes ambientais, o que descaracteriza o dano individual e se analisa o impacto ambiental que esse dano causa.

Em segundo que o artigo 32 não trazia a previsão do conceito ou tipificação das condutas de maus-tratos, o que tornou a Lei ineficaz para a garantia da vedação constitucional da crueldade, voltando à realidade conceitual jurídica ao *status quo*.

Atualmente é sobre esse cenário que se encontra a realidade jurídica de proteção e bem-estar dos animais não-humanos no Brasil, com uma lei praticamente figurativa, deslocada para dentro de um contexto maior, no qual ocasiona a redução do dano individual sofrido e que pela sua previsão quantitativa de pena acaba legitimando a crueldade contra os animais devido sua ineficácia de aplicação da punibilidade, ficando novamente a cargo do intérprete a tipificação da conduta.

1 Panorama legal brasileiro sobre a legislação animal/ tutela penal no âmbito legal brasileiro

A primeira legislação nacional a tratar sobre crueldade animal foi decreto 16.590/24 que regulamentava as Casas de Diversões Públicas, proibindo corridas de touros, brigas de galos e canários, dentre outras providências, conforme explana Lélío Calhau (2004, p.4).

Porém somente com o a publicação do Decreto 24.645/34 é que realmente uma legislação veio a conceituar as condutas de maus-tratos aos animais e tipificar de forma taxativa em seu artigo 3º o rol dessas condutas.

Esse decreto rompe pela primeira vez a concepção antropocêntrica de proteção animal, pois em seu artigo 3º, inciso XXVII veda a prática de ensino com animais em condições de maus-tratos, o que denota a preocupação com a integridade física dos animais não-humanos e não com o possível dano psicológico causado ao ser humano, além de definir no seu artigo 17 o que são animais não-humanos embora que de uma forma bem restrita.

Em que pese às limitações da época quanto a conceitos, este decreto é o que se tem de mais abrangente e protetivo em relação aos animais não-humanos na norma infraconstitucional.

Porém com a publicação do Decreto 11/91 o Decreto 24.645/34 teria sido revogado perdendo sua aplicabilidade, o que gera grande discussão doutrinária sobre o assunto, pois conforme alguns autores o decreto supracitado teria força de lei e não poderia ser revogado por outro decreto, mas apenas por outra lei que assim o fizesse.

Nesta senda observa José Henrique Pierangeli (1999, p. 487) que o Decreto foi editado em período de excepcionalidade e tem força de lei, entendimento acompanhado por Laerte Fernando Levai (2004, p. 31) que aduz que uma lei só pode ser revogada por outra lei, também corrobora o entendimento de validade do

presente Decreto Danielle Tetü Rodrigues (2004. p. 64) que compreende não ter sido revogado em sua totalidade.

Nesse diapasão importante é a lição de Maria Izabel Vasco de Toledo (2015, p. 76) ao qual demonstra que o Decreto 24.645/34 continuaria válido inclusive sendo incorporado na lei 3.231/99³ do Estado do Rio de Janeiro e também vem sendo apreciado como parâmetro jurídico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴.

Ainda que a corrente majoritária da doutrina jurídica referente ao tema se posicione no sentido de validade da norma, ao consultar o site do planalto o que se observa é o status de revogação do Decreto 24.645/34.

Em 1941 foi publicado o Decreto 3.688 (Lei de Contravenções Penais) que trouxe a proibição da crueldade animal inculpada no artigo 64, porém a edição da Lei gerou discussão à época, se a (LCP) teria ou não revogado o Decreto 24.645/34.

Nesse sentido Edna Cardozo Dias (2000, p.64) assevera que na época “a jurisprudência firmou-se no sentido de que em síntese, os preceitos contidos no art. 64 compreendem na sua quase totalidade, todas aquelas modalidades de crueldade contra animais contidas no art. 3º do Decreto 24.645/34”.

Porém era paradoxal e um retrocesso do Decreto 24.645/34 no que tange a permissão de utilização de animais nas práticas de vivisseção §1º desde que não seja em público

³ RIO DE JANEIRO (estado). Lei n. 3.231, de 16 de julho de 1.999. Dispõe sobre exposição de animais silvestres em território fluminense. Art. 1º: - É lícita a realização de exposições de animais silvestres da fauna brasileira em território fluminense. Parágrafo Único - **A exposição de animais silvestres de que trata o "caput" deste artigo se dará com base no que diz o Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934;** o Decreto 5.503, de 20 de abril de 1982; a Lei Estadual 2.026, de 22 de julho de 1992; a Portaria nº 14, de 17 de julho de 1984, do Ministério da Agricultura, e os Artigos 31, 42 e 64 da Lei de Contravenções Penais - Decreto Lei Federal 3.688, de 03 de outubro de 1941

⁴ Em situações extremas, nas quais a medida se torne imprescindível para o resguardo da saúde humana, o extermínio dos animais deve ser permitido. No entanto, nesses casos, é defeso a utilização de métodos cruéis, sob pena de violação do art. 225 da CF, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, dos arts. 1º e 3º, I e VI do Decreto Federal n. 24.645 e do art. 32 da Lei n. 9.605/1998. Recurso Especial Nº 1.115.916 - MG (2009/0005385-2). Relator: Ministro Humberto Martins. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

invertendo a lógica de proteção agora para a proteção psíquica humana, conforme disciplina Toledo (2015, p. 76).

Em 1988 houve um grande marco legal no avanço dos direitos dos animais com a vedação da crueldade animal prevista no artigo 225, § 1º, VII, esta garantia constitucional torna proteção animal fundamento básico de nossa sociedade e estende a esses indivíduos o conceito de dignidade que para Tagore Trajano de Almeida Silva (2009, p. 11137) consolida a formação de uma dimensão ecológica da dignidade humana.

Com tal previsão o Brasil se tornou a época um dos países com a legislação ambiental mais avançada do mundo, pois a expectativa que se criou quanto ao status dos animais foi sem precedentes, porém com o passar do tempo percebeu-se que no plano da eficácia a realidade dos animais não-humanos pouco mudou.

Imprescindível lembrar que embora a Constituição Federal tenha vedado a prática de crueldade animal, com a suposta revogação do Decreto 24.645/34 se estabeleceu uma lacuna jurídica infraconstitucional para viabilizar a vedação da crueldade aos animais não-humanos.

Com a edição da Lei dos Crimes Ambientais 9.605/98 (LCA) um pequeno avanço ocorreu na tipificação dos maus-tratos aos animais não-humanos pois passou de contravenção penal para crime ambiental, mas é preciso lembrar que embora o status na qualificação da conduta tenha evoluído a eficácia quanto a punibilidade pouco mudou.

Ao editar a Lei supra o legislador tentou suprir a lacuna infraconstitucional, porém de forma ineficaz, pois, em primeiro lugar por que a previsão do crime de maus-tratos aos animais está contida na LCA, portanto o bem jurídico tutelado não é animal, mas sim o meio ambiente o que NETO (2017, p. 167 - 169) classifica como proteção indireta dos animais passando a considerar o dano ao meio e não ao indivíduo.

Em segundo a ineficácia passa pela pena propriamente dita que é de três meses a um ano sendo de detenção, portanto recaindo no rol dos crimes de menor potencial ofensivo sendo processado pelo rito sumaríssimo da Lei 9.099/95, o que implicará na suspensão condicional do processo desde que preenchido os requisitos previstos no artigo 89⁵, além da possibilidade da extinção da punibilidade elencada no § 5º do mesmo artigo.

Atualmente encontra-se na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária o Projeto Lei 650/15 de autoria da Senadora Gleisi Hoffmann que visa tipificar as condutas de maus-tratos, estabelecer padrões mínimos de bem estar animal e alterar o artigo 32 da Lei 9605/98.

Em que pese o projeto represente um grande avanço na norma infraconstitucional sobre maus-tratos, pouco mudará a realidade frente à efetividade de punição da conduta criminosa, pois aumentará a pena de um ano para dois anos e mudará o status de detenção para reclusão, cumpre mencionar que se o processamento do crime cair no rito comum ordinário haverá substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito pela previsão do art. 44⁶, inciso I do Código Penal, ou seja, vai mudar para deixar tudo do jeito que está.

Além dessa ressalva embora o projeto seja de imenso avanço frente à lacuna que existe atualmente, seus objetivos por vezes passam pela visão antropocêntrica de proteção, no qual o bem jurídico a ser tutelado seja o ser humano e não o animal propriamente dito, conforme se depreende do “art. 2º, inciso IV –

⁵ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

⁶ **Art. 44.** As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

promoção da saúde dos animais, objetivando a saúde da população humana e a melhoria da qualidade ambiental como partes da saúde pública”.

Observadas essas ressalvas, se houvesse ao menos uma mudança significativa na quantidade da pena o projeto estaria muito próximo de atingir o plano ideal de proteção animal, bem estar e vedação da crueldade constitucional, pois como bem elencado na justificativa o projeto se origina da necessidade⁷ de estabelecer uma norma infraconstitucional que viabilize o preceito constitucional de vedação da crueldade.

No que tange ao tema oportuno salientar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto Lei nº 4564/16 de autoria do deputado Francisco Floriano, esse projeto não tão abrangente quanto o anterior visa tão somente tipificar e reprimir a conduta de maus-tratos aos animais não humanos, porém de uma ótica anti-anthropocêntrica tendo como objeto a ser tutelado o próprio animal não-humano, reconhecendo em sua justificativa a dignidade e a senciência do animal: “em síntese, o constituinte reconheceu o “valor em si” dos animais, independentemente de sua importância ecológica ou das suscetibilidades humanas”(2016, sp).

Ainda traz dados de comprovação da *teoria do link* que NASSARO (2013, p. 68). muito bem esmiuçou “conforme a mencionada teoria as pessoas adultas que praticam atos de maus-tratos aos animais podem apresentar traços mais elevados de violência e insensibilidade”.

⁷ Apesar de tudo, em que pese a evolução da legislação ambiental posteriormente à promulgação da Constituição, constata-se a inexistência de uma lei geral que conceitue “*bem-estar dos animais*”, ou que defina “*maus-tratos*” no arcabouço jurídico nacional. **Há, portanto, uma lacuna legislativa no que diz respeito à regulamentação infraconstitucional neste sentido, de modo a definir conceitos, como maus-tratos, e a criar um sistema nacional de proteção e defesa do bem-estar animal.** BRASIL. Brasília. Senado Federal: **Projeto de Lei 650**. 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123360>. Acesso em: 8 de Set. 2017. (p. 40 – 41)

A justificativa do referido projeto atende aos anseios buscados para o reconhecimento do animal como um fim em si mesmo e a previsão da pena elencada no art. 2º - sendo de dois a oito anos de reclusão – o que mudará substancialmente a realidade da condição de punibilidade, pois, no plano da realidade seria possível o cerceamento da liberdade do indivíduo criminoso e a efetiva vedação da crueldade animal.

Este é o panorama constitucional e infraconstitucional da realidade brasileira quanto ao crime de maus-tratos e a vedação constitucional da crueldade animal.

Por outro prisma, vale ressaltar que os crimes envolvendo maus -tratos crescem a cada dia e o panorama jurídico não está dando respostas adequadas a essa problemática.

2 Brasil e a esquizofrenia legal

Neste interim tomaremos emprestado o conceito de esquizofrenia moral de FRANCIONE (2000, p.10) no que disciplina que a conduta do ser humano para com os animais é no mínimo esquizofrênica, pois concordamos que é moralmente errado impor sofrimento desnecessário aos animais, porém a quantidade de sofrimento que impomos não pode ser análoga à escolha de salvar o ser humano na casa em chamas, ou um animal. Tem casos difíceis, em que há necessidade de se fazer uma ponderação de peso ou importância.

O que queremos dizer é que a esquizofrenia de nossa sociedade vai para além de situações extremas, uma vez que criamos animais com confortos que muitos seres humanos sequer têm acesso, com camas próprias, salão de beleza, rações especiais, ambiente climatizado, atribuímos um “status” aquele animal específico, o consideramos membro da nossa família; no entanto, colocamos partes de cadáveres de outros animais a assar no forno para deglutirmos e apreciarmos o sabor.

Diante do conceito de esquizofrenia moral pelo que passa a sociedade é preciso atentar para o que chamaremos aqui de “esquizofrenia legal” pelo que passa o Brasil na seara jurídica, visto que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 toda e qualquer norma anterior que estivesse em sentido contrário ao preceito de vedação da crueldade animal deveria ser revogada em sua parte conflitante e novas normas deveriam observar a superioridade normativa.

Ao analisar algumas normas é possível perceber que o caminho legislativo está em sentido contrário ao teor da Carta Magna, primeiro com a revogação do Decreto 24.645/34 pelo decreto 11/91, pois como se pode revogar algo que está totalmente alinhado as premissas constitucionais e que para muitos pelo teor teria sido recepcionado pela Constituição?

Delinearemos aqui outros exemplos como o da Lei nº 5.197 (Lei de Proteção à Fauna ou Código de Caça) que ao mesmo tempo em que proíbe a caça profissional em território nacional, estimula a criação de clubes de caça e de tiro ao voo, o que se torna um paradoxo.

Com a Lei nº 7.173, o Brasil passou a disciplinar sobre a manutenção de animais silvestres em cativeiro, regularizando os locais de manutenção e exposição desses animais a visitação humana, os denominados zoológicos, porém em seu artigo 7º a Lei preocupa-se de forma quase equiparada com o conforto dos animais humanos durante a visitação, sempre dentro de um modelo antropocêntrico e capitalista como observa MEDEIROS (2013 apud Medeiros et al 2016, p. 76-77).

Em 2009 com a publicação da Lei 11.959 acentuou-se o conceito de sustentabilidade na exploração da aquicultura e da pesca, ao mesmo tempo que isso corroborou em demasia para coisificação animal ao objetivar promover de forma sustentável o desenvolvimento da pesca e da agricultura como fonte de alimentação, emprego, renda e lazer, conforme se extrai do artigo 1º, inciso I da referida lei.

Não bastando esses exemplos de antinomias, ao que parece a esquizofrenia chegou ao patamar constitucional com a Emenda Constitucional 96, pois, com toda vedação à crueldade animal contida de forma cristalina na Constituição, o legislador adicionou ao artigo 225, o § 7º aduzindo que a vaquejada é uma forma de manifestação cultural e que não fere o § 1º, inciso VII do próprio artigo.

Primeiramente se deve questionar: onde está na lei o conceito de maus-tratos para o legislador afirmar que um determinado ato deslocado para dentro de uma manifestação cultural e por ali se encontrar, deixa de ser crueldade?

Outro ponto a ser questionado é se o ato deixa de ser cruel ou apenas se admite a crueldade porque o mesmo faz parte da cultura local?

E se assim for, então no mesmo entendimento será apreciada a questão do uso de animais em rituais sagrados, pois toda religião provem de uma prática cultural e moral?

E se o mesmo ato cometido contra os animais não-humanos for praticado fora de qualquer hipótese dessas, o porquê seria cruel?

Neste sentido SARLET (2017, sp.) observa:

(...) o poder de reforma constitucional cria um conceito eminentemente normativo de crueldade dizendo, ainda que com outras palavras, que o que mesmo representa uma crueldade de fato (pela natureza da prática concreta e suas consequências em termos de sofrimento desnecessário) o deixa de ser por Decreto normativo.

Além do mais o mesmo autor levanta outras observações pontuais tais como: se a regulamentação legal for tida como exigência prévia de exercício para manifestação cultural, daria para sustentar que na ausência desse registro a prática seria legal e constitucionalmente ilegítima.

Outro ponto relevantemente levantado pelo autor se configura quanto ao princípio do retrocesso legal perante a matéria, além da legitimidade e possibilidade jurídica de reformar cláusula pétrea constitucional emanada pelo poder constituinte originário através de Emenda Constitucional.

A técnica racional legislativa do parágrafo § 7 desafia o mais simplório processo cognitivo da racionalidade, pois além de ir contra o § 1º, VII do art. 225 da CF, ainda confronta entendimento do STF sobre matéria já enfrentada pela suprema corte na ADI 4.983 que declarou inconstitucional Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará que regularizava o uso de animal em prática desportiva cultural.

Neste diapasão cumpre frisar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em que pese o nobre entendimento da corte, está assentada na tutela de proteção do meio ambiente e na visão antropocêntrica de proteção, ainda que nos termos do voto do relator se considere lesão intrínseca ao animais:

[...] há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988.

No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, **há de sobressair à pretensão de proteção ao meio ambiente.** Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará. **ADI 4983.** Ceará. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Min. Relator: Marco Aurélio Melo.

A decisão segue na mesma linha hermenêutica da decisão anteriormente proferida por esta corte na ADI 1.856 no qual declarou a inconstitucionalidade da lei 2.895/98 do Estado do Rio de Janeiro que versava sobre a rinha de galo.

Para NETO (2017, p. 169 - 173) o STF cometeu um equívoco hermenêutico naquele momento, em primeiro por que levou em consideração a relação de crueldade contra animais e comportamentos lesivos a fauna, o que para o mesmo no presente caso não ocorre por se tratar de animal criado em cativeiro especificamente para aquela atividade, portanto como pode as agressões desses animais longe de seu estado de natureza implicar dano à fauna? Resposta que o Ministro Celso de Mello encontra fazendo uma “intersecção entre animais domésticos, domesticados, tutelados pela norma e a proteção do meio ambiente”, o que segundo o autor se trata de silogismo falso, não sendo cabível.

Em segundo por que o julgamento delimitou a crueldade contra animais como crime de natureza ambiental, que para Neto, consiste numa relação antropocêntrica de cuidado com o meio ambiente equilibrado para subsistência da espécie humana: “conclui-se, então, pela existência de uma íntima conexão entre as práticas de crueldade contra animais e a subsistência do gênero humano em um ambiente ecologicamente equilibrado”.

Por fim a Corte considerou que a crueldade contra animais como uma ofensa a dignidade da pessoa humana, o que aponta o autor como um erro hermenêutico, pois, o objeto a ser tutelado não pode ser a espécie humana, mas sim o meio ambiente e os animais pelos fins em si mesmos e não por que atinge a espécie que comete o ato degradante, ou seja, o que se considera é a lesão à terceiro de mesma espécie, não do ser que realmente sofre o dano.

Neste sentido DISCONZI et al (2017, p. 319) observa que a forma como o legislador empregou a expressão crueldade para os animais não-humanos restou vaga precisando ser definida pelo intérprete, porém essa interpretação ocorre sempre dentro de uma

lógica antropocêntrica e especista levando em consideração o bem estar humano e não dos animais:

Nesse sentido, a Suprema Corte alega que o objetivo do artigo 225, §1º, inciso VII da Carta Maior **é preservar o ser humano de atitudes cruéis**, que podem posteriormente repercutirem contra os seres humanos ou ainda que a proteção aos animais não-humanos ocorre para garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado às futuras gerações humanas. Portanto, o Supremo não admite que o principal interessado e protegido pela vedação da crueldade para com os animais não-humanos são os próprios animais que sofrem com essa prática.

Importante ressaltar que embora tenha se passado algum tempo da promulgação da Constituição, o entendimento da Suprema Corte continua o mesmo, no sentido do viés antropocêntrico, o que leva ao questionamento do por que da ocorrência desse fato. Seria pela incapacidade de adequação de entendimento frente à realidade econômica atual, ou pela falta de uma norma infraconstitucional que sustente uma interpretação rígida quanto à proteção animal? Ou será que quando se entender o direito dos animais como um ramo autônomo, a proteção aos animais não será mais efetiva? Há necessidade de se dar um status constitucional a dignidade animal de forma expressa no texto maior? Essas perguntas ainda precisam ser respondidas pelos que se dedicam ao tema.

Ainda que exista essa lacuna infraconstitucional quanto aos maus-tratos aos animais, imprescindível lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa hermenêutica de dar alcance e sentido as normas, de realizar o seu papel e ao que parece, tem perdido a oportunidade de fazê-lo, pois para que isso ocorra terá que romper o paradigma antropocêntrico e capitalista de proteção.

Diante do exposto, é possível perceber que embora o Brasil tenha avançado na proteção animal, como se demonstrou, todos os esforços de Edna Cardoso DIAS, no sentido da constitucionalização

dos maus tratos, ainda não foram capazes de gerar uma efetiva proteção com a promulgação da Constituição Federal, em face da denominada esquizofrenia legal de nossos legisladores, corroborada por equívocos interpretativos da nossa Suprema Corte.

3. Direito comparado

O problema da eficácia da vedação da crueldade animal contido na Constituição Federal vai além da ausência de uma norma penal infraconstitucional que tipifique a conduta, passa também por uma mudança no “status” da personalidade jurídica em que se encontram os animais não-humanos no Brasil, pois hoje na legislação os mesmo são encarados como coisas semoventes, não tendo seu status de senciência reconhecido, conforme atenta MACHADO JUNIOR (2015, p. 133): “A linha observada pelo constituinte de 1988 é a mesma adotada pela legislação infraconstitucional, qual seja a disposição e utilização do animal como objeto ou coisa”.

Nesta senda oportuna é a lição de Maritas Gimenez CANDELA (2017, p. 310) para quem a descoisificação animal passa pela perfectibilização do princípio da isonomia:

Descoisificar é dar tratamento igual a todos os animais, o que não significa a atribuição dos mesmos direitos subjetivos dos seres humanos, mas sim significa outorgar aos animais os mesmos padrões de proteção conforme seus interesses, que outorgamos aos seres humanos.

Dentro desse contexto cumpre destacar que o Brasil encontra-se na contra mão de diversos países europeus que já mudaram sua legislação e reconheceram a senciência dos animais não-humanos retirando assim seus status de coisa.

Em que pese o atraso normativo frisa-se que atualmente aguarda votação na Câmara do Deputados o Projeto de Lei 351 que

acrescenta parágrafo único ao artigo 82 e inciso IV no artigo 83 ambos do Código Civil brasileiro, para o reconhecimento da sentiência.

A justificativa do projeto se faz na comparação com alguns países europeus (Suíça, Alemanha, Áustria, França, Portugal) que já alteraram a realidade dos animais não humanos em seus ordenamentos jurídicos retirando o status de coisas, o que pretende fazer o citado projeto no âmbito jurídico brasileiro.

Portugal vem modificando sua legislação para alcançar a efetiva proteção jurídica dos animais, recentemente criminalizou as condutas de abandono e maus-tratos a animais de companhia inculpidos nos artigos 387 a 389 do Código Penal, neste sentido ver NETO (2017, p. 200) que observa que o “parlamento português sustentou que a dignidade e o respeito atribuídos à vida animal são princípios integradores do léxico da política legislativa da União Europeia, de modo a se reconhecer que esta evolução legislativa, além de conceptual é civilizacional”.

Já a Constituição Federal da Suíça emprega vários termos ao se referir aos animais tais como: natureza, criação, fauna e flora, habitat e espécies ameaçadas de extinção, variedade das espécies de peixes, dos mamíferos selvagens e das aves, animais, criatura e variedade genética das espécies de animais, assim como o legislador brasileiro o suíço emprega termos indeterminados, porém a Constituição Suíça diferencia entre a tutela do meio ambiente e da biodiversidade e entre a proteção aos animais e a tutela da dignidade da criatura, logo estabelece direitos próprios dos animais de acordo com a lição de Gabriela CARVALHO (2015, p.31).

Neste interim imprescindível mencionar que a Suíça se utiliza do conceito de dignidade da criatura, ou seja, o objeto jurídico tutelado é o próprio animal diferentemente das interpretações jurídicas brasileiras que tutelam a dignidade humana, estabelecendo a proteção de forma indireta para com o ser no qual realmente sofre o dano.

A constituição Alemã traz a previsão de proteção animal elencada no Artigo 20a⁸ no qual faz referência a proteção do meio ambiente e dos animais em detrimento da responsabilidade para com as gerações futuras.

Para Oliver LE BOT (2007, p.10) a responsabilidade da proteção dos animais é vinculada a todos os órgão públicos, inclusive os de educação conforme se depreende:

Esta disposição não cria qualquer obrigação de indivíduos, a obrigação é vinculativa para todos os órgãos do poder público - executivo, legislativo e judicial - sob a forma de uma meta constitucional ou objetivo Estado (*Staatsziel*). Ela exige que o legislador e de forma mais ampla às autoridades infra-para promover bem-estar animal no exercício de suas funções oficiais. Todos os órgãos do Estado, o parlamento, administrações, laboratórios públicos, universidades e outras autoridades. (tradução nossa)

Le Bot também observa que o conceito de animais não ficou definido pelo legislador, trata-se para o mesmo de um conceito vago. Diante da prerrogativa de ausência de limitação Johannes Caspar e Martin Geissen *in* Le Bot (2007, p.10) afirmam que o “conceito não se refere apenas aos vertebrados, mas, em princípio, abrange todos os tipos de animais e, portanto, corresponde ao significado que lhe é dado na Lei de Proteção Animal, o *Tierschutzgesetz*”.

Neste sentido observa NETO (2017, p.196) informa que no *Tierschutzgesetz*, que é a Lei específica de proteção de animais na Alemanha existe previsão de duas modalidades de ação típica, uma que coíbe à morte do animal e outra que coíbe a crueldade, ambas com um denominador comum, que a ação recaia sobre um animal vertebrado.

⁸ Artigo 20a [Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais] Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário. (tradução nossa)

A primeira hipótese elencada no § 17, inciso I da Lei supra proíbe a morte do animal sem motivo razoável, tutelando nessa hipótese a vida do animal, porém atenta-se para a antijuridicidade na configuração da tipicidade da conduta, pois resta vago o que seria um motivo razoável e se é que ele existe, nesse sentido a Lei silencia.

A segunda hipótese está contida no § 17, inciso II no qual proíbe qualquer ato de crueldade contra os animais no sentido *latu sensu* e que a tutela penal da segunda parte está voltada para a integridade física e do bem estar animal, ou seja, está reprimindo qualquer ato de abuso no qual resultará em maus-tratos, conforme disciplina Neto (2017, p.198).

Já na França Maria Izabel Vasco de TOLEDO (2012, p. 215) esclarece que prevalece a “Teoria de empréstimo da criminalidade” no qual busca a responsabilidade primária da pessoa física, ou seja, o agente do dano e posteriormente da pessoa jurídica.

Cumprir destacar que em 2015 a França reformou seu Código Civil para reconhecer a capacidade de sciência dos animais, ocasionando a virada do paradigma antropocêntrico para o reconhecimento dos animais não mais como coisas, mas como seres com fim em si mesmos.

As alterações legislativas dos países europeus explanadas até o momento servem para demonstrar a irreversível tendência expressa pelo Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, pois é um dos objetivos⁹ do presente tratado o reconhecimento do bem-estar dos animais enquanto seres dotados de sensibilidade.

A necessidade de um tratado que reconheça a sciência dos animais é imprescindível, uma vez que um dos documentos

⁹ Artigo III-121.o Na definição e execução das políticas da União nos domínios da agricultura, das pescas, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União e os Estados-Membros têm plenamente em conta as exigências do **bem-estar dos animais enquanto seres dotados de sensibilidade**, respeitando simultaneamente as disposições legislativas ou administrativas e os costumes dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de ritos religiosos, tradições culturais e património regional.

mais relevantes na proteção animal é a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, realizada em Bruxelas, em 1978 pela UNESCO numa tentativa de regulamentar normas de proteção aos animais nos países membros da ONU, porém cumpre lembrar que o documento não criou força de Lei, apenas serve de norteador normativo, tampouco foi assinado pelo Brasil, conforme assevera Sparemberger e Lacerda (2015, p. 191).

Importante frisar que nem todas as legislações pertinentes aos conceitos de crueldade animal, maus-tratos e senciência foram aqui elencadas, apenas as que se julgaram mais importantes para obter um quadro comparativo.

Diante da legislação estrangeira ora explanada é possível perceber algumas convergências com a brasileira, porém inúmeras divergências, dentre elas, se destaca a necessidade de uma maior proteção aos animais, estabelecida em norma própria, positivada, é necessário que tenhamos parâmetros mais claros para se definir o que é crueldade animal e em que consistem os maus-tratos, não é mais possível deixar a cargo do judiciário fazer essa interpretação, ser haver parâmetros legais objetivos, pois, conforme constatado, ele vem julgando através de uma lógica antropocêntrica, se isso continuar assim, não vamos avançar no sentido da necessária proteção.

4. Considerações finais

Com essa pequena pesquisa, objetivou-se demonstrar a realidade jurídica brasileira acerca da proteção animal, seus avanços, suas falhas e as consequências no plano normativo, jurisprudencial.

O Brasil desde a Constituição de 1988, no que se relaciona à legislação ambiental, tem avançado, traz em seu texto a responsabilidade ambiental como um dos seus fundamentos básicos.

Porém, esse avanço, ao que parece, estagnou com a promulgação da Lei 9.605/98 que ao disciplinar a matéria sobre maus-tratos aos animais não só deixou a desejar na quantidade da pena imposta no art. 32 que acaba por gerar a suspensão condicional do processo e tampouco se preocupou em estabelecer um conceito ou elencar um rol exemplificativo das condutas que consubstanciam maus-tratos e, além disso, acabou por deslocar a matéria penal para seu núcleo ambiental, no qual o objeto tutelado não é o animal propriamente dito, mas o meio ambiente.

Restou demonstrado que a falta de uma Lei infraconstitucional que discipline a prática de maus-tratos, a proteção animal e o bem-estar, acaba por inviabilizar a vedação da crueldade animal contida na Constituição Federal de forma efetiva, o que abre precedentes para as interpretações mais absurdas e comprometidas com o antropocentrismo e como o modo capitalista de exploração do animal, que é visto como um meio, um objeto que deve ser desfrutado pelo homem, independente do sofrimento causado.

Desde a Declaração de Cambridge sobre a Senciência, de 2012, não há dúvida de que os animais, pelo menos os vertebrados, sentem dor. Ademais, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos.

Por outro prisma, embora exista essa lacuna infraconstitucional que justifique a esquizofrenia normativas, não pode essa lacuna justificar a esquizofrenia moral, pois não é preciso de uma norma para dizer que não se deve machucar, mutilar, espancar, matar ou impor qualquer tipo de crueldade para com um ser de outra espécie.

Essa liberdade interpretativa oriunda da ausência de uma norma infraconstitucional que classifique os atos de crueldade, que traga em seu rol um conceito de maus-tratos e delimite suas

condutas, é a autorização legal para práticas abusivas e violentas aos animais não-humanos.

Para Heron José SANTANA (2006, p.187) basta o bom senso para que a vedação da crueldade animal seja eficaz, pois segundo o autor: “se lavarmos realmente os princípios e as regras constitucionais a sério, vamos perceber que toda e qualquer lei ou ato administrativo que considere legítima a crueldade contra os animais é inconstitucional”.

Portanto se não é possível ver declaradas como inconstitucionais pelo judiciário ou revogadas pelo legislativo, todas as disposições contrárias ao art. 225, § 1º, inciso VII da CF, então que se estabeleça urgentemente uma norma infraconstitucional que tipifique as condutas de maus-tratos, que traga em seu bojo uma pena que produza a eficácia desejada para a coibição da crueldade e por fim que seja reformado o Código Civil brasileiro a fim de que se reconheça a senciência dos animais não-humanos e modifique o status atual de coisas semoventes para seres com capacidade de sentimentos, a exemplo de outras legislações estrangeiras que já evoluíram seu status moral e social para com as outras espécies.

5. Referências

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949. Berlim. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº **4.983**. 2015. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Governador do Estado do Ceará. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4425243>. 2017. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. Brasília. Congresso Nacional. Câmara do Deputados: **Projeto de Lei 4.564**. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078280>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. Brasília. Senado Federal: **Projeto de Lei 650**. 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123360>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. Brasília. Senado Federal. **Projeto de Lei 351**. 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. **Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Planalto: **Decreto nº 24.645**. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. **Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Planalto: **Decreto Lei nº 2.848**. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. **Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Planalto: **Decreto nº 11**. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Doo11.htm. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. **Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Planalto: **Lei nº 5.197**. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm. Acesso em: 8 de Set. 2017

BRASIL. **Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Planalto: **Lei nº 7173**. 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7173.htm. Acesso em: 8 de Set. 2017.

BRASIL. **Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Planalto: **Lei nº 9.099. 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: **8 de Set. 2017**.

BRASIL. **Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Planalto: **Lei nº 9.605. 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: **8 de Set. 2017**.

BRASIL. **Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Planalto: **Lei nº 11.959. 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11959.htm. Acesso em: **8 de Set. 2017**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial Nº 1.115.916 - MG (2009/0005385-2)**. Relator: Ministro Humberto Martins. 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6040734/recurso-especial-resp-1115916-mg-2009-0005385-2/inteiro-teor-12170435#>. Acesso em: **8 de Set. 2017**.

CALHAU, Lélío Braga. **Meio ambiente e tutela penal nos maus-tratos contra animais**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/5585/meio-ambiente-e-tutela-penal-nos-maus-tratos-contra-animais/1>. 2004. Acesso em: **8 de Set. 2017**.

CANDELA, Maritas Gimenez. **La Descosificación de los Animales**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Vol. 12. nº 1. Ano 2017. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/26664>. 2017. Acesso em: **8 de Set. 2017**.

CARVALHO, Gabriela Franziska Schoch Santos. **A tutela constitucional dos animais no Brasil e na Suíça**. 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/135446/Carvalho.%20Gabriela%20F.S.S._TCC_%20final.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: **8 Set. 2017**.

DIAS, Edna Cardozo. **Tutela Jurídica dos Animais**. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/19996385/tutela-juridica-dos-animais>. 2000. Acesso em: 8 de Set. 2017.

EUROPA. Roma. **Tratado que estabelece uma Constituição para Europa**. 2004. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitutio_n_for_europe_pt.pdf. Acesso em: 8 de Set. 2017.

FRANCIONE, Gary. **Introduction to animal rights: your child or the dog**. Philadelphia: Temple University Press, 2000.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Recife: 2006. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4037/arquivo6005_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 8 de Set. 2017.

JUNIOR, José Carlos Machado. **A proteção animal no paradigma da ambientalização do direito brasileiro**. In Direito dos animais: desafios e perspectivas da proteção. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2015.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais**. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

LE BOT, Oliver. **La protection de l'animal en droit constitutionnel. Etude de droit comparé**. Lex Electronica, vol. 12 No. 2, 2007. Disponível em: <http://www.lex-electronica.org/articles/v12-2/lebot.htm>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. NETO, Jayme Weingartner. e PETERLE, Selma Rodrigues. **Animais não-humanos e a vedação de crueldade: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural**. Canoas - RS: Unilassalle, 2016. Disponível em <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/books/article/view/3285/1655>. 2016. Acesso em: 8 de Set. 2017.

NASSARO, Marcelo Robis Francisco. **Aplicação da Teoria do Link - maus tratos contra os animais e violência contra as pessoas - nas ocorrências atendidas pela Polícia Militar do Estado de São Paulo**. 2013. Disponível em: <http://www.pea.org.br/educativo/pdf/robis.pdf>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

NETO, João Alves Teixeira. **Tutela Penal de animais: uma compreensão onto-antropológica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PIERANGELI, José Henrique. Maus-tratos contra animais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, n.765, p. 481 – 498, jul. 1999.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n.º 8**. Diário da República, 1.ª série – N.º 45 – 3 de março de 2017. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/106549655>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. **Lei n. 3.231**. 1999. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/7e715125426f99f3032567b30065ed7a?OpenDocument>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. Curitiba: Juruá, 2004.

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; CARDOSO, Waleksa Mendes; PALAR, Juliana Vargas. A vedação da crueldade para com os animais não-humanos à luz da interpretação constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n.7, p. 304 – 323. jan/abr. 2017. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/544>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Novamente a proteção constitucional dos animais no Brasil – o caso da EC 96/2017**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-jul-07/direitos-fundamentais-protECAo-constitucional-animais-ec-962017>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Fundamentos do Direito Animal Constitucional**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo-SP, nos dias 04, 05, 06, 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/Fundamentos.pdf>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. LACERDA, Juliana. **Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas**. Revista Amicus Curiae, V.12, N.2, pp. 184-202, Jul./Dez.2015. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-animais-no-direito-brasileiro-desafios-e-perspectivas>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. **A tutela jurídica dos animais no brasil e no direito comparado**. Revista Brasileira de Direito Animal. Ano 7. Vol, 11. Jul - Dez 2012. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8426/6187>. 2012. Acesso em: 8 de Set. 2017.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. **O tratamento jurídico-penal da experimentação animal no Brasil e o caso do Instituto Royal**. Salvador: 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17706/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20IZABEL.pdf>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

UNESCO, **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**, proclamada em sessão realizada em Bruxelas, em 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.suiipa.org.br/index.asp?pg=leis.asp>. Acesso em: 8 de Set. 2017.

Tecnologias verdes, sustentabilidade e sistema de patentes: o surgimento das patentes verdes

Alessandra Vanessa Teixeira¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

Introdução

As tecnologias verdes são o desenvolvimento de inovações no processo produtivo, cujo objetivo é diminuir ou eliminar o impacto ambiental, a partir da prática dos preceitos de sustentabilidade, o qual irá abranger as suas três dimensões: ambiental, social e econômica.

A proteção à propriedade intelectual e ao meio ambiente podem não parecer assuntos interrelacionados em uma primeira abordagem. Contudo, a necessidade de medidas eficazes (e globais) para tecnologias sustentáveis não é nova, assim como tampouco é nova a necessidade de tecnologias verdes, levando o assunto do meio ambiente e mudança climática à propriedade intelectual.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional - IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Email: alessandra.sp@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor do Programa Stricto Sensu, Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Professor e Coordenador do Programa Stricto Sensu, Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo e Coordenador do Balcão do Consumidor. Email: liton@upf.br

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), tendo em vista a promoção da inovação e criatividade, busca desenvolver instrumentos práticos de propriedade intelectual (PI) que façam avançar soluções para os desafios ambientais. Nesse sentido, uma das iniciativas da OMPI foi a criação da plataforma WIPO GREEN – o Mercado de Tecnologia Sustentável³ – cuja missão é contribuir para a rápida adaptação, adoção e implantação de soluções tecnológicas verdes, tanto nos países em desenvolvimento como em países desenvolvidos. WIPO GREEN põe em contato os fornecedores de tecnologias com as pessoas que buscam tecnologias e oferece uma série de serviços destinados a incentivar transações comerciais mutuamente vantajosas (OMPI).

1 As tecnologias verdes e sua importância para a sustentabilidade

A crescente busca por alternativas que visam aliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, amplia a necessidade de criação de tecnologias que estejam de acordo com a natureza, que sejam ambientalmente corretas, ou ambientalmente limpas. Sendo assim, a necessidade de transformações tecnológicas capazes de melhorar as atuais condições ambientais tem sido um dos argumentos que ganha maior relevância, diante dos desafios que a humanidade vem passando na seara das catástrofes ambientais (JABBOUR, 2010).

A Declaração de Estocolmo de 1972, em seu Princípio 18, já reconhecia a importância da tecnologia “para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente, para solucionar os problemas ambientais e para o bem comum da humanidade”. Além disso, o Princípio 20 refere que “as tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma

³ Para acesso à plataforma, textos e pesquisas mais recentes: <https://www3.wipo.int/wipogreen/en/>

carga econômica para esses países” (CONFERÊNCIA DA NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO, 1972).

O Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum) de 1987 destaca a importância da tecnologia já no início do documento, ao tratar sobre a visão panorâmica da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, referindo que “a tecnologia e a ciência de que dispomos nos permitem, ao menos potencialmente, examinar mais a fundo e compreender melhor os sistemas naturais” (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 1). O documento traz a necessidade de reorientar a tecnologia, afirmando que a capacidade de inovação tecnológica precisa ser significativamente ampliada nos países em desenvolvimento, para que consigam reagir de modo mais eficaz os desafios do desenvolvimento sustentável, bem como que o desenvolvimento tecnológico deve dar maior atenção aos fatores ambientais. Além disso, refere que “a criação de tecnologias mais adequadas ao meio ambiente está diretamente ligada a questões de administração de riscos” (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 64-65).

Apesar de fazer referência às tecnologias ambientais ou aquelas que pudessem favorecer o meio ambiente, em nenhum dos documentos acima houve a definição do que seriam essas tecnologias ambientais.

A Convenção do Clima realizada durante a Conferência das Nações Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento (1992), no Rio de Janeiro, trouxe um importante avanço ao abordar e conceituar as Tecnologias Ambientalmente Amigáveis da seguinte forma:

[...] tecnologias de processos e produtos que geram poucos ou nenhum resíduo, tecnologias que protegem o meio ambiente e que são menos poluentes. São tecnologias que utilizam todos os recursos de uma forma mais sustentável, que reciclam mais resíduos e produtos, e ainda, que tratam os dejetos residuais de uma maneira mais aceitável. (ONU, 1992, p. 409).

Nesse contexto, por tecnologias ambientais pode-se entender aquelas que possibilitam inovações nos procedimentos e na criação de produtos capazes de diminuir consideravelmente ou eliminar impactos degradantes ao meio em que são aplicadas.

O incentivo à criação de novas tecnologias relacionadas ao desenvolvimento sustentável reflete-se na criação de tecnologias verdes, as quais possibilitam novas técnicas que agem em prol do meio ambiente e da sociedade, visto que tudo que for para a melhoria do meio ambiente traz benefícios para a sociedade como um todo. Portanto,

Em nível nacional, as tecnologias verdes correspondem à uma conjugação de dispositivos garantidos constitucionalmente mas que carecem de efetividade. Falamos conjugação por se tratar de um mecanismo que, ao mesmo tempo em que atua agregando valores na promoção do bem-estar para as pessoas - geração presente e futura - atua também como forma de desenvolvimento tecnológico, o que por óbvio é fator preponderante para a geração de riquezas. Em conjunto com os dispositivos constitucionais já mencionados no que tange ao Desenvolvimento, a Carta Maior prescreve ainda dispositivos promotores de incentivo à tecnologia e à pesquisa, o que faz com que as tecnologias verdes se apresentem mais uma vez como mecanismo apto a ampliar a efetividade da Constituição, pois além de cooperar com o direito ao desenvolvimento, também atende aos preceitos de inovação tecnológica. (GOMES; SANTOS, 2015, p. 362).

No documento resultante da Rio +20, intitulado “O futuro que queremos”, demonstrou-se a importância da tecnologia verde para a efetivação de um de seus temas centrais, a “economia verde”, destacando que para que ocorra um significativo progresso na criação de economias verdes é necessário oferecer apoio a países em desenvolvimento, no sentido de:

d) Facilitar a pesquisa colaborativa internacional de **tecnologias verdes** envolvendo países em desenvolvimento, assegurando que as tecnologias desenvolvidas desse modo continuem sendo de

domínio público e estejam disponíveis para países em desenvolvimento a preços acessíveis; e) Encorajar a criação de Centros de Excelência como pontos nodais para P&D de **tecnologia verde**; f) Apoiar cientistas e engenheiros e instituições científicas e de engenharia de países em desenvolvimento para fomentar seus esforços no desenvolvimento de **tecnologias verdes** locais e usar o conhecimento tradicional; (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, 2012, p. 8). (grifo nosso).

A nova agenda global “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” reconhece que cada país é responsável por seu próprio desenvolvimento econômico e social, destacando os meios de implementação para o alcance dos seus Objetivos e metas. Dentre eles, “a transferência de tecnologias ambientalmente adequadas em condições favoráveis para os países em desenvolvimento” (CÚPULA MUNDIAL DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, 2015, p. 10).

A tecnologia é considerada por alguns autores como uma nova dimensão do desenvolvimento sustentável. De acordo com Ferrer, o desenvolvimento sustentável possui quatro dimensões, ou seja, a ambiental, que deve ajustar o comportamento dos seres humanos à capacidade de resistência do planeta; a econômica, que deve garantir um acesso mais justo às matérias-primas e à tecnologia, universalizando o acesso a bens e serviços; a social, que deve reinventar a governança, evitando os processos de exclusão e acabando com qualquer tipo de discriminação, garantindo também a educação, a saúde e a mobilidade social; e, por fim, a tecnológica, que deve adaptar-se à nova tecnossociedade, colocando a ciência e a técnica a serviço da sustentabilidade, prevenindo, então, as tecno-catástrofes. (2014).

O fator tecnológico normalmente não é considerado quando da análise das dimensões do desenvolvimento sustentável. No entanto, ele é fundamental para o alcance do sucesso em cada uma das áreas, bem como para garantir a viabilidade do

desenvolvimento sustentável em todos os seus aspectos. (CRUZ; FERRER, 2015).

Nesse sentido, Giansanti refere que “tanto a limitação do crescimento quanto a gestão racional dos recursos forçam a busca de novas tecnologias, visando garantir a continuidade dos processos produtivos. Um exemplo é o estímulo à adoção das chamadas tecnologias limpas” (1998, p. 14).

Percebe-se, já de início, que o fator tecnológico realmente vem a viabilizar as outras dimensões em busca do desenvolvimento sustentável, já que, como referido acima, as novas tecnologias auxiliam os aspectos econômico e ambiental, quando da adoção de tecnologias limpas.

Para Almeida, “não há sustentabilidade sem inovação” (2007, p. 167). No entanto, o mesmo autor afirma que “a inovação tecnológica, por si só, não é capaz de assegurar sustentabilidade. É preciso que seja acompanhada de inovações não tecnológicas” (2007, p. 168). Para tanto, refere que

A criação de inovações sustentáveis envolve prover e estimular visões alternativas de mundo; assegurar o elo entre o desenvolvimento da inovação e seu valor na cadeia produtiva: procurar novas plataformas, assim como aperfeiçoar as já existentes; estimular o empreendedorismo, envolvendo estudantes e profissionais de diferentes gerações; promover pequenos negócios sem perder de vista sua reprodutibilidade para obter ganhos de escala; e, por fim, desafiar os modelos de negócios com cenários alternativos de futuro. O processo de gestão no desenvolvimento da inovação deve, desde a fase inicial, confrontar a ideia básica com o conceito de sustentabilidade e manter esse procedimento até o final. (ALMEIDA, 2007, p. 171).

A partir do que foi referido acima, vislumbra-se a sustentabilidade a partir da inovação, sendo ela tecnológica ou não, já que a inovação tecnológica necessita da inovação não tecnológica. Ou seja, uma depende da outra e vice-versa. O que se percebe, portanto, é uma dimensão tecnológica aliada a outras

dimensões, que podem ser a econômica, a social ou a ambiental, e que ambas devem inovar para que possam se desenvolver de forma sustentável.

Cruz e Ferrer (2015) entendem que a tecnologia é fundamental para a sustentabilidade, sugerindo, inclusive, uma quarta dimensão para o desenvolvimento sustentável: a dimensão tecnológica. Os autores afirmam que é necessário apresentar e discutir argumentos que sustentem o fato de que a tecnologia não irá frustrar o objetivo que se tem, de que a sociedade não entre em colapso. Assim, sugerem de forma provisória, algumas reflexões sobre essa nova dimensão: o enfrentamento dos riscos difusos, devendo prevalecer o princípio da precaução; a sua disponibilização para a sociedade, evitando o tráfego de tecnologias obsoletas e frequentemente sujas.

Segundo Bodnar, “na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro mais sustentável” (2011, p. 331).

Pode-se concluir, portanto, que a tecnologia é sim favorável ao desenvolvimento sustentável, estabelecendo benefícios aos integrantes da sociedade e às futuras gerações. No entanto, não se trata de qualquer tecnologia, mas sim aquelas que contribuem para o desenvolvimento sustentável, ou seja, que reconhecem não apenas os aspectos econômicos, mas também os sociais e ambientais: as tecnologias ambientalmente amigáveis ou tecnologias verdes.

2 A evolução do sistema de patentes: o surgimento das patentes verdes

O direito de patente, como propriedade industrial, possui um longo processo de desenvolvimento histórico, podendo ser observados, de forma bem definida, quatro momentos:

[...] o primeiro caracterizado pelos privilégios feudais, o segundo marcado pelas ideias liberais da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos, o terceiro marcado por um século de internacionalização do regime de patentes, a partir da Convenção da União de Paris, e o quarto e atual momento em que desenvolve-se o processo de mundialização da propriedade intelectual envolvendo a patente, cujo marco foi a firma do acordo de constituição da Organização Mundial do Comércio. (PIMENTEL, 1999, p. 134).

Na Idade Média, a proteção das tecnologias se davam por meio de privilégios, do soberano ao súdito. Nesta época, a patente era uma espécie de diploma oficial, o qual reconhecia o privilégio, o monopólio de exploração do invento, concedido pelo Príncipe a uma pessoa, por prazo determinado (BASSO, 2000).

De acordo com Di Blasi, “tem-se notícia que, desde a primeira metade do século XIV, na Inglaterra, eram concedidos privilégios para a exploração de invenções. Na França, ainda na Idade Média, privilégios foram concedidos para a industrialização de produtos” (1982, p. 1). Em Veneza também se destaca o surgimento do sistema de patentes:

Foi por volta de 1400 que a discussão do que viria a ser uma patente entrou no cotidiano da sociedade. Ela surgiu da necessidade de cada governante fixar em seu território as artes mais utilitárias e rentáveis, ou ainda atrair as que lá não existiam. Naquele momento da história, tanto o artista do vidro da Ilha de Murano quanto um bom ferreiro que dominasse a técnica de fabricação de uma suspensão de carroça eram valiosos, já que ambos detinham segredos de manufatura, habilidades específicas - tecnologia, enfim. Não havia quem soubesse copiar um cristal de Murano apenas tendo como ponto de partida uma peça pronta nas mãos. Da mesma forma, não bastava olhar de todos os ângulos uma suspensão de carroça para fazer uma igual: era preciso dominar a técnica de forja do metal, a arte de talhar a madeira. (INPI, 2016, p. 10).

Enquanto os primeiros privilégios medievais concedidos na Inglaterra tinham como propósito ampliar a base tributária⁴, a Lei de Veneza de 1474 tinha por intuito “promover los descubrimientos e invenciones, por las ventajas que ello traería para el Estado veneciano” (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, p. 160).

Em relação ao conteúdo dos privilégios venezianos, um dos aspectos mais importantes era a obrigação de explorar os inventos. Isso porque as patentes venezianas não constituíam somente um direito de excluir terceiros, mas também garantiam privilégios como recompensas monetárias, o direito de morar na cidade e o direito de naturalização para estrangeiros. No entanto, para ter esses privilégios o artesão deveria colocar em prática e ensinar a sua técnica (CARVALHO, 2009), de forma a promover a efetiva transferência de tecnologia.

Posteriormente, na Inglaterra, as patentes – conhecidas como privilégios de invenção – passaram a ter o propósito de fomentar a transferência de tecnologia, incentivando o desenvolvimento tecnológico, e gradativamente rechaçando os privilégios individuais sem fins de promover as novas tecnologias.

Com a adoção do Estatuto dos Monopólios de 1624, proibiu-se na Inglaterra a concessão desse tipo de privilégio, que foram considerados abusivos, mantendo-se os privilégios de invenção (ZIBETTI, 2012b). Segundo Carvalho, “o Estatuto dos Monopólios teria sido indiretamente inspirado pela experiência veneziana. Isto é o que dizem alguns historiadores das patentes” (2009, p. 227). Tal Estatuto “prohibía en forma general la concesión de exclusividades y derechos monopólicos” (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2004, p. 161). O sistema de patentes inglês passou, então, de um regime medieval respaldado no corporativismo econômico para um regime competitivo

⁴ Ver CARVALHO, 2009; ZIBETTI, 2012a; ZIBETTI, 2012b. Essas obras servem como referência fundamental neste tópico do trabalho.

baseado na liberdade individual.

Na França, com a Revolução Francesa, houve o rompimento do sistema de privilégios, fazendo com que a proteção por patentes fosse inicialmente abolida; no entanto, essa proteção ressurgiu na forma de direitos ao inventor, fundado nos princípios da propriedade privada, gerando uma mudança radical no sistema de patentes. Isso fez com que o direito de uso da técnica que era concedida pela carta patente perdesse seu significado, já que passou a imperar a liberdade de iniciativa (ZIBETTI, 2012a).

Em 1791, na França, a Assembleia Nacional promulgou a lei segundo a qual as descobertas industriais constituem objeto de propriedade, sendo que a burguesia, com isso, consagrou a propriedade sobre as invenções como decorrência do Direito Natural. (PIMENTEL, 1994).

Então, de um sistema monopólico de privilégios individuais, personalista e arbitrário, presente antes da Revolução Francesa – haja vista que o monarca realizava reservas de mercado sem qualquer critério objetivo –, passou-se a um direito de patentes, considerado pós-revolucionário – uma vez que passou a se constituir um direito individual aos inventores. Tal direito, com influência das revoluções liberais burguesas foi instrumentalizado pela classe social em ascensão, a burguesia, que, suplantando o poder do rei, reconfigurou o direito de patente em bases consideradas mais objetivas.

Quase cem anos depois, ocorre a internacionalização do sistema de propriedade industrial por meio da Convenção da União de Paris (CUP) de 1883, que foi a primeira tentativa de harmonização internacional dos diferentes sistemas jurídicos nacionais relativos à propriedade industrial. Os trabalhos preparatórios dessa Convenção Internacional iniciaram-se em Viena, no ano de 1873; o Brasil foi um dos países signatários originais⁵. (ZIBETTI, 2012b).

⁵ Os onze países signatários originários foram Brasil, Bélgica, Espanha, República Francesa, República da Guatemala, Itália, Holanda, Portugal, República do Salvador, Sérvia e Suíça.

Com o propósito de assegurar melhores condições de proteção, levando em conta o processo desenvolvimentista e à luz dos reclamos das nações quanto aos aspectos econômicos e sociais, o texto original da Convenção de Paris foi-se adaptando às revisões que se sucederam: em Bruxelas, a 14 de dezembro de 1900; em Washington, a 12 de junho de 1911; em Haia, a 6 de novembro de 1925; em Londres, a 2 de junho de 1934; em Lisboa, a 31 de outubro de 1959 e em Estocolmo, a 14 de julho de 1967. (DI BLASI, 1982, p. 20-21).

Alguns anos após a Convenção de Paris de 1883, firmou-se a Convenção da União de Berna, no ano de 1886, concretizando a internacionalização dos direitos dos autores sobre suas obras. O movimento de internacionalização dos direitos do autor começou com a criação da Associação Literária Internacional em 1878, a qual organizou um Congresso em Roma, em 1882, que marcou uma nova fase na busca do reconhecimento internacional dos direitos do autor, resultando na conclusão da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, em 1886 (BASSO, 2000; ZIBETTI, 2012b)

Nas palavras de Maristela Basso, “foi a primeira vez que países condicionaram a vontade de manter relações comerciais com um nível adequado de proteção em outros países” (2000, p. 76). Assim, a partir da Convenção de Paris de 1883, a qual marcou a internacionalização dos direitos de propriedade industrial, bem como da Convenção de Berna de 1886, que fixou a internacionalização dos direitos de autor, percebe-se a formação de um direito internacional da propriedade intelectual (ZIBETTI, 2012b)

Da aliança entre a União de Paris (1883) com a União de Berna (1886), no ano de 1893, formaram-se os Escritórios Internacionais Reunidos para a Propriedade Intelectual (BIRPI⁶ em

⁶ A sigla BIRPI refere-se aos “Bureaux Internationaux Reunis pour la Protection de la Propriete Intellectuelle”

francês), com a função de administrar ambos os acordos.

Foi no ano de 1967, após a Segunda Guerra Mundial, já com as discussões de caráter internacional dando-se no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), que através da Convenção de Estocolmo foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). A partir disso, as Uniões reunidas nos BIRPI passaram a ter nova estrutura administrativa, tornando-se a Secretaria Internacional da OMPI (ZIBETTI, 2012b).

A OMPI é o foro mundial responsável por serviços, políticas, cooperação e informação em matéria de propriedade intelectual. É um órgão das Nações Unidas que conta com 189 Estados-membros. Sua missão é levar a iniciativa no desenvolvimento de um sistema internacional de propriedade intelectual, equilibrado e eficaz, que permita a inovação e a criatividade em benefício de todos. Foi criada em 1967 em Genebra, na Suíça. No Brasil, o escritório tem sua sede no Rio de Janeiro. (OMPI).

A importância dos direitos de propriedade intelectual, que abarcam os direitos de propriedade industrial e os direitos de autor, demonstra-se também por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, a qual traz os direitos do inventor como direitos humanos. O Art. XXVII, 2, da DUDH dispõe que: “Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor” (ONU, 1948).

Após a segunda guerra mundial, um considerável número de países aderiram às convenções internacionais, em relação às patentes. Tendo em vista que essas convenções internacionais lhes davam uma significativa flexibilidade quanto aos padrões de proteção que se deviam adotar nacionalmente, não houve grandes controvérsias. Isso tudo se manteve até a entrada em vigência do Acordo TRIPS (CARVALHO, 2009).

O processo de mundialização da patente está marcado por três

grandes impulsos: a assinatura do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, em 1970, a regionalização alcançada com a Convenção de Munique da Patente Européia e a conclusão da Rodada do Uruguai do GATT com a constituição da Organização Mundial do Comércio e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio. (PIMENTEL, 1999, p.144).

Com a assinatura do Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT em inglês), em 1970, tornou-se possível a “proteção jurídica da tecnologia pela patente em vários países” (PIMENTEL, 1999, p. 145).

O processo de mundialização da proteção jurídica da tecnologia pela patente de invenção contou com a inclusão da propriedade intelectual no GATT (Acordo Geral sobre Tarifas Alfandegárias e Comércio), devido “à insatisfação gerada nos países ricos pela incapacidade e lentidão para conseguir a ampliação da propriedade intelectual no seio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), órgão especializado da ONU” (PIMENTEL, 1999, p. 169).

No ano de 1986, pra ser mais exato no dia 20 de setembro, em Punta del Este, foi estabelecida uma rodada de negociações, conhecida como Rodada Uruguai, a qual encerrou-se em 1994, com a assinatura do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC). Os Estados vinham negociando os temas para debate desde o ano de 1982 e concordou-se que um deles seria o Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual (TRIPs). (BASSO, 2000).

A inserção do TRIPs no GATT deve-se a duas razões: “o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI, e a segunda, a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional” (BASSO, 2000, p. 159).

Uma das áreas de mais difícil negociação durante a Rodada do

Uruguai foi a das Patentes, razão pela qual a Seção 5 da Parte II (arts. 27 a 34) é a mais detalhada do TRIPs e apresenta obrigações mais precisas. Os objetivos perseguidos pelos países desenvolvidos, especialmente os Estados Unidos, de dar chance mundial à patenteabilidade dos produtos farmacêuticos, dificultaram o consenso entre as partes. Os artigos 27 a 34 regulam os diversos aspectos das patentes e devem ser completados com as disposições das Partes VI e VII do TRIPs, que determinam o período de transição e as disposições institucionais para o cumprimento das obrigações em matéria de patentes. (BASSO, 2000, p. 228-229).

Em relação às mudanças ao sistema de patentes, trazidas com o Acordo TRIPs, o qual representou o início de uma nova fase para a propriedade intelectual, não houve grandes mudanças, já que a estrutura em si continuou a mesma. O que ocorreu, e esta foi considerada a única, porém grande, mudança, foi com relação à harmonização entre os países sobre como o sistema deveria ser usado, já que muitos países tinham opiniões diversas. (CARVALHO, 2009).

Os primeiros anos após a entrada em vigência do TRIPs passaram sem grandes reações. Os países em desenvolvimento receberam cinco anos de transição para implementar as suas obrigações, exceto no que tocava ao tratamento nacional e ao tratamento da nação mais favorecida (um ano), bem como à implementação (imediate) do mecanismo vulgarmente chamado de “caixa do correio” (mail box), segundo o qual os países que em 1º de janeiro de 1995 não tivessem ainda um regime de proteção de patentes para produtos farmacêuticos e agroquímicos deveriam estabelecer imediatamente um sistema pelo qual os respectivos pedidos seriam depositados e teriam direito a receber uma data relevante de depósito para os fins de seu futuro exame. (CARVALHO, 2009, p. 379).

Quanto aos avanços na estrutura do sistema de patentes, não houveram muito em nível multilateral, mas em nível nacional a história se repete, tendo em vista que nos últimos anos tem

ocorrido um intenso debate nos Estados Unidos, o motivo é o excesso na concessão de patentes e abusos cometidos no exercício dos direitos relativos aos títulos, bem como um certo exagero ao estabelecer indenizações por violação. (CARVALHO, 2009).

Além disso, “desta vez, a crise do sistema norte-americano de patentes não ficou confinada às fronteiras do país e começou a espalhar-se para outros países que seguem a sua influência, seja espontaneamente, seja em razão de negociações bilaterais” (CARVALHO, 2009, p. 395).

No século XIX, os países que utilizavam o sistema de patentes faziam-no numa perspectiva nacional de promoção do desenvolvimento tecnológico, e por isso o que se passava com as normas e a sua prática em um país não afetava os outros. No fim do século XX as coisas mudaram, com a necessidade de harmonização das regras nacionais. O modelo e o líder dessa harmonização são os Estados Unidos, como maior potência econômica do mundo e maior usuário do sistema. (CARVALHO, 2009, p. 395).

Portanto, a lógica da proteção das patentes em âmbito internacional, passou de uma política de industrialização para uma política de acesso a mercados estrangeiros, isso porque os países desenvolvidos querem que suas invenções sejam também protegidas nos outros países, para que possam conseguir exportar produtos com mais tecnologia e aumentando a base dos consumidores que vão compartilhar os custos de pesquisa e desenvolvimento, bem como o pagamento de lucros e os custos de distribuição. (CARVALHO, 2009).

Com o passar dos anos, o avanço das discussões sobre o desenvolvimento sustentável e a importância da tecnologia voltada para a preservação do meio ambiente, através da criação de tecnologias verdes, sugerem a necessidade da proteção dessas tecnologias pelo sistema de patentes afim de promover o desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, ao aliar a proteção da propriedade intelectual ao desenvolvimento sustentável surgem as chamadas patentes verdes, as quais “preveem procedimentos específicos visando tornar mais célere o exame e a concessão de pedidos de patentes relacionados a tecnologias ambientalmente amigáveis, contribuindo para a inovação relacionada à sustentabilidade” (SANTOS; OLIVEIRA, 2014).

O tema relacionado às patentes verdes originou-se na OMPI, no ano de 2009, onde decidiu-se que as patentes relacionadas ao meio ambiente, devido à importância da proteção de tecnologias sustentáveis, possuiriam prioridade em relação às outras. A OMPI selecionou alguns temas patenteáveis para tal proteção especial: energia alternativa, transporte, conservação de energia, gerenciamento de resíduos, agricultura, energia nuclear; sendo que a proteção destes deveria ocorrer de maneira a facilitar seu desenvolvimento.

Assim, o que se percebe é que com a promoção das patentes verdes, há a união de dois elementos, quais sejam, meio ambiente e inovação. Através do sistema de patentes verdes, então, há o desenvolvimento de projetos que preservem o meio ambiente, promovendo, ao mesmo tempo, o desenvolvimento social, econômico e tecnológico.

3 A estrutura atual do sistema de patentes no Brasil

No marco dos direitos fundamentais brasileiros, a Constituição Federal de 1988 garante a proteção dos direitos de propriedade intelectual. Nesse sentido, em seu Art. 5º, inciso XXIX, assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. De outra parte, assegura-se a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225, Constituição Federal de 1988). Nesse marco, o desenvolvimento tecnológico e

econômico pode contribuir para o meio ambiente, especialmente por meio de tecnologias para o desenvolvimento sustentável.

No Brasil, o sistema de patentes atual é regulado pela Lei de Propriedade Industrial, Lei 9.279/1996 – adotada logo após a adesão do Brasil ao Acordo TRIPS –, bem como por normativas do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), autarquia responsável pelo processamento e concessão de patentes.

A Lei 9.279/1996, em vigor desde maio de 1997, veio a substituir o antigo Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772/1971), já que este acabava por confrontar-se com as novas demandas da época. A necessidade de uma legislação em harmonia com o contexto internacional era evidente, tendo em vista que a globalização tornara-se uma realidade para os países. Assim, a nova lei veio para nortear os aspectos relacionados com a propriedade industrial no país, prevendo questões atuais que estavam sendo discutidas (patentes de medicamentos e alimentos, por exemplo). Ainda, essa nova legislação deu ênfase ao aspecto social da patente, tratando-a como um elemento fundamental para o desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil. (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR).

A lei trata da proteção dos direitos de propriedade industrial das patentes de invenção e modelos de utilidade, estabelecendo os direitos conferidos pela patente e as regras para sua proteção, incluindo, entre outros aspectos, os requisitos e condições para proteção, bem como o procedimento de depósito de pedido de patente.

Dessa forma, há dois tipos de patentes: a patente de invenção e a patente de modelo de utilidade (Art. 6º, Lei 9.279/1996). No caso da patente de invenção, esta deve atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Já a patente de modelo de utilidade tem como requisitos o objeto de uso prático, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo o ato inventivo e que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação (Arts. 8º e 9º,

Lei 9.279/1996).

Com a legislação de 1996, os desenhos e modelos industriais deixaram de ser protegidos por patentes e passaram a ser tutelados por meio de registro de desenho industrial (Art. 2º, Lei 9.279/1996). Na legislação anterior (Lei 5.772/1971), o artigo 5º previa sua proteção por patentes: “Ao autor de invenção, de modelo de utilidade, de modelo industrial e de desenho industrial será assegurado o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo, nas condições estabelecidas neste Código”⁷.

Da proteção conferida pela patente, o titular adquire o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto objeto de patente e, ainda, processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. Além disso, assegura-se o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos ora referidos (Art. 42, Lei 9.279/1996), bem como o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente (Art. 44, Lei 9.279/1996).

Nesse contexto, para que o titular alcance a proteção conferida pela patente, há que se atender, inicialmente, a três requisitos: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

O primeiro requisito, a novidade, pode ser entendida, como um novo conhecimento que não esteja compreendido no estado da técnica, entendendo-se por estado da técnica tudo aquilo que se torna acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, no Brasil ou no exterior (Art. 11, § 1º, Lei 9.279/1996). Para Newton Silveira, a novidade refere-se a “um novo conhecimento para o próprio sujeito, enquanto, em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade” (2014, p. 8).

⁷ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5772.htm

Segundo Carvalho,

A novidade é uma noção objetiva e é aferida comparando a invenção reivindicada com o estado da técnica, isto é, o conhecimento técnico que estava publicamente disponível na data relevante (a qual é definida em lei, mas que naturalmente corresponde à data do depósito no pedido num certo país, ou, se esse país for signatário da Convenção de Paris e/ou Membro da OMC, à data da prioridade). (2009, p. 95)

O segundo requisito é a atividade inventiva. No caso da invenção, o requisito será alcançado sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica (Art. 13, Lei 9.279/1996). No caso do modelo de utilidade, da mesma forma, sempre que não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica (Art. 14, Lei 9.279/1996). De acordo com Barbosa, a atividade inventiva “tenta mensurar o grau de relevância tecnológica da informação que se pretende patentear” (BARBOSA, 2009, p. 123).

Nesse sentido, Carvalho explica que

O nível inventivo é apreciado pelo examinador a partir de uma perspectiva objetiva – comparação entre a invenção e o estado da técnica – mas existe nele um componente subjetivo, que é a apreciação da obviedade. O examinador tem que se colocar no lugar de uma pessoa com experiência normal no assunto, e não olhar a invenção nem com a ingenuidade de um iniciante nem com o rigor de um perito consumado. É um papel difícil, sem dúvida, e dependendo da seriedade com que a condição da atividade inventiva é aplicada, pode haver a tendência tanto no sentido de se conceder patentes para inventos relevantes quanto no sentido contrário, ou seja, de só conceder patentes para invenções fundamentais. (2009, p. 97)

Segundo Labrunie, “para a proteção patentária, portanto, exige-se algo mais do que a simples novidade. É necessário que a invenção atinja um certo nível de criatividade. Mesmo nova, não

preencherá o requisito da atividade inventiva, tratando-se de invenção evidente ou óbvia” (2006, p. 67).

Ademais, ao se examinar um pedido de patente de um invento determinado, de acordo com Carvalho, este “não é o produto da criação de uma pessoa ordinária – esta é aquela que examina o pedido e para esta é que a criação reivindicada deve *parecer* inventiva. Estamos falando de algo que está fora da rotina, de algo que supera a criatividade normal, ordinária” (2009, p. 97-98) (grifo do autor).

O terceiro requisito para o alcance da proteção conferida pela patente é a aplicação industrial. Tanto a invenção quando o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria (Art. 15, Lei 9.279/1996). Segundo Labrunie, no caso da invenção, a aplicação industrial refere-se “a mera possibilidade de industrialização ou seu uso na indústria (qualquer tipo de indústria, inclusive agricultura) da invenção” (2006, p. 70).

Ademais, como condição, deve ser suficientemente descrita (suficiência descritiva), tendo em vista que o relatório deverá descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução. Na área da biotecnologia⁸, em havendo material biológico essencial à realização prática do objeto do pedido, que não possa ser suficientemente descrito e não estando acessível ao público, além do relatório deve ser feito o depósito do material em instituição autorizada pelo INPI ou

⁸ Em relação aos requisitos para a proteção em biotecnologia, limita-se a especificar o da aplicação industrial, já que quando a invenção envolve sequências biológicas, tal requisito só é atendido quando é revelada uma utilidade para a referida sequência. Além disso, a Resolução dispõe sobre as condições para a proteção; as reivindicações; matérias excluídas de proteção segundo a LPI; microrganismos; sequências biológicas; animais, plantas, suas partes e processos de obtenção; e, ainda, pedidos de patente envolvendo componentes do patrimônio genético nacional. (INPI. **Resolução 144 de 12 de março de 2015**. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/resolucao_144-2015_-_diretrizes_biotecnologia.pdf Acesso em: 08 de janeiro de 2017)

indicada em acordo internacional (Art. 24, Lei 9.279/1996).

O relatório descritivo pode ser verificado nas diretrizes de exame de pedidos de patentes do INPI, quanto ao conteúdo do pedido de patente. Tal relatório deve atentar a um modo de apresentação, o qual deve ser iniciado pelo título, bem como deve compreender o estado da técnica, o problema técnico a ser resolvido pela invenção e comprovação do efeito técnico alcançado, a aplicação industrial, a suficiência descritiva, o depósito de material biológico, a listagem de sequências, a matéria inicialmente revelada no relatório descritivo, o uso de nomes próprios, marcas registradas ou nomes comerciais, sinais de referência, terminologia, valores físicos e unidades, declarações genéricas e documentos de referência. (INPI, Resolução 124, 2013).

Quanto à suficiência descritiva que se apresenta nas diretrizes de exame de pedido de patentes do INPI, esta deve ser avaliada com base no relatório descritivo, que deverá apresentar a invenção de maneira suficientemente clara e precisa, a ponto de ser reproduzida por um técnico no assunto. O relatório descritivo deverá conter condições suficientes que garantam a concretização da invenção reivindicada. (INPI, Resolução 124, 2013).

No tocante às tecnologias ambientalmente corretas, ou tecnologias verdes, é no relatório descritivo (relatório técnico) que devem ser destacadas as questões de cunho ambiental, já que deve-se especificar o campo técnico ao qual a invenção se relaciona.

O procedimento de depósito inicia com o pedido de patente, o qual deverá conter: requerimento, relatório descritivo, reivindicações, desenhos (se for o caso), resumo e comprovante do pagamento (Art. 19, Lei 9.279/1996). Após a apresentação do pedido, este será submetido a um exame formal preliminar e, estando tudo certo, será protocolizado, sendo considerada a data de apresentação como a data de depósito (Art. 20, Lei 9.279/1996)

Caso o pedido não atenda as disposições formais previstas para o pedido de patente, mas conter dados relativos ao objeto, ao depositante e ao inventor, poderá ser entregue, mediante recibo

datado, ao INPI, o qual irá estabelecer as exigências que deverão ser cumpridas no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de devolução ou arquivamento da documentação. Após o cumprimento das exigências, o depósito será considerado como efetuado na data do recibo (Art. 21, Lei 9.279/1996).

Cumprido ressaltar que o depositante do pedido e o titular da patente estão sujeitos ao pagamento de retribuição anual, a partir do início do terceiro ano da data do depósito (Art. 19, Lei 9.279/1996; INPI, Resolução 113, 2013). Tal anuidade faz parte do procedimento de depósito e sua finalidade é não somente a arrecadação de tributos (esta no caso é bastante secundária), mas principalmente a inibição ao titular da patente de deixá-la sem uso.

Com o intuito de acelerar o processo de registro de patentes, o INPI criou programas piloto prioritários, como o que disciplina o exame prioritário de pedidos de patente em razão da idade (idade igual ou superior a 60 anos), uso indevido do invento, doença grave e pedido de recursos de fomento no âmbito do INPI (INPI, Resolução 151, 2015). Há também o Projeto Piloto Prioridade BR, que prioriza o exame de pedidos de patente com origem no Brasil, que foram posteriormente requeridos no exterior (INPI, Resolução 153, 2015).

Além dos programas piloto prioritários ora referidos, há o Programa Piloto de Patentes Verdes, criado no ano de 2012 (INPI, Resolução 283, 2012), o qual trouxe inovações aos sistema de patentes brasileiro, de forma a considerar a importância da sustentabilidade das patentes de invenção.

O sistema brasileiro de patentes está de acordo com o sistema internacional, cuja função principal, que por muito tempo foi a arrecadação de tributos, hoje apresenta-se também como um incentivo à inovação e a difusão de tecnologias, inclusive nas questões ambientais, como as tecnologias verdes.

Considerações Finais

Para desenvolver soluções inovadoras e sustentáveis em resposta às crises do mundo atual, a ciência, a tecnologia, a pesquisa e o desenvolvimento de capacidades para o desenvolvimento sustentável devem ser fortalecidos. O acesso aberto à informação científica é um pré-requisito para produzir conhecimento para o desenvolvimento científico. A evidência científica e os princípios éticos devem guiar comportamentos, políticas de ação e decisões governamentais para fortalecer as agendas do desenvolvimento sustentável. Logo, a criação de tecnologias verdes contribuem de maneira significativa para a sustentabilidade na medida em que possibilitam inovações nos procedimentos e na criação de produtos capazes de diminuir consideravelmente ou eliminar impactos degradantes ao meio em que são aplicadas.

As patentes constituem uma das mais antigas formas de proteção da propriedade intelectual e, como tal tem por objetivo incentivar o desenvolvimento econômico e tecnológico recompensando a criatividade. A principal função do sistema de patentes, desde os seus primórdios, é a expansão da base tributária, tendo como objeto toda e qualquer invenção. A finalidade da patente, portanto, é conceder uma forma de proteção aos progressos tecnológicos e às melhorias funcionais no uso ou na fabricação de uma nova forma inventada.

Atualmente, existem as patentes verdes, ou seja, aquelas relacionadas ao meio ambiente, criadas devido à importância da proteção de tecnologias sustentáveis, cujo objetivo é a prioridade em relação às outras. Com a promoção das patentes verdes, há a união de dois elementos, quais sejam, meio ambiente e inovação. Através do sistema de patentes verdes, então, há o desenvolvimento de projetos que preservem o meio ambiente, promovendo, ao mesmo tempo, o desenvolvimento social, econômico e tecnológico.

Referências

- CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS (CUP). Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf
- ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (TRIPS). Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>
- ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011. p. 331. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262> Acesso em: 10 de outubro de 2016.
- BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm Acesso em: 15 de janeiro de 2017.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho de las patentes de invención /1**, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2ª ed, 2004.
- CARVALHO, Nuno Pires de. **A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (RIO+20). **O Futuro que Queremos**. Disponível em:

http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/OFuturoqueQueremos_rascunho_zero.pdf

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO.

Declaração de Estocolmo. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

CÚPULA MUNDIAL DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Transformando**

Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Disponível em:

http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2016.pdf

DI BLASI, Clésio Gabriel. **A propriedade industrial.** Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1982.

GIANSANTI, Roberto. **O desafio do desenvolvimento sustentável.** São Paulo: Atual, 1998.

GOMES, Rodrigo Cabral; SANTOS, Nivaldo dos. Direito ao desenvolvimento: uma perspectiva à luz das tecnologias verdes. In: CONPEDI/UFS (Org.). **Direito e Sustentabilidade.** Florianópolis: CONPEDI, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução**

124, de 04 de dezembro de 2013. Disponível em:

http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_124_diretrizes_bloco_1_versao_final_03_12_2013_0.pdf Acesso em: 07 de janeiro de 2017.

_____. **Resolução 144 de 12 de março de 2015.** Disponível em:

http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/resolucao_144-2015_-_diretrizes_biotechnologia.pdf Acesso em: 08 de janeiro de 2017.

_____. **Resolução 151 de 23 de outubro de 2015.** Disponível em:

http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/arquivos-dirpa/normativa151_2015_PRIORITARIO.pdf Acesso em: 08 de janeiro de 2017.

_____. **Resolução 153 de 28 de dezembro de 2015.** Disponível em:

<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/arquivos->

dirpa/copy_of_PrioridadeBRResolucaov2016o107enviadapRPI.pdf Acesso em: 08 de janeiro de 2017.

_____. **Resolução nº 283 de 02 de abril de 2012.** Disponível em: http://ld2.ldsoft.com.br/siteld/arq_aviso/Comunicados_Patentes1_RPI_2154.pdf Acesso em 15 de janeiro de 2017.

_____. **Patentes: história e futuro.** Disponível em: http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/patente_historia_e_futuro.pdf Acesso em: 25 de março de 2016.

JABBOUR, Charbel José Chiappetta. Tecnologias ambientais: em busca de um significado. In: **Revista de Administração Pública (RAP)**. Rio de Janeiro. Maio/Junho. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n3/03.pdf> Acesso em: 15 de outubro de 2016.

LABRUNIE, Jacques. **Direito de patentes:** condições legais de obtenção e nulidades. Barueri, SP: Manole, 2006.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. **A História da Tecnologia Brasileira Contada por Patentes.**

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Agenda 21.** Rio de Janeiro: CMMED, 1992.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em: 15 de fevereiro de 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT)** Concluído em Washington em 19 de Junho de 1970, modificado em 28 de Setembro de 1979, em 3 de Fevereiro de 1984 e em 3 de Outubro de 2001. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/pt/texts/pdf/pct.pdf> Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

_____. **Wipo Green: o mercado de tecnologia sustentável.** Disponível em: <https://www3.wipo.int/wipogreen/docs/pt/charter.pdf> Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial:** as funções do direito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Direito industrial:** aspectos introdutórios. Chapecó: Unoesc, 1994.

FERRER, Gabriel Real. **Principios del derecho ambiental y de la sostenibilidad**. In: SEMINÁRIO ESTADO CONTEMPORÂNEO E DIREITO AMBIENTAL, 2014, Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, Itajaí-SC, [s. p.].

SANTOS, Nivaldo dos; OLIVEIRA, Diego Guimarães de. A patenteabilidade de tecnologias verdes como instrumento de desenvolvimento sustentável. In: **Revista Jurídica**. vol. 4, n.37, p. 294-310. out - dez 2014. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1051/73>
8 Acesso em: 25 de março de 2016.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes. 5. Ed. Barueri, SP: Manole, 2014.

ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Patentes e normas técnicas**: do direito de indústria e de comércio à exclusividade de exploração econômica de tecnologias. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI / UFF, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI: O Novo Constitucionalismo Latino Americano: desafios da sustentabilidade. Florianópolis: Funjab, 2012a.

ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Relação entre normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012b.

Políticas socioambientais e vedação de retrocesso: reflexões acerca da efetivação do estado constitucional socioambiental de direito, democracia e o mínimo existencial cidadão¹

Agostinho Oli Koppe Pereira²
Henrique Mioranza Koppe Pereira³
Elisa Goulart Tavares⁴

1 Introdução

No presente trabalho pretende-se elaborar explanação analítica, de cunho político-social, com embasamento

¹ Trabalho desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica, vinculado ao Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, dentro da pesquisa: o Decrescimento - suas implicações jurídicas e sociais - como forma de minimização dos danos ambientais produzidos pelo consumocentrismo na sociedade moderna.

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Especialista em metodologia do ensino e da pesquisa jurídica pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Professor e pesquisador no Programa de Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS) e professor Titular do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS); Coordenador do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica”. CV: <http://lattes.cnpq.br/5863337218571012>. E-mail: Agostinho.koppe@gmail.com

³ Pós-doutorando em Criminologia pela PUCRS; Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com linha de pesquisa de enfoque em políticas públicas; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bacharel em direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Professor no curso de graduação em Direito na UCS e pesquisador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

⁴ Graduada e Direito, Advogado e Mestranda pelo PPGD da Universidade Caxias do Sul/RS.

constitucional sobre formulações no campo jurídico-ambiental voltadas à compreensão dos problemas ambientais contemporâneos e da importância da consolidação e implementação de um Estado Constitucional – Socioambiental – de Direito⁵.

A responsabilidade para com o outro cria a consciência faz humana, ao passo que a responsabilidade para com a política cria a consciência de cidadania. Essas duas temáticas possibilitam o desenvolvimento de ideias com vista a concretização do Estado de Direito Ambiental, buscando-se reconhecer sua importância no sentido de avanço na tutela das bases fundamentais da vida.

Dentro da ótica do Direito, faz-se necessário, primordialmente, buscar uma reflexão sobre o papel da norma no mundo real. O direito é fruto de determinada cultura e, como já dizia o ministro Eros Grau (1988, p. 20), se vale também dos mais vastos campos dos saberes, como a sociologia, da filosofia, da história, da economia e da política, sem reduzir-se um ao outro.

Sem negar a dogmática intrínseca do Direito, o desafio é fazer com que seu papel seja não apenas de estabelecer uma ordem jurídica positivada, mas principalmente esclarecer um conteúdo eficiente e palpável, não restrito ao texto jurídico abstrato.

Nesse sentido, as normas como mecanismos estruturantes do sistema jurídico na sociedade, não podem ser entendidas como limite do mundo real, mas como elemento dele integrante, uma vez que o âmbito da norma não é mera soma de fatos, porém um complexo real e possível formulado com elementos estruturais retirados da realidade, que aparecem em toda regra.

Nesse contexto já exposto, pretende-se vislumbrar o Estado Constitucional Socioambiental de Direito, sob a égide dos direitos fundamentais (abordagens acerca da garantia do mínimo

⁵ Há outras expressões semelhantes para tratar do mesmo tema, como: Estado Democrático de Direito Ambiental, Estado Ambiental de Direito, Estado Constitucional Ecológico ou Socioambiental. Para este trabalho, essas expressões são consideradas equivalente. Embora e reconheça sutis diferenças entre elas, contudo, tais dessemelhanças não interferirão nos objetivos propostos.

existencial ecológico e do princípio da proibição de retrocesso), buscando-se trazer à baila comentários construtivos para o debate acadêmico.

2. Tutela ambiental e o recente/tardio reconhecimento do estado constitucional socioambiental de direito: direito a um ambiente ecologicamente equilibrado

Com base no exposto introdutório, subentende-se que uma ordem jurídica é legítima pela forma como ela assegura aos cidadãos as bases da autonomia da ação pública e privada. Assim, não se pode dissociar, sobretudo na norma constitucional, a interpretação do direito da posição política. Pode-se dizer que a concretização do direito é uma das formas de manifestação da política e que está intimamente – senão diretamente – ligada a comunicação recíproca de interpretação do texto legal. Nas palavras de Bonavides

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la. Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o intérprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente uma arquitetura imobilizada. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis (BONAVIDES, 1994, p. 420).

Por esse viés, a norma jurídica constitucional não é mera posituação de conteúdo imperativo hipotético e prescrito, pois é na norma jurídica constitucional que se extrai o instrumento

mediador das atividades sociais como meio para o alcance de finalidades coletivas como um todo.

Partindo-se da problemática da sociedade mundial do risco, contornada pela histórica degradação da natureza e multiplicação desordenada e anônima de danos invisíveis e desconhecidos pelos seus membros, manifesta-se a necessidade de um Estado capaz de enfrentar a complexidade destes desafios, dependendo, nesta lógica, de mudança nos padrões e tomada de decisões humanas.⁶

As normas ambientais, por seu turno, são voltadas essencialmente a uma relação social e não apenas a proteção do ecossistema. Em outras palavras, significa dizer que tais normas de proteção ao meio ambiente são reflexos de uma constatação social paradoxal.

Exatamente neste ponto, torna-se imprescindível o esforço à consecução de um Estado de Direito Ambiental hábil a proteger adequadamente o meio ambiente, a estimular a consciência ambiental inerente ao exercício da responsabilidade compartilhada e à participação pública, e a favorecer a jurisdicionalização de ferramentas capazes de garantir um nível de proteção apropriado aos bens públicos ambientais e toda coletividade que os usufrui.

Na configuração do Estado de Direito Ambiental⁷ a questão da segurança ambiental toma papel central, em que o Estado assume a função de resguardar os cidadãos contra novas formas de violação a sua dignidade e aos seus direitos fundamentais por força dos impactos ambientais produzidos pela sociedade de risco. (SARLET, 2010. p,17)..

⁶ “Natureza”, no contexto da sociedade pós-moderna, é um conceito, norma, recordação, utopia, ou mesmo um plano alternativo. Tudo isso porque o estado global de fusão contraditória de natureza e sociedade em uma relação de vícios mútuos somada em todos os tempos, implicou num estado da natureza hoje que distancia a cada dia a noção do que seja ela propriamente. (BECK, 2002. p. 32).

⁷ Termo preferido por Sarlet, por partir de uma premissa da existência de uma dimensão social e ecológica da dignidade da pessoa humana. SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. (SARLET, 2010. p,16).

O Estado de Direito do Ambiente, embora seja uma construção aparentemente teórica estudada nas universidades, está projetado para este mundo, como pontua Morato Leite:

O Estado de Direito Ambiental, portanto, tem valor como construção teórica e mérito como proposta de exploração de outras possibilidades que se apartam da realidade para compor novas combinações daquilo que existe. [...] Diante de um mundo marcado por desigualdades sociais e pela degradação em escala planetária, construir um Estado de Direito Ambiental parece ser uma tarefa de difícil consecução, porque se sabe que os recursos ambientais são finitos e antagônicos com a produção de capital e consumo existentes. (SARLET, 2010. p, 17)..

O desenho da tutela ambiental nos ordenamentos jurídicos globais iniciou-se, propriamente, após o encontro mundial de Estocolmo de 1972, quando as Constituições passaram a gravitar em outro eixo de legitimidade dos direitos sociais e dos vastos interesses corporativos que neles se enraízam (BONAVIDES, 2004. p. 195).

Importante ressaltar que a construção do Estado de Direito Ambiental se fortalece quando a tutela do meio ambiente é versada no texto constitucional (LEITE, 2010, p.174), todavia, não se pode acreditar que tão somente o postulado normativo constitucional poderá, de fato, alterar as condições de vida com que a sociedade tem desenvolvido há séculos.

Paulo Bonavides (2014, p. 195) discorre que, cumprida a tarefa da elaboração formal [Constituição] caberá à sociedade, aos governantes, aos legisladores, aos juízes, aos cidadãos enfim, utilizando as ferramentas e mecanismos do texto, escrever com atos de compreensão e argúcia interpretativa a Constituição viva, aquela que se aplica no cotidiano na proteção dos direitos e na salvaguarda das franquias democráticas.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispôs de forma inédita de um capítulo específico para abordar a tutela do meio ambiente (Capítulo VI, artigo 225), trazendo consigo abstrato

impacto político e moral, e instrumentos com o objetivo de evitar uma falsa noção de irrelevância prática (BENJAMIN, 2010, p. 87).

Noutro ponto, é patente a vasta necessidade de mudança de atuação dos tribunais pátrios na perspectiva de encaminharem melhores condições de operatividade do direito na concretização da proteção ambiental (LEITE, 2004, p. 349), bem como de uma alteração significativa na postura dos órgãos públicos, em geral, no sentido de aliar políticas públicas e planos econômicos com os princípios consagrados no Direito Ambiental.

Indispensável, portanto, a amplitude e intensificação dos mecanismos de participação popular capazes de enrijecer a democracia participativa dos conselhos ou mesmo do acesso à informação pelo cidadão, fatores que certamente contribuirão não apenas à responsabilidade compartilhada⁸ no controle da degradação ambiental, mas, sobretudo, na consciência acerca da consequência destes.

Daí a importância crucial de otimização dos postulados de Estado de Direito Ambiental de forma a que se permita um traslado consciente e responsável, de um quadro generalizado de irresponsabilidade organizada para uma gestão compartilhada com fulcro na democracia dos riscos ambientais (tripé Estado x sociedade organizada e não organizada).

Além da imprescindibilidade de normas jurídicas aptas a salvaguardar a tutela do meio ambiente e preveni-lo das variadas formas de deturpação, acima de tudo, faz-se relevante a garantia de proteção efetiva deste direito fundamental (BOBBIO, 2001, p. 19). Oportunamente, o Estado brasileiro, através da sua Constituição Federal de 1988, convocou o Poder Público e a comunidade para o dever de preservação, sendo estes parceiros do pacto democrático, no escopo de se chegar à sustentabilidade ecológica (BENJAMIN, 2010, p. 133).

⁸ Termo recorrentemente utilizado por Morato Leite. (2004, p. 157).

A ordem social está alicerçada no reconhecimento da pretensão de validade da norma jurídica. Nesse sentido, ao trazer o conteúdo dos direitos fundamentais como esfera normativa da própria Constituição, isto é, que expressam e traduzam competências do Estado, tais normas não necessitam de regulamentação jurídica, basta serem compatíveis com a ordem social. Nessa mesma linha, Canotilho acrescenta que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CANOTILHO, 1998, p. 499).

A dupla funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro representa, ao mesmo, um objetivo e tarefa estatal e de um direito e dever fundamental do indivíduo e da coletividade. Para Steinmetz:

Os deveres de proteção do Estado contemporâneo estão alicerçados no compromisso constitucional assumido pelo ente estatal, por meio do pacto constitucional, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma vida digna e saudável aos seus cidadãos, o que passa pela tarefa de proteger e promover (já que proteção e promoção não se confundem) os direitos fundamentais, o que abrange a retirada dos possíveis obstáculos à sua efetivação. De acordo com tal premissa, a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade, etc.) pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos Poderes Públicos, de modo a remover os obstáculos de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Assim, uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao status constitucional de direito fundamental (além de tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, qualquer “óbice” que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado, seja tal conduta (ou omissão) oriunda de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público” (2001, p. 11).

A consagração do ambiente como um bem comum a todos induz o Estado a adotar condutas positivas ou negativas buscando potencializar ao máximo a proteção ambiental no âmbito das funções e dos entes estatais. Dessa forma, “o atual projeto normativo-constitucional do Estado (socioambiental) de Direito brasileiro, delineado pela Lei Fundamental de 1988, conforma um Estado ‘guardião e amigo’ dos direitos fundamentais”(SARLET, 2011, p. 192), de forma que todos os poderes e órgãos se encontram vinculados às diretrizes ecológicas constitucionais

A partir da percepção de que o agravamento dos problemas ambientais que solapam a humanidade em escala global está, em muito, atrelado à resistência e dificuldade de implementação do Direito Constitucional Socioambiental pelos distintos governos, é razoável que novas ferramentas de programação e execução de políticas econômicas, incentivem e subsidiem a conservação dos recursos naturais, desestimulem as atividades nocivas crescentes ao meio ambiente e, principalmente, garantam o bem-estar individual e coletivo, com qualidade e segurança ambiental.

Passa-se ao próximo tópico para abordar uma dimensão ecológica ao conteúdo normativo do princípio da dignidade humana e sua correlação com a garantia do mínimo existencial socioambiental.

3 A garantia do mínimo existencial socioambiental: pela efetividade da dignidade humana e do desenvolvimento sustentável

A sociedade de risco, debruçada e difundida por Ulrich Beck, está contextualizada essencialmente na modernidade, nos traços do desenvolvimento tecnológico, da produção e consumo excessivos, na cadeia mundial dos alimentos e produtos, no livre mercado econômico, na globalização mercadológica, política, cultural e social, e no intensivo modelo de produção degradador dos recursos naturais.

As instabilidades da sociedade moderna atormentam cada vez mais as vidas dos cidadãos, gerando desconfianças quanto à alusão de um progresso histórico contínuo na direção de algo mais razoável e melhor. Sob a ótica da sociedade contemporânea, facetada pela iminência de incertezas de diversas tipologias e graus, decorrentes de fatos e decisões históricas globais, exsurtem dificuldades relacionadas à provisão de um meio ambiente qualificado às épocas presente e futura.

Num cenário de crise ecológica, recorrer a democracia como uma oportunidade de globalizar diversas formas de coexistências, adequando o sistema democrático às demandas de sustentabilidade e autocontenção oriundas do iminente colapso ambiental como forma de propiciar o debate acerca do surgimento de uma democracia deliberativa no âmbito ambiental⁹.

Nesse viés, entende-se que a democracia não apresenta apenas um aspecto procedimental (formal), mas também um aspecto material (substancial) referido às classes de direitos (em especial, os direitos fundamentais)¹⁰. São as normas formais da democracia política que definem quem decide e como se decide (a maioria e por maioria), ao passo que as normas da democracia substancial estabelecem os temas que se pode e, principalmente, sobre os que não se pode decidir.

Bonavides traz, o que na sua opinião, é uma característica inerente à Constituição do Estado Social da democracia, ou seja, que os preceitos contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pecam por almejar uma ideia de justiça social

⁹ Para Boaventura de Sousa Santos a democracia deliberativa/participativa e a democracia representativa são interdependentes, sendo que a primeira cria instâncias para a delegação da segunda, organizando-as a partir de espaços deliberativos tais como conselhos, audiências públicas, orçamento participativo, etc. SANTOS, Boaventura de Souza. (1998). p. 153).

¹⁰ Ferrajoli faz a seguinte divisão em 4 dimensões: democracia liberal, assegurada pela garantia dos direitos de liberdade, a democracia social, assegurada pela garantia dos direitos sociais, a democracia civil, assegurada pelas garantias dos direitos civis, ou seja, daqueles atribuídos às pessoas com capacidade de fato civil, e a democracia política, assegurada pelas garantias predispostas aos direitos políticos (direitos instrumentais cujos titulares são os cidadãos). (FERRAJOLI, L. 2001, p. 287).

que é esquecida dando ênfase a antigos privilégios e interesses individualistas com pouco comprometimento por parte dos órgãos legiferantes com uma política definida ou com interesses da maioria dos governados. Segundo o autor:

[...] é a Constituição do conflito, dos conteúdos dinâmicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade; por isso mesmo, a Constituição dos direitos sociais básicos, das normas programáticas, ao contrário portanto da Constituição do estado liberal, que pretendia ser a Constituição do repouso, do formalismo, da harmonia, da rígida separação de poderes, do divórcio entre o Estado e a sociedade (BONAVIDES, 1994, p. 345).

É dever do Estado garantir instrumentos para viabilizar a consagração dos princípios democráticos, comprometido com a realização do bem-estar da sociedade. Processos adequados de deliberação possibilitam acordos que satisfaçam a racionalidade (enquanto defesa dos direitos liberais) e a legitimidade democrática (baseada na soberania popular).

Essa ideia de Estado de Direito do Ambiente, utópica ou não, não deixa de ser uma tentativa de contenção dos problemas advindos da sociedade risco, pois é também uma de suas metas, o gerenciamento de riscos ambientais com a atração de novas formas e reconhecimento de direitos até tão esquecidos e ignorados pelas anteriores formas de Estado Liberal e Social.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nada mais é do que um direito fundamental, porque é uma prerrogativa individual prevista no texto constitucional condicionada à realização de uma série de ações de natureza público-privadas, capazes de garantir condições mínimas de desenvolvimento das potencialidades individuais, bem como de uma ordem social livre e digna.

A mudança de paradigma no âmbito estatal do Estado Liberal ao Estado Socioambiental requer rupturas drásticas em sua estrutura organizacional, iniciando-se com a harmonização entre

desenvolvimento econômico e meio ambiente e na reavaliação dos atuais instrumentos da política ambiental, com a finalidade de se inquirir novos mecanismos de políticas públicas ambientais capazes de oferecer modificações significativas e de aplicabilidade imediata.

Sendo a Constituição Federal a diretriz normativa das operações básicas das esferas política e jurídica, dar efetivo cumprimento ao conteúdo normativo estampado no art. 1º, III c/c §2º do art. 5º e art. 225, *caput*, deve ser a meta primordial em busca de um modelo mais próximo do ideal de sustentabilidade. Cabe frisar que não há uma escala de valores, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado não surge para superar, disputar, sobrepujar ou conflitar com a dignidade humana, muito pelo contrário, tal direito é parte essencial desse conceito e agrega mais uma condicionante ao rol de necessidades dos cidadãos. Ou seja, um povo desprovido de um mínimo de dignidade não tem condições, nem seria justo atribuir-lhe de participar nem de assumir as obrigações de defesa do meio ambiente, portanto, faz-se inadiável atingir a dupla meta de erradicar a pobreza e de transformar os padrões de consumo e de produção mundial. Assim como é fundamental afastar falsos discursos ambientais sociais, que na emergência de proteger o meio ambiente, recaiam sobre populações de vulnerabilidade social impingindo-lhes remoções urbanas sem a devida política de realocação adequada e que venham a asseverar a desigualdade social e o sofrimento desses cidadãos. Por isso a importância de se fortalecer os discursos democráticos locais e a participação popular na gestão espacial e, conseqüentemente, do meio ambiente, para que os interesses econômicos alheios à localidade não restrinjam o gerenciamento do espaço. (HARVEY, 2005, p. 186)

O aumento da degradação ambiental conduz a uma maior produção de leis em matéria ambiental, embora note-se uma ínfima proteção efetiva do meio ambiente, assim como o aumento da poluição, por exemplo, também leva ao crescimento do número

de agentes poluidores, mas acarreta uma irrisória responsabilização efetiva aos poluidores, o que, por sua vez, leva a um maior questionamento social em relação às normas de imputação de responsabilidade, em todas as esferas legais.

Muito embora o Brasil tenha demonstrado uma postura legislativa e constitucional conducente à construção de um Estado de Direito Ambiental, é importante ter em vista que as normas jurídicas, além de serem apenas faceta do complexo de realidades que se relacionam com o cerne deste Estado¹¹, ainda precisam, em todas as temáticas, serem efetivadas na prática, fato que se encontra em avanço na última década, a partir da maior atuação da sociedade civil organizada e do Ministério Público.

Enquanto as necessidades básicas do indivíduo não são respeitadas, não é razoável esperar que o indivíduo se identifique com as normas da sociedade, pontua Dias (DIAS, 2007, p. 96). Neste mesmo raciocínio, “a atribuição dos direitos sociais básicos apresenta-se como uma condição mínima para que o indivíduo possa reconhecer nas normas da sociedade o respeito por sua própria pessoa, e queira se compreender como integrante da comunidade moral” (STEINMETZ, 2001, p. 85).

A atual crise leva à questão de como incluir no sujeito da soberania as gerações futuras e a comunidade biótica. Segundo Garrido Penha, é preciso ampliar os limites da comunidade moral para além da atual geração e da espécie humana, de modo a alcançar um compromisso ético-político com força para debater a renúncia a própria ideia de crescimento (PENHA, 2009, 471-477).

A realização da cidadania socioambiental reclama por um conhecimento do direito e educação/conscientização ambiental, não pelo temor ao seu conteúdo normativo-repressivo, mas principalmente como garantidor de direitos individuais e sociais das presentes e futuras gerações. São as normas os instrumentos

¹¹ Leite frisa que as normas jurídicas implicam em direcionamentos na ordem social e política, ao passo que estas influenciam diretamente a produção e eficácia das próprias manifestações jurídicas. (LEITE, 2010, p. 174).

capazes de impulsionar ações, e através delas, possibilidades de concretização desses direitos.

Submeter as decisões ao sufrágio popular, enquanto elemento humano do Estado e fonte da qual emane o poder político deste, ante aos problemas ambientais é atentar-se às questões sociais ainda não solucionadas e mal resolvidas, dando voz e ouvidos aos que zelam e buscam por uma sociedade livre, justa e solidária, afinal são eles os detentores da titularidade difusa dos bens ambientais que contemplam as gerações presente e futuras.

4 Proibição de retrocesso e segurança jurídica: democracia e justiça ambiental

Diante da compreensão do multifacetado meio ambiente, a vedação de retrocesso é um princípio implícito. Tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto a garantia do mínimo existencial constituem dois dos mais importantes parâmetros para aferir se um ato governamental incide na proibição. Dentre estes, também se pode verificar outros princípios que embasam e desdobram a proibição de retrocesso, tais quais o princípio da segurança jurídica, da previsibilidade, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Esses princípios suportam a estabilidade institucional necessária, “a dignidade humana não restará suficientemente respeitada e protegida onde as pessoas estejam expostas a tal nível de instabilidade”, assim, é preciso que haja confiança nas instituições sociais e estatais.¹²

Nesse diapasão, tem a mesma força o critério de segurança jurídica, pois tem a premissa maior de controle dos atos do poder público de modo a assegurar a proteção do direito adquiridos e

¹² “Atua como uma garantia constitucional do cidadão e da coletividade contra a ação do legislador (mas também em face da Administração Pública),” com fito de preservar direitos fundamentais já consolidados no plano constitucional e infraconstitucional. (SARLET, 2013, p. 52).

mesmo das expectativas de direitos¹³. Assim, sua efetiva tutela apenas será possível enquanto for assegurado um nível mínimo de segurança jurídica e previsibilidade do próprio ordenamento jurídico objetivo, bem como dos direitos subjetivos dos cidadãos. A ideia é proteger “as condições atuais de coexistência (espaço) de eventuais regressões”(MOLINARIO, 2007, p. 103.). Portanto, qualquer modificação que afete direitos fundamentais, deve assegurar regras proporcionais, com base da teoria do direito fundamentais. Em uma análise comparativa, a orientação de Sarlet:

A humanidade caminha na perspectiva de ampliação da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, conformando a ideia de um “patrimônio político-jurídico” consolidado ao longo do seu percurso histórico-civilizatório, para aquém do qual não se deve retroceder. Em termos gerais, essa é a ideia consubstanciada a assim designada garantia (princípio) constitucional da proibição de retrocesso. A proibição do retrocesso socioambiental, da mesma forma como ocorre com a proibição de retrocesso social, está, por sua vez, relacionada ao princípio da segurança jurídica e dos seus desdobramentos (princípio da proteção da confiança e as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada), bem como guarda conexão com os limites materiais à reforma constitucional, considerando que tais institutos também objetivam a tutela de direitos e bens de matriz constitucional em face de atos e/ou medidas de caráter retroativo ou que venham, de algum modo, a afetar situações e posições jurídicas. A estabilidade institucional (incluindo a jurídica) é fundamental para o exercício dos direitos fundamentais do cidadão, na medida em que a dignidade humana não restará suficientemente respeitada e protegida se as pessoas estiverem expostas a tal nível de instabilidade jurídica e se não estiverem mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais: Nada mais atual do que o problema da vedação do retrocesso social. Boletim de Notícias de Conjur, 24 mar. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-24/direitos-fundamentais-nada-atual-problema-vedacao-retrocesso-social> Acesso em 26 maio 2017.

o Direito) e, numa certa estabilidade, nas suas próprias posições jurídicas¹⁴.

Segundo parte da doutrina, o princípio de proibição de retrocesso é um princípio constitucional implícito e tem como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado Democrático e Social de Direito; da Dignidade da Pessoa Humana; da Máxima Eficácia; da Efetividade das Normas definidoras de direitos fundamentais; da Segurança Jurídica e seus desdobramentos e dever de progressividade em matéria de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA).

Em continuidade, cabe mencionar a cláusula de progressividade expressa no pacto internacional do DESCA, cláusula também implícita na legislação brasileira. O progresso deve ser compreendido como um dever de desenvolvimento sustentável, “conciliando os eixos econômico, social e ambiental”, para fins de ampliação da qualidade de vida e da tutela da dignidade da pessoa humana (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 296).

Nesse espeque, se a progressividade veicula a necessidade do constante aprimoramento, dois conteúdos normativos se complementam, porque, primeiro o Estado tem a obrigação de se abster, ou seja, não editar medidas que piorem o nível de proteção alcançado hoje (obrigação defensiva – no sentido de não piorar a situação diante da insurgência de um direito fundamental). Em segundo lugar, o Estado tem a obrigação de atuar de forma a desenvolver medidas que melhorem o nível de proteção alcançado

¹⁴ SARLET, 2012, p. 123. Sobre a proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, especialmente no caso dos direitos sociais, v. SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, p. 433-457. No que diz com a produção monográfica nacional, especificamente dedicada ao tema da proibição de retrocesso social, destacam-se as obras de DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; CONTO, Mario de. *Princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008; FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. São José: Conceito Editorial, 2009; e, por último, PINHO E NETO, Luísa C. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

hoje (obrigação prestacional) ou seja, proporcionar condições tanto normativas quanto fáticas que assegurem ao desfrute de uma vida digna.

Em que pese boa parte das legislações infraconstitucionais, destinadas ao cumprimento do art. 255 da Constituição Federal de 1988, determine o aprimoramento da proteção ambiental, como é o caso da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) em seu art. 2º, e da Lei 11.445/2007 (Política do Saneamento Básico) em seu art. 3º, III, tais dispositivos configuram claramente um direito subjetivo negativo, uma vez que o direito de proteção ao meio ambiente através da proibição ao Estado em editar medidas consideradas retrógradas, visa a proteção do bloco normativo constitucional e infraconstitucional já consolidado, especialmente aqueles que asseguram direitos fundamentais.

Com efeito, o sociólogo alemão Ulrich Beck (2011, p. 40), quando de sua formulação da teoria da sociedade de risco contemporânea já na década de 1980, ao expor os diferentes conceitos de risco, perigo, ameaça e vulnerabilidade já anunciava que determinados grupos sociais estão mais ou propensos, ou melhor, vulneráveis a certos aspectos de degradação ambiental, em razão de seu poder aquisitivo, “em que existir, de certa forma, uma dimensão ‘democrática’ da degradação ou poluição ambiental, que atinge todos de forma igual” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 146).

Não é difícil constatar, portanto, que à medida que os riscos fabricados se intensificam e se propagam, as posições de classe se tornam obsoletas frente às posições de risco, com o eixo distributivo girando em torno da segurança de grupos econômicos e não da igualdade. Tanto a posição de classe quanto a de risco não podem ser substituídas a ponto de uma de lugar a outro, ao revés, ambas são correlatas. Por isso, num cenário de evidente crise

ambiental, a desigualdade social equivale a uma desigualdade exposição ao risco¹⁵.

Até o momento, o que se conclui é que a degradação do ambiente só aumentou em total desrespeito à legislação protetiva. A principal agravante causadora do óbice ao desenvolvimento sustentável, sem dúvida, está relacionada ao quadro alarmante de injustiça social e a falta de acesso de boa parte da população mundial aos seus direitos mais básicos, o que também é causa de degradação do ambiente¹⁶.

Felizmente, nem tudo está perdido. Recentemente, o Poder Judiciário (3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região) condenou o dono de um imóvel a proceder com a demolição de uma casa e promover a recuperação da vegetação original do local. De acordo com a legislação vigente à época do processo original, o imóvel foi construído em um local de área de preservação permanente (APP). Um dos proprietários recorreu, alegando, com fulcro no novo Código Florestal que entrou em vigor após a sentença ser proferida, a localização de seu imóvel não é mais considerada área de preservação permanente, tornando-se desnecessário o cumprimento da sentença.

O desembargador-relator do caso negou o apelo, sustentando que nas decisões de proteção ambiental deve-se considerar a proibição ao retrocesso. *In verbis*:

¹⁵ A relação entre risco e poder, entre risco e desigualdade reside nessa cisão. Os benefícios e vantagens potenciais incidem sobre o 'Nós' dos tomadores de decisão, independentemente do fato de, graças a sua posição de poder social, eles serem capazes de tomar tais decisões. Em contrapartida, o 'Nós' daqueles que sofrem os efeitos colaterais consiste e surge de uma dupla exclusão: tais pessoas são excluídas dos benefícios potenciais da decisão e das condições sob as quais a decisão é tomada, e por vezes até mesmo da informação relativa aos efeitos sobre sua saúde ou chances de sobrevivência, contra os quais essas pessoas são indefesas. (BECK, 2011, p. 366).

¹⁶ O Congresso, com apoio do Governo, pretende votar em maio/junho 2017 as Medidas Provisórias 756 e 758 de 2016, que, em conjunto com um esboço de projeto de lei, atingem, no total, 1,1 milhão de hectares no Pará, mais 1 milhão de hectares no sul do Amazonas, totalizando cerca de 2,2 milhões de hectares sob ataque (o equivalente ao território de Sergipe), justamente em regiões por onde adentra o desmatamento na Amazônia. Também a Mata Atlântica não ficou de fora e está sendo reduzido o Parque Nacional de São Joaquim na Serra Catarinense. (Depois de der aprovada na Câmara de Deputados, a MP 756/2016 segue para votação no Senado).

Resta impossível que uma nova lei venha a retroceder para impedir a recuperação de uma área degradada, o que reforça, ainda mais, a necessidade de aplicação efetiva da norma contida na sentença¹¹⁷

Nessa perspectiva, para que haja concretização de aplicabilidade no plano prático dos direitos sociais e ambientais, o tratamento integrado e interdependente entre esses direitos num mesmo projeto político-jurídico deve coexistir, sem medir esforços para sua concretude com investimentos permanentes e duradouros, como premissa para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis.

Como desfecho pré-conclusivo desta investigação acerca do recente e tardio reconhecimento por uma implantação do Estado de Direito do Ambiente, dada a urgência de uma resposta para o seu devido tratamento jurídico-constitucional enquanto direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, torna-se necessário assumir mecanismos de atuação não só do Estado de caráter proativo, voltadas para o futuro, das presentes e futuras gerações, fundamentada na equidade intergeracional.

A tendência de flexibilização das normas no Direito Ambiental brasileiro motivou a adesão acertadamente do princípio de proibição de retrocesso pelo direito ambiental¹⁸. A regressão do Direito Ambiental é de relevante preocupação, pois acaba sendo, por vezes, insidiosa e discreta, sem causar alardes, razão pela qual

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal, 4 Região. Agravo de Instrumento Nº 5049323-75.2016.4.04.0000. Deoque Frederico Rocha Nogueira e Ministério Público Federal. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 25 abr. 2017. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selforma=NU&txtValor=50493237520164040000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave= Acesso em: 06 jun. 2017.

¹⁸ Conforme entendimento do Ministro do STJ, Antonio H. Benjamin, a proibição do retrocesso se transformou em um princípio geral do direito ambiental, e sido utilizado reiteradamente como fundamento de proposições de ações no controle de constitucionalidade. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 300).

o princípio da mutabilidade do direito deve ser cuidadosamente analisado no caso concreto.

5 Considerações finais

A vigência de uma norma, no mundo jurídico, não é o suficiente para o sucesso da ciência do direito. O ato de implementar e concretizar o dispositivo do texto constitucional é o que transforma a ordem jurídica. No que se refere a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a lógica constitucional é a mesma: o que vale para todos também se aplica à parte.

Em face de tais considerações, é possível dizer que, ainda que o ordenamento jurídico ambiental brasileiro possua mecanismos que não se limitam ao controle da produção e proliferação dos riscos, salienta-se a necessidade de afastar o Direito Ambiental de uma função meramente simbólica, sendo preciso, assim, viabilizar a efetiva utilização dos instrumentos contidos na norma ambiental.

Por esse viés e tendo em vista a expressa vinculação da democracia ambiental com as gerações futuras, o Estado de Direito do Ambiente deve afastar-se dos modelos tecnocratas e favorecer o diálogo entre os foros de consenso, nos quais todos se reúnem, seja o cidadão especialista ou não. Ressalta-se a importância da participação dos não especialistas, pois estes não representam interesses preestabelecidos, ligados a grupos de influência ou lobbies, uma vez que, se estão de fato ali é para representar toda uma coletividade, sem distinção de classes ou interesse econômicos.

A necessidade de superação, ou mesmo de controle maior da invisibilidade dos danos ambientais a que está suscetível as gerações, presente e futura, encaminha à propulsão de um Estado de Direito Ambiental capaz de impor um controle jurídico do uso

racional dos recursos naturais¹⁹ e incorporar uma nova dimensão que complemente os objetivos do Estado de Direito contemporâneo, através da proteção do ambiente, da tutela dos direitos fundamentais, da realização de uma democracia política participativa e da efetividade da justiça social (SARLET, 2010. p. 19.).

Sob a perspectiva de que a proximidade do Estado de Direito do Ambiente pressupõe também ações promovedoras da justiça social, uma vez que a miséria e a pobreza caminham juntas com a degradação e poluição ambiental²⁰, políticas públicas devem ser encaradas com cautela e racionalidade na sua aplicação, a fim de que não sejam instrumentos desestimuladores do reconhecimento da responsabilidade ambiental individual e coletiva.

Referências

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Tradução de Jesús Alborés Reys. Madrid: Siglo vientiuno, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. Temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁹ CAPELLA, 1994, apud LEITE, 2004. p. 33-34.

²⁰ Os diplomas internacionais, ao traçarem o conceito de desenvolvimento sustentável, evidenciaram a relação direta e a interdependência entre os direitos sociais e a proteção do ambiente (ou a qualidade ambiental), sendo a tutela de tais direitos fundamentais um objetivo necessariamente comum para as comunidades nacionais, assim como para a humanidade como um todo. (SARLET, 2010. p. 26-27).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: [s.n], [2012?]. p. 10 Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/93127174/Voto_APROMAC_ANEXO.pdf. Acesso em: 07 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal, 4 Região. Agravo de Instrumento Nº 5049323-75.2016.4.04.0000. Deoque Frederico Rocha Nogueira e Ministério Público Federal. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 25 abr. 2017. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5049323752016404000o&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave= Acesso em: 06 jun. 2017.

BRECHT, Bertolt. *Um homem é um homem*. 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas: Autêntica, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CLIMATE ACTION; UNEP. **COP 21**. Paris, 2015. Disponível em: <http://www.cop21paris.org/> Acesso em: 15 maio 2017.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 207.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Direito constitucional e administrativo do ambiente*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 96.

FERRAJOLI, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____ et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta 2001.

GARRIDO PEÑA, Francisco. El decrecimiento y la soberanía popular como procedimiento. *Revista Res Publica*, Universidad de Murcia, n. 21/22 p. 471-477., 2009. Suplemento 1.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablume, 2005.

- HILGENDORF, Eric. Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft"? NSTZ, p. 10-16, 1993.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- NEEDLEMAN, Herbert L. The Removal of Lead from Gasoline: Historical and Personal Reflections. Department of Psychiatry, University of Pittsburgh School of Medicine: Environmental Research Section A 84, 20-35 (2000). doi:10.1006/enrs.2000.4069 - available online at <http://www.idealibrary.com>.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Presupuestacion Participativa Hacia Una Democracia redistributiva. Traducción de Júlio Caballero. *Ruralter*, Coimbra, v. 1, n. 2, p. 107-156, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais: Nada mais atual do que o problema da vedação do retrocesso social. Boletim de Notícias de Conjur, 24 mar. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-24/direitos-fundamentais-nada-atual-problema-vedacao-retrocesso-social>. Acesso em 26 maio 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.).

Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOCIEDADE BRASILEIRA DOS ESPECIALISTAS EM RESÍDUOS DAS PRODUÇÕES AGROPECUÁRIAS E AGROINDUSTRIAL. Dossiê denuncia perigoso retrocesso na legislação ambiental brasileira. *Notícias*, 18 maio 2017. Disponível em: <http://sbera.org.br/pt/2017/05/dossie-denuncia-perigoso-retrocesso-na-legislacao-ambiental-brasileira/>. Acesso em: 20 maio 2017.

STEINMETZ, Wilson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação.* Caxias do Sul, RS. Ed. Educs, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A questão criminal. tradução Sérgio Lamarão, 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

O caso das vaquejadas: a posição do supremo tribunal federal e o conceito de “crueldade”

Alexandre Sikinowski Saltz¹

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 tingiu de verde o ordenamento jurídico brasileiro. Respondendo ao anseio social de criar-se um novo modelo, o estado de direito socioambiental² deferiu especial tratamento ao tema prevendo a existência de regras de garantia do ambiente equilibrado (arts. 5º. LXXIII e 129, III); criando regras de competência para a tutela do bem ambiental (arts. 23, VI; 24, VI e VIII); gerando regras gerais definidoras de princípios e orientadoras de condutas (arts. 170, VI; 173, § 5º; 174, § 3º; 186, II; 200, VIII; 216, V e 231, § 1º); bem como regras específicas (art. 225).

Justamente no artigo 225, em capítulo dedicado a disciplinar a tutela do ambiente, vedou a prática de atos de crueldade contra animais. Criou-se aqui, ao lado de um direito fundamental de terceira geração, um dever fundamental de proteção que, sustentam alguns, conferiu dignidade aos animais não-humanos.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direitos Transindividuais pela FMP-RS. Email: alexandresaltz@hotmail.com.

² Esse novo modelo de Estado é abordado, dentre outros tantos autores, por Canotilho (2007), Sarlet e Fensterseifer (2012), Leite e Ayala (2002) e Medeiros (2004).

Vedada a crueldade, coube ao Supremo Tribunal Federal definir os limites da restrição. Após fazê-lo em quatro oportunidades, que serão adiante comentadas, foi a Corte instada a manifestar-se sobre lei estadual que, no Ceará, instituía a vaquejada como prática esportiva e cultural.

O artigo, seguindo a metodologia bibliográfica, pretende analisar o resultado da demanda e discutir o conceito de “crueldade”, ponto focal da discussão.

Para tanto, por se tratar de um conceito vago, enveredar-se-á na doutrina de Hart para reconhecer que não há único significado possível ao vocábulo e que existem muitas pré-compreensões estabelecidas sobre o tema. A interpretação, dotada de forte carga subjetiva, humaniza o direito e oxigena a hermenêutica.

Se vários são os sentidos possíveis, a solução reside na chamada “textura aberta” da norma. A solução será através de ação “discricionária” do juiz, mas conforme a lei. Por isso, investiga-se a possibilidade de aplicação do Decreto nº 24.645/1934 como norma de integração do sistema, rechaçando a ideia de ponderação a casos que tais.

Os limites do trabalho o balizam a uma brevíssima reflexão preliminar sobre o tema, sem qualquer pretensão de completude, buscando trazer novas luzes para a superação de problemas hermenêuticos que podem redundar na prolação de decisões tecnicamente insuficientes, na medida em que não concretizam a expressão “vaga”.

2 Tratamento constitucional do ambiente e a tutela do “direito dos animais”. A “sociedade de risco” e a internalização da proteção ambiental através do surgimento de um novo direito fundamental e a tutela dos animais não-humanos.

Vivemos uma época de crise ambiental que retrata o desequilíbrio na relação entre o homem e a humanidade, seja pela

ruptura de vínculo entre o ser humano e a natureza, seja pela crise de limite na relação entre ambos (MEDEIROS, 2004, p. 19). Somada a essa perda de identidade do ser humano com o ambiente, a arrogância da ciência³ e a utilização ilimitada dos recursos ambientais⁴ impuseram sensível degradação⁵. Os efeitos avassaladores e irreversíveis das tragédias ambientais foram fundamentais para a criação de uma consciência mundial sobre o tema.

Não por acaso que o Clube de Roma, entidade criada em 1968, integrada por políticos, cientistas e industriais, passou a influenciar os tomadores de decisões. Em 1972, o Clube publicou obra intitulada *The Limits to Growth*, onde aborda questões relacionadas à industrialização acelerada, rápido crescimento demográfico, escassez de alimentos, esgotamento dos recursos naturais e deterioração do ambiente, aspectos fundamentais para a edição de documento internacional que reconheceu ao meio ambiente o status de direito humano, incluindo o tema na agenda político-institucional internacional, motivando a realização da Conferência da Assembleia Geral das Nações Unidas, quando editada a Declaração de Estocolmo⁶ que trouxe por grande inovação equiparar o meio ambiente aos direitos de liberdade e de igualdade, conferindo-lhe *status* de direito humano.

³ O tema é tratado por Azevedo, 2000, p. 02.

⁴ A definição de recursos ambientais aqui trabalhada é a constante no artigo 3º, V, Lei nº 6.938/81.

⁵ Degradação está conceituada no artigo 3º, II, Lei nº 6.938/81.

⁶ A Declaração de Estocolmo diz que o homem, diante da aceleração da ciência e da tecnologia, assumiu posição que lhe permite transformar o ambiente em uma escala sem precedentes. Prossegue lembrando que proteger o ambiente é um “desejo urgente” e “um dever de todos os governos”. As provas dos danos e da poluição nos cercam e são evidentes e não mais se admite indiferença ou ignorância. Proteger e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações é “meta imperiosa da sociedade”. O desenvolvimento equitativo exige esforço comum e responsabilidades solidárias, dos particulares e dos Estados, como forma de garantir a posteridade. A inovação que marcou o desenvolvimento da proteção ambiental veio com o Princípio 1, assim escrito: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.”

Além de “tingir de verde”⁷ o direito, a convivência em uma “sociedade de risco”⁸ também descortinou a necessidade de reformular os pilares de sustentação do Estado, gerando políticas fundadas no uso sustentável dos recursos naturais e na equidade intergeracional. O direito possui papel relevante nesse contexto e, não por acaso, desenvolveu-se um direito constitucional ambiental⁹ permitindo, nas palavras de Canotilho (2007, p. 05), falar-se até mesmo da força normativa da “Constituição Ambiental”.

Meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser “um direito fundamental completo ou como um todo”¹⁰, entendimento referendado pelo Supremo Tribunal Federal em todas as ocasiões quando convocado a tratar do tema¹¹.

⁷ Denominação cunhada por Silva (2002) para explicar a jusfundamentalização ambiental ocorrida no Direito Português a contar da vigência da Constituição Portuguesa de 1976.

⁸ A expressão de Ulrich Beck, trazida da sociologia, sintetiza a ideia de que o modelo econômico está sujeito a riscos de variadas origens e que as instituições e a sociedade têm dificuldades de enfrentá-los. É um período de “irresponsabilidade organizada”, porque embora conhecidos e previsíveis, os riscos são ocultados pelo poder público quando algumas autoridades buscam torná-los “invisíveis”.

⁹ A obra pioneira sobre o tema foi de Silva (2004, p. 26) onde já prenunciava que “A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre *meio ambiente*, inserido no título da *ordem social* (Cap. VI do Tit. VIII). Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.”.

¹⁰ “O direito fundamental ao ambiente é útil para demonstrar a correção da configuração do conceito de um direito fundamental como um todo, porque se trata de um direito constituído por um conjunto de posições jurídicas de tipos muito distintas.” (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 46) e que “As normas da disposição do direito fundamental do art. 225 da Constituição bem configuram o direito ao ambiente como um direito fundamental ao todo.” (id.; Ibid.; p. 47). O autor ainda indica que, da classificação, no sentido defensivo, cria competências negativas (proibições de ingerências na esfera particular) e exige omissões do poder público para evitar agressões ao ambiente. No sentido prestacional, cria obrigações em sentido estrito; obrigações a ações fáticas e a ações normativas e o direito à participação na organização e no procedimento, aspecto esse importante para o tema aqui tratado.

¹¹ Mandado de Segurança nº 22164/SP, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 30/10/1995, DJ de 17/11/1995, p. 39206; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4029/AM, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 08/03/2012, DJe-125, publicado em 27/06/2012; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1856/RJ, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 26/05/2011, DJe-198, publicado em 14/10/2011; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF, Relatora Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 24/06/2009, DJe-108, publicado em 04/06/2012; Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 01/09/2005, DJ de 03/02/2006,

Essa fundamentalidade trouxe várias consequências. Uma delas, vinculada ao assunto, é a criação de um dever fundamental de proteção¹², associado ao direito de usufruir desse ambiente, através de medidas negativas e de medidas positivas.

O conteúdo biocêntrico trazido pelos incisos I, II, III e VII do § 1º e dos §§ 4º e 5º do artigo 225 da Constituição Federal equilibra a posição antropocêntrica do *caput* do mesmo artigo e, ao fazê-lo, traz ao seio da tutela os animais não-humanos.

Medeiros e Albuquerque ({2000}, p. 22) recordam:

Urge destacar que as transformações trazidas pela Constituição de 88 não estão adstritas aos aspectos jurídicos somente. As transformações ocorrem em três dimensões: ética, biológica e econômica (curiosamente, os três pilares do desenvolvimento sustentável). Nessa esteira, o direito dos animais surge como uma alternativa de dilatação dos fundamentos éticos a fim de abranger os demais animais (para além de humanos), reconhecendo um direito inerente a todo o reino animal (ou, ao menos, aos animais sencientes).

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro veda a crueldade, posicionando os animais não-humanos como beneficiários do sistema constitucional e, ao mesmo tempo, estabelecendo uma nova tarefa estatal e um novo dever fundamental (MEDEIROS, 2013), obrigando ao Poder Público e a coletividade a concretização da norma constitucional. Assim, destaca-se no sistema o VII, do parágrafo 1, do artigo 225 da Constituição que normatiza: ‘proteger a fauna e a flora, **vedadas na forma da lei**, às práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou **submetam os animais à crueldade**’ (grifo nosso)

A proteção animal sob a tutela constitucional delimitou uma nova dimensão do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988 é um marco para o pensamento

p. 014; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 796347/RS, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 24/03/2015, DJe-089, publicado em 14/05/2015.

¹² Acerca dos deveres fundamentais associados aos direitos fundamentais, numa dimensão geral, leia-se Andrade (1998, p. 146-159). Relativamente aos deveres ambientais, Medeiros (2004, p. 93-98).

sobre o direito dos animais no Brasil. Ao proibir a crueldade, o constituinte originário, reconhece ao animal não humano o direito de ter respeitado seu valor intrínseco, sua integridade, sua liberdade.

Na mesma linha, Sarlet (2016) recorda que a proteção dos animais é tema que ganhou destaque no cenário jurídico-constitucional mundial, especialmente quando conflita com outros princípios e mesmo com direitos fundamentais. Afirma que no Brasil, diversamente da Alemanha, há regra expressa no texto constitucional que veda a crueldade. Por isso, sustenta o constitucionalista que

[...] é sem dúvida possível e mesmo desejável reconhecer a possibilidade de atribuição de uma peculiar dignidade aos animais e mesmo à natureza em geral, no sentido de uma dignidade da vida humana.

No caso dos animais tal dignidade implica o reconhecimento de um dever de respeito e consideração, assim como correspondentes deveres de proteção, de tal sorte que os animais não podem ser reduzidos à condição de mera coisa (objeto), e, portanto, não possuem um valor meramente instrumental.

Que tal dimensão (e tal dignidade, na condição de um valor não meramente instrumental atribuído aos animais) foi reconhecida [...] é perceptível na proibição de crueldade com animais que, de certo modo, pode ser equiparada à proibição de tortura e de tratamento desumano e degradante (artigo 5º, III, CF) em relação aos seres humanos.

E conclui afirmando que essa dimensão protetiva veda se lance mão do juízo de ponderação para situações que envolvam eventuais episódios de crueldade contra animais, porque o constituinte já procedeu a uma “ponderação prévia” ao editar o já citado inciso VII do § 1º do artigo 225.

Além do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que será aqui discutido, destaca-se que o Superior Tribunal da

Justiça também tratou do tema sob o rótulo do Princípio da Solidariedade¹³, assim enunciado:

Princípio-base do moderno Direito Ambiental, pressupõe a ampliação do conceito de “proteção da vida” como fundamento para a constituição de novos direitos. Para tanto, impõe o reconhecimento de que a vida humana que se protege no texto constitucional não é apenas a vida atual, nem é somente a vida humana. Tudo está inserido no conjunto global dos interesses e direitos das gerações presentes e futuras de todas as espécies vivas na Terra.

O que se vai aqui analisar, a partir do fato concreto, é justamente o estabelecimento de um pré-conceito de ponderação que retire do debate a sindicabilidade da ocorrência de crueldade no caso, a partir de outras realidades.

3 O caso concreto. A interpretação do STF sobre o tema.

Bateu às portas do Supremo Tribunal Federal a ADI 4983/CE, ajuizada pelo Procurador-Geral da República onde pretendia a declaração da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. Sustenta, em apertada síntese, que a questão posta envolve conflito entre a proteção do meio ambiente e a proteção conferidas às manifestações culturais. Refere que a jurisprudência da Corte Suprema se apoia numa concepção que supera a dicotomia cultura/natureza, pautando que as manifestações culturais encontram limites, sendo a ponderação o fio condutor para tanto, como visto em julgamentos anteriores (RE 153.531/SC, ADIs 1856/RJ, 2514/SC e 3776/RN). Conforme sabido,

¹³ Sobre a aplicação dos princípios de direito ambiental no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, incluindo o mencionado, sugere-se a leitura do informativo daquela Corte, disponível em <<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/653-principios-de-interpretacao-ajudam-o-stj-a-fundamentar-decisoes-na-area-ambiental>>, acesso em 11/08/2016.

a ação foi julgada procedente por 6 votos contra 5¹⁴. A minoria formou o entendimento de que se tratava de uma manifestação cultural.

O voto do relator, no que interessa ao tema, veio assim ementado:

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

No corpo do voto lembrou que o meio ambiente sadio é um direito fundamental de terceira geração, fundado no valor da solidariedade e, lembrando Bonavides, dotado de “altíssimo teor de humanismo e universalidade”. Asseverou que os ecossistemas devem ser preservados para as gerações futuras e que a proteção, como destacado por Branca Martins da Cruz, é um verdadeiro “direito-dever” fundamental. O dever de favorecer o ambiente é “indisputável”. Por isso importa indagar quais sacrifícios se pode impor à coletividade para a implementação e efetivação da tutela. Obtempera que o “conflito entre interesses individual e coletivo resolve-se em favor deste último”, posição que o Supremo vem adotando. Controversa é a situação quando o direito ao meio ambiente equilibrado entra em rota de colisão com outros direitos coletivos, como seria o caso do exercício dos direitos culturais¹⁵.

¹⁴ O texto integral do acórdão está disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4425243>>, acesso em Agosto/2017.

¹⁵ Parece que o relator, ao separar meio ambiente dos direitos culturais, desconsidera a posição doutrinária sedimentada no sentido de que o ambiente possui quatro acepções: natural, artificial, cultural e do trabalho. Segundo essa posição, a tutela da cultura (arts. 215 e 216) também é uma das facetas da proteção do ambiente.

Nessa quadra invoca os precedentes das ADIs da rinha de galos e do RE da farra do boi e afirma que

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

Cabe indagar se esse padrão decisório configura o rumo interpretativo adequado a nortear a solução da controvérsia constante

deste processo. A resposta é desenganadamente afirmativa, ante o inequívoco envolvimento de práticas cruéis contra bovinos durante a vaquejada.

E concluiu:

O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

A divergência foi inaugurada pelo Min. Fachin. Além de lembrar que a própria petição inicial da ADI reconhece o caráter cultural da vaquejada, o que lhe alcançaria proteção a partir da dicção do artigo 215, “caput”, e § 1º, Constituição Federal, trouxe ao debate questão diretamente relacionada ao objeto do presente. Disse sua Excelência que não há qualquer aproximação da situação

posta com os precedentes antes julgados pelo STF porque, no caso, não há comprovação de crueldade contra os animais.

O Min. Gilmar Mendes, seguindo o voto divergente, destacou que talvez a lei impugnada merecesse “alguma censura”, merecendo “aperfeiçoamento” para incluir “eventuais medidas que se possam tomar no sentido de se reduzirem as possibilidades de lesões aos animais”.

O Min. Teori Zavascki, na mesma toada, invocou que “a vaquejada, como ato da realidade, pode ser cruel ou pode não ser cruel ao animal.”.

O Min. Dias Toffoli reconheceu a possibilidade do “**distinguishing** a impedir a aplicação ao caso dos precedentes” porque, no caso, “não há prova cabal de que os animais, de modo sistemático, sejam vítimas de abusos, de crueldade e de maus tratos”.

Ou seja. É certo que a crueldade é vedada e que com ela ninguém concorda. Contudo, há de ser testada e comprovada no caso, pelo que necessário buscar-se alguma conceituação mínima acerca da sua ocorrência e a delimitação da sua extensão.

4 As posições de Hart e de Castanheira Neves sobre os conceitos vagos. A busca de um conceito de “crueldade”.

A questão é entender a extensão e o significado da expressão “crueldade” à luz do cenário hermenêutico atual, onde os textos são permeados pela discricionariedade, pela incidência de princípios constitucionais e por um vasto cardápio de possibilidades de entendimentos de um mesmo prisma normativo, como destacou Reis (2012, p. 198).

Não há mais um caráter absoluto para desvelar o sentido e o alcance do dispositivo interpretado. Flexibiliza-se a ideia de que há única resposta adequada e um único significado ao texto objeto da análise (ANDRADE, 2008, p. 459).

Sabe-se que o conceito de crueldade, mercê da sua vagueza, desperta pré-compreensões doutrinárias e jurisprudenciais. Concordamos solenemente com a necessidade de feroz combate à crueldade. Mas entendemos que a valoração do tratamento cruel há de ser feita no caso concreto, com esteio em fatos objetivos, suficientemente evidenciados, ainda que isso importe em tensionar os pré-conceitos.

Heidegger (1988, p. 207), destaca a pré-compreensão nos seguintes termos:

A interpretação de algo como funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. [...] Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.

Gaddamer (1997, p. 405) chama a atenção para um fato de que

[...] quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa para si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes.

Logo, embora as pré-compreensões integrem o processo de decifragem do melhor significado possível da norma não podem engessar, restringir ou direcionar a própria interpretação de ser ou não ser cruel tal ou qual prática ou atividade. E isso tem que ficar claro.

Lembre-se que toda a interpretação é carregada de forte carga subjetiva. E essa carga subjetiva, pelo potencial que encerra

de revisão do pré-conceito, possibilita a “humanização do direito”.¹⁶ Nesse contexto é que os chamados conceitos abertos, vagos, ambíguos oxigenam o processo interpretativo, relativizando a hermenêutica tradicional.

Importa avançar na discussão contextualizando os chamados conceitos vagos.

Andrade (2008, p. 458) principia o enfrentamento do assunto lembrando:

O estudo da hermenêutica jurídica mais recente demonstra um certo afastamento de algumas características identificadas como tradicionais, sobretudo o caráter absoluto da possibilidade de descoberta de um sentido e alcance preexistentes do dispositivo normativo interpretado.

Em outros termos, encontra-se com facilidade uma certa flexibilização da afirmação da capacidade de se achar a resposta correta e única ao significado de um texto objeto de análise.

Uma das formas de relativizar a hermenêutica tradicional é a existência de “ambiguidades” e “vaguezas” nos termos jurídicos utilizados.

Hart (1986, p. 141-143) busca explicar esse figurino terminológico invocando que é extremamente difícil, em qualquer sistema jurídico, desvelar exatamente a conduta humana que se pretende normatizar. O ser humano é incapaz de antecipar eventos futuros e essa é a raiz do conceito de indeterminação que marca o direito. “Somos homens, não deuses” lembrava o jusfilósofo. Logo, haverá uma relação de indeterminação entre o direito e a linguagem.

Se o direito não tem como prever todas as situações futuras, nada mais resta ao legislador senão lançar mão de

¹⁶ Para Andrade (2008, p. 461), esse processo “Não é mera adaptação, não é mera atualização, é a realização, é o funcionamento, é, em termos müllerianos, a própria metódica jurídica.”. Metódica, dizia Friederich Müller, é o conceito abrangente de hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e metodologia.

conceitos vagos. E essa imprevisibilidade ultrapassa os limites temporais da edição da lei e dimana efeitos futuros, para quando o aplicador se deparará com a situação de fato e terá que concretizar o conteúdo da norma. A norma é indeterminada, mas determinável.

A ideia é de “que não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a serem aplicadas caso a caso, sem directivas oficiais ulteriores.” (HART, 1986, p. 144). Assim, o ordenamento jurídico subverte a expectativa. Ao invés de trazer certeza e completude, alcança ambiguidades ou lacunas derivadas do motivo antes exposto. Mas a incompletude não é do direito, é da linguagem. Some-se o fato de que as palavras, por vezes, também não possuem significados unívocos.

Várias interpretações podem decorrer de uma palavra com um significado originário, como é o caso da expressão “crueldade”. Nesse eixo dos vários significados possíveis, a chamada “zona de penumbra sin limites precisos”¹⁷, reside a interpretação. E nessa região os conceitos são potencialmente vagos pelas razões já alinhadas.

Hart nos esclarece que as palavras têm várias acepções que variam ao redor de um contexto. As próprias circunstâncias de um mesmo tempo são capazes de sustentar apreensões vocabulares segundo diversos significados. Como podemos perceber, as alterações históricas ensejam novas interpretações das palavras. Aqui, contudo, a ideia é de que, dentro de um mesmo período histórico, mas em circunstâncias diversas, podem apresentar diferentes significados. Além disso, temos que as

¹⁷ Carrió, apud Andrade (2008, p. 462), explica, metaforicamente, que há zonas de intensa luminosidade, onde não há dúvidas acerca do conceito e da palavra. Há, também, uma zona obscura, onde reside o absoluto desconhecimento. Entre ambas, na transição entre as luz e as trevas, a zona de penumbra. “Las palabras que aparecen en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas, y proporcionar pautas o criterios para guiar o juzgar estas últimas, tienen, pues, una zona de penumbra, es decir, son actual e potencialmente vagas.” (Id, Ibid., p. 463).

acepções das palavras oscilam em torno a um significado central originário. (BUENO, 2010, p. 03)

Lembra que “[...] a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação [...]” (HART, 2007, p. 143). Para a linguagem jurídica, cria-se a textura aberta, que desafia o positivismo, porque a aplicação do método lógico-dedutivo ou silogístico resta frustrada. Nas hipóteses da “zona de penumbra”, imbricada de vagueza, que remete à necessidade de uma construção judicial, sustenta que o juiz deve legislar, ou seja, criar o direito.

A incerteza na aplicação de certos termos surge da sua possível ambiguidade, da incerteza do sentido em que são usados. Some-se a isso a expansão legislativa. Caráter polissêmico ou plurissignificacional das palavras não se resolve com a aplicação de cânones porque eles próprios utilizam termos que exigem interpretação. Como enfrentar essa realidade?

A resposta está na “textura aberta”, assim explicada:

A textura aberta do Direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam de peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do Direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, *não* exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedentes) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma

centralizada na elaboração de padrões variáveis [...]” (HART, 2007, p. 148-149).

A abertura revelar-se-á com clareza nos casos concretos para os quais inexista uma resposta, mas, isto sim, apenas “respostas”¹⁸. Não há uma única solução correta a descobrir. E a conformação será no caso concreto, pelo julgador (BUENO, 2010, p. 10), de modo discricionário. O objetivo da discricionariedade – que não é arbítrio – é tornar precisos e individualizados os termos trazidos pela norma, afastando-a da vagueza. Essa discricionariedade é limitada pela lei. Não é livre ou ilimitada.¹⁹

E a “clarividência suposta dos textos normativos” igualmente não “descarta” a discricionariedade, pois, na linha de raciocínio de Reis (2012, p. 202)

Não há dúvidas de que a proeminência do critério da inteligibilidade literal dos textos normativos, conforme sejam os correspondentes termos ‘claros’ ou ‘nebulosos’, é a responsável pela revitalização do panorama da discricionariedade arbitrária nestes novos tempos do positivismo jurídico [...], de cuja impossibilidade semântica de encaixe entre premissa maior e menor surge o espaço de livre decisão, absolvida pela competência da autoridade que encampa o decidir ‘autêntico’ rumo às decisões indiferentes ou de equivalência fungível.

A discricionariedade Hartiana sustenta que as decisões que afastam a vagueza sejam *secundum legem*.

Aliás, a própria dicção do inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal impõe a mediação legislativa para vedar

¹⁸ Hart problematiza a questão das “respostas” com a situação de uma placa, afixada na entrada de um parque, proibindo a entrada de veículos. Seriam apenas veículos automotores? Bicicletas entram no contexto da vedação? Mas, frequentemente, bicicletas são utilizadas em parques, como meio de lazer. Asas-delta seriam permitidas? E cadeiras de rodas motorizadas?

¹⁹ Importa aqui recordar a posição defendida por Castanheira Neves de que discricionariedade não é arbitrariedade. Não há única solução válida para o caso. Admitir decisão única seria arbítrio. São passíveis de decisão discricionária os conceitos indeterminados, os conceitos de valor e a fixação dos efeitos jurídicos.

práticas que submetam animais à crueldade, abuso e maus tratos. O texto legal, sustenta a doutrina abalizada, é a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, que, no seu artigo 32, assim disciplinou o tema:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Contudo, a lei penal não definiu abuso, não delimitou o que é cruel e não precisou o que são maus tratos. Potencializou-se a vagueza.

Justamente por isso é que advogamos a proposta de aplicação do Decreto nº 24.645, de 19 de julho de 1934, que “Estabelece medidas de proteção aos animais”, como ferramenta de auxílio à construção da já falada discricionariedade que definirá a extensão do conceito vago. Embora o tempo em que editado, o Decreto, em trinta e um incisos, estabelece situações ainda atuais que caracterizam maus tratos e crueldade.

Vale lembrar que o Decreto em testilha foi revogado pelo Decreto nº 11/1991, que também foi retirado do ordenamento pelo Decreto nº 71/2013. Assim, um dos argumentos a justificar a sua eficácia é a reprivatização²⁰. Outro é que não foi revogado porque, sendo decreto exarado em época de exceção democrática, possuía força de lei. Ou seja, independente do argumento de socorro, o decreto vige e, como tal, serve para orientar a integração do conceito vago de crueldade.

²⁰ TRF1, 3ª Turma, no julgamento da Apelação Criminal nº 2004.38.02.00291-2/MG.

Hart também questiona sobre a possibilidade da aplicação de “casos paradigmáticos” a situações de vagueza? A resposta parece ser positiva, e foi assim que agiu a maioria do Supremo Tribunal Federal no caso das vaquejadas. O paradigma do ministro relator foram decisões que já trataram da questão da crueldade.

O caso julgado pelo STF igualmente chama a atenção para outro aspecto, de fundamentação propriamente dita.

O voto condutor da maioria, ao menos por aquilo que é possível dele conhecer, fez brevíssima análise da situação fática onde residiria propriamente a alegada crueldade. No mais, limitou-se a invocar a ponderação como regra de julgamento. Pensamos que tal paradigma está equivocada. A situação demandaria que, lançando mão das ferramentas interpretativas adequadas para a integração do conceito vago em questão, o tribunal enfrentasse a tese jurídica e mostrasse onde reside a prática vedada no mundo dos fatos.

A ponderação entre ambiente e cultura não parece ser o método mais correto de resolução da demanda porque não fere a questão de fundo, vale dizer, se no caso específico a manifestação artístico-cultural desborda dos limites constitucionais ao malferir a dignidade dos animais não-humanos. Também pode criar situações de injustiças com outros eventos semelhantes, como é o caso dos rodeios gaúchos²¹, porque o pré-conceito decisório antecipa solução que não se adéqua a nova hipótese, onde, em tese, não há crueldade tecnicamente comprovada.

Em linha de conclusão, releva destacar que a vagueza traz sim bons frutos para o sistema. Possibilita a atividade criadora – necessária – dos tribunais, atrelada as “social policy” (BUENO, 2010, p. 11), sem que isso implique em decisionismos ou arbitrariedades.

²¹ No Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 11.719, de 07 de janeiro de 2002, “Institui oficialmente o rodeio crioulo como um dos componentes da cultura popular sul-riograndense.”

Normas de textura aberta são “desejáveis” porque permitem a abertura do sistema e evitam a chamada “jurisprudência mecânica”.

5 Conclusões

A concisa discussão da ADI 4893/CE aqui travada permite que se avance na fixação de algumas constatações.

O positivismo, como modelo que busca fixar previamente o sentido da norma, oferecendo resposta a todos os casos, mostrou-se insuficiente para fazer frente ao sistema de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais que marcaram o Século XX. Não mais se concebe um figurino que iguale sempre todos os casos, sejam quais forem. Isso seria uma forma de engessamento ou fixação do sistema.

Situações de “penumbra”, “vagueza” e “indeterminação” permitem a atividade criadora do aplicador da lei, com alguns matizes. Não se pode estabelecer, previamente, como as regras de cada conceito devam ser aplicadas/interpretadas. Serão no caso concreto, pelo julgador, com base em juízo discricionário. Inexiste um único ideal de exatidão, *v.g.*, os conceitos determinados prevalecem em detrimento dos indeterminados; e às vezes o conceito impreciso é o bastante e foi o possível para a situação.

Os conteúdos preexistentes são importantes para a fixação do conceito vago, embora possam ser superados através da atividade decisória.

Crueldade, objeto da ADI 4893/CE, é conceito vago, de textura aberta, que impõe ao julgador a invocação de regras de julgamento que o integrem sendo a mera ponderação insuficiente para tanto.

Nem mesmo a Lei dos Crimes Ambientais, que, dando concreitude ao art. 225, § 1º, VII, CF, tipificou os maus tratos a animais, definiu o seu conteúdo. Logo, é jurídica e perfeitamente

justificável a aplicação do Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, para a identificação de situações de crueldade.

O estabelecimento de regras de julgamento baseadas em critérios objetivos, como os do Decreto nº 24.645/1934, supera a necessidade de ponderação.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1998.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 103, jan./dez. 2008 p. 458-474. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67814-89245-1-pb.pdf>>, acesso em out./2016.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do Direito Ambiental: reflexões sobre o seu sentido e aplicação. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, vol. 5, n. 19, p. 53-66, jul./set. 2000. Disponível em: < [http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc5000001596e80e4d6df684dd3&docguid=13f594080f25511dfab6f0100000000000&hitguid=13f594080f25511dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=25&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc5000001596e80e4d6df684dd3&docguid=13f594080f25511dfab6f010000000000&hitguid=13f594080f25511dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=25&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>, acesso em jan./2017.

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: nov. 2016.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico. Em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. **Revista de Informação Legislativa**, ano 47, nº 186, Brasília, abr./jun. 2010, p. 275-290. Disponível em: <

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198686/000888833.pdf?sequence=1>, acesso em out./2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENDICOTT, Timothy A. O. **The Value of Vagueness**. Disponível em <http://www.academia.edu/15196313/The_Value_of_Vagueness>, acesso em 29 out. 2016.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito Fundamental ao Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HART, Herbet Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1998.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente Direito e Dever Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Letícia. **Constituição e animais não-humanos: Um impacto no direito contemporâneo**. {2000}, [s.l], [s.n]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1845faa2957cb42b>>, acesso em out./2016.

POSCHER, Ralf. **Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1651465>, acesso em 19 out. 2016.

REIS, Maurício Martins. Discricionariedade e interpretação jurídica. **Revista Brasileira de Direito, IMED**, vol. 08, nº 2, jul-dez 2012, p. 197-206.

Disponível em: <
<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/294/244>>, acesso em out./2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protecao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>>, acesso em nov./2016.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito: lições de direito do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2002.

Mudanças climáticas e a energia solar no Brasil: avanços e desafios

*Amanda Câmara Franco*¹

*Victor Vartuli Cordeiro e Silva*²

*Elcio Nacur Rezende*³

Introdução

As ações humanas têm como consequência a produção de uma mudança no meio. Todo ato causa um impacto. Mas, no passado, essas interferências não eram capazes de alterar o meio ambiente sobre um ponto de vista macro. Contudo, utilizando a revolução industrial como divisor de águas, o ser humano adquiriu a capacidade de afetar o equilíbrio ambiental de forma mais significativa.

Algumas dessas mudanças revelaram-se importantes ao ponto de colocar em risco a perpetuação da vida humana na Terra, pelo menos da forma que se conhece hoje.

Isso levou a Organização das Nações Unidas a convocar, em 1972, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente

¹Mestranda em Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara, especialista em Gestão de Projetos pelo IETEC, Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional dos Recursos Naturais – DIRNAT, Bacharel e Licenciada em Ciências Biológicas, PUC Minas.

² Mestrando em Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara, especialista em Regime Jurídico dos Recursos Minerais pela Faculdade Milton Campos. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente.

³ Doutor e Mestre em Direito. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Humano, que se realizou em Estocolmo, a qual é considerada o marco inicial da discussão desse tema em nível internacional.

Sendo que, com o avanço dos debates, notou-se que o aumento na temperatura do Planeta, teria como origem a ação do homem, levando à criação da Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas, que ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.

Referidas mudanças tem como uma de suas causas o aumento da emissão dos gases de efeito estufa, que por sua vez é uma consequência da industrialização e da forma de viver da sociedade moderna.

Entretanto não é viável pensar em uma desindustrialização e no abandono do conforto que este desenvolvimento proporcionou. O que, em realidade, é preciso é a mudança na forma de produzir com a adoção de tecnologias menos poluentes como forma de minimizar a influência humana no clima.

Com esse intuito foi assinado o protocolo de Kyoto em 1997, no qual os países se comprometiam a reduzir suas emissões de gases do efeito estufa (GEE). Entretanto não foi possível alcançar as metas propostas, culminando na perda de sua efetividade.

Nesse cenário, foi discutido, no ano 2015, o Acordo de Paris, assinado na COP 21 da Convenção sobre Mudanças Climáticas, no qual os Estados se comprometeram novamente a adotar medidas para frear o aumento da temperatura, estando o Brasil entre eles.

O Acordo de Paris justifica-se e torna-se um marco, uma vez que:

Recognizing that climate change represents an urgent and potentially irreversible threat to human societies and the planet and thus requires the widest possible cooperation by all countries, and their participation in an effective and appropriate

international response, with a view to accelerating the reduction of global greenhouse gas emissions. (UNFCCC, 2015)⁴

Neste contexto, o setor energético se revela como um dos grandes responsáveis pelas emissões dos GEE, portanto, a utilização de energias renováveis é ponto essencial para alcançar a meta estabelecida no novo acordo.

Dentre as fontes renováveis, a solar se apresenta como uma forma de contribuir significativamente com os objetivos traçados em Paris, uma vez que não emite GEE durante a produção de energia. Além disso,

A rápida expansão da capacidade instalada nos últimos anos, atrelada à forte redução de custos; o imenso potencial técnico de aproveitamento; e o fato de não emitirem poluentes durante sua operação, fez com que o mundo voltasse sua atenção para a energia solar como alternativa de suprimento elétrico. (TOLMASQUIM, 2016, p. 310).

A energia do sol é uma energia obtida a partir de recursos inesgotáveis e que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as suas necessidades. (PORTAL SOLAR, 2017).

Diante disso, o presente trabalho tem como finalidade analisar a energia solar como forma de reduzir as emissões dos GEE, com destaque para o Brasil e sua Contribuição Nacionalmente Determinada, protocolada como requisito de adesão ao Acordo de Paris. Para tanto, serão também considerados os avanços e desafios de sua implantação no país.

Certamente não serão pautadas conclusões finais e consensuais, mas uma provocação para um debate urgente e da

⁴Reconhecendo que as mudanças climáticas representam uma ameaça urgente e potencialmente irreversível para a sociedade humana e para o planeta e, portanto, exige a cooperação mais ampla possível de todos os países e sua participação em uma resposta internacional efetiva e apropriada, com vista a acelerar a redução, a nível mundial, das emissões de gases do efeito estufa (Tradução Nossa).

maior importância para o Brasil e para o mundo, uma vez que as fontes energéticas não renováveis, como o petróleo e o gás, são finitas.

A elaboração do presente estudo utiliza-se do método hipotético dedutivo, e parte de uma revisão bibliográfica e documental a fim de, em um primeiro passo, contextualizar as energias renováveis como fonte para um desenvolvimento mais sustentável.

Em seguida, faz-se a análise dos marcos legais e operacionais em vigor, comentando sempre que cabível os princípios e dados que foram responsáveis por sua formulação e os principais avanços e desafios inerentes ao processo de implantação das energias renováveis no contexto nacional e internacional.

As mudanças climáticas e as energias renováveis

As mudanças climáticas começaram a ser discutidas e, mais intensamente, estudadas na década de 70, com o advento de uma das crises do petróleo, o início da utilização da expressão “energias substitutivas” (SILVA, 2011) e o início das discussões internacionais sobre o meio ambiente humano, em Estocolmo, 1972.

As energias substitutivas, como sinalizado pela própria expressão, são aquelas que substituem o petróleo como fonte de geração de energia e passam a considerar outras matérias primas para a produção energética.

A reação à crise petrolífera provocou, durante algum tempo, o desenvolvimento de ações diplomáticas e a celebração de acordos e tratados, além da criação de instituições internacionais e supranacionais para gestão e garantia de acesso aos recursos energético. Com o passar do tempo, a questão energética passou também a se associar à tecnologia e a questão ambiental (SILVA, 2011).

Devido à importância e complexidade da matéria, foi instituída em 1974 a Agência Internacional de Energia, mesmo já

existindo instituições de gestão dos recursos energéticos desde a década de 1950 na Europa. Esta instituição definiu as categorias de energias renováveis, dentre as quais, a energia solar como: “*Solar radiation exploited for hot water production and electricity generation. Does not account for passive solar energy for direct heating, cooling and lighting of dwellings or other.*”⁵

A geração de energia solar, assim como outras energias renováveis, pelo fato de não emitir gases do efeito estufa pode contribuir para limitação do aquecimento global.

A temperatura na Terra, medida por estudiosos em diferentes partes o mundo tem aumentado e, esse aquecimento global, resultado da elevação da temperatura média dos oceanos e da camada de ar próxima à superfície da Terra pode ser consequência de causas naturais ou de atividades humanas, ambas as linhas de estudo trazem argumentos e fundamentos de peso (WORLD WIDE FOUND FOR NATURE, 2017).

No que diz respeito às políticas e ações internacionais de direito da energia e do direito ambiental, a linha que se segue é de que o aquecimento global é provocado pela ação antrópica, principalmente, em função da emissão de gases do efeito estufa emitidos a partir da Revolução Industrial.

Segundo o *World Wide Fund For Nature* (WWF), o efeito estufa corresponde a uma camada de gases que cobre a superfície da terra, composta, principalmente, por gás carbônico (CO²), metano (CH₄), óxido nitroso (N²O) e vapor d’água, Trata-se de um fenômeno natural fundamental para manutenção da vida na Terra, pois sem esta camada o planeta poderia se tornar muito frio, inviabilizando a sobrevivência de diversas espécies.

Entretanto, o fenômeno natural de aquecimento da Terra tem se intensificado em função da emissão de gases do efeito estufa emitidos por atividades antrópicas, aumentando a temperatura da

⁵ Radiação solar explorada para produção de água quente e geração de energia elétrica. Não inclui a energia passiva solar utilizada para aquecimento direto, resfriamento e iluminação de mudas e outros. (Tradução nossa).

atmosfera terrestre e dos oceanos e ocasionando um aquecimento global além daquele que seria natural (WORLD WIDE FOUND FOR NATURE, 2017).

Para maiores estudos sobre as mudanças climáticas foi criado, em 1988, o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), que é um órgão das Nações Unidas com o objetivo principal de organizar uma base de dados com informações técnicas, científicas e socioeconômicas sobre o fenômeno do aquecimento global (LÜCK MAN, 2007).

Essa instituição foi criada a partir da realização da Conferência de Toronto, na qual as questões climáticas foram especificamente tratadas. Na ocasião, foi identificada a necessidade de se fundar uma instituição que levantasse dados científicos mais concretos a respeito do aquecimento global. Tratou-se de uma iniciativa da Organização Meteorológica Mundial (WMO) e do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

O IPCC é responsável, portanto, por produzir informações científicas a respeito das mudanças climáticas e afirma que há 90% de certeza que o aumento de temperatura na Terra está sendo causado pela ação do homem (WORLD WIDE FOUND FOR NATURE, 2017).

Desta forma, em 1990, com a Convenção de Genebra, ficou latente a necessidade de tratado internacional que estabelecesse diretrizes e orientações sobre as ações para controle das mudanças climáticas no mundo. Assim, em 1992, com a Rio 92, foi criada a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, também conhecida como Convenção do Clima, para discussão mais aprofundada sobre as taxas de emissões de gases do efeito estufa no mundo e possíveis consequências, além da discussão sobre as alternativas que possibilitassem a redução da emissão destes gases na atmosfera.

Essa convenção reforçou a importância de alguns dos princípios do direito ambiental, como o princípio intergeracional, com a preocupação de proteger o sistema climático para as

presentes e futuras gerações; o princípio do acesso equitativo, cabendo responsabilidades e necessidades comuns, mas diferenciadas em função das diferentes realidades; os princípios da prevenção e da precaução, devendo ser consideradas, portanto, as condições conhecidas e àquelas que ainda geram incerteza científica, respectivamente, e os princípios da educação e do direito à informação para a promoção da participação comunitária nas medidas de combate às mudanças climáticas.

Com a entrada em vigor da mencionada Convenção do Clima, os representantes dos diferentes países passaram a se reunir anualmente para discutir a sua implementação, estas reuniões são chamadas de Conferências das Partes (COPs).

As Conferências das Partes servem para examinar, periodicamente, as obrigações das Partes e os mecanismos institucionais estabelecidos por esta Convenção, além de promover e facilitar o intercâmbio de informações sobre medidas adotadas pelas Partes para enfrentar a mudança do clima e seus efeitos e orientar o desenvolvimento e aperfeiçoamento periódico de metodologias comparáveis para elaboração dos inventários de emissões de gases de efeito estufa por fontes e de remoções por sumidouros. Nas reuniões, são também examinados os relatórios periódicos sobre a implementação desta Convenção (MMA, 2017).

A primeira COP foi realizada na Alemanha em 1995, e a partir daí, aconteceram reuniões anualmente para monitoramento das medidas realizadas pelos países signatários. Destaque se dá à COP 3, realizada no Japão em 1997, na qual foi criado o primeiro protocolo para controle das mudanças climáticas, o Protocolo de Kyoto. Este documento sugeriu a redução de gases do efeito estufa e, para que fosse devidamente colocado em prática, deveria contar com adesão dos países desenvolvidos, responsáveis pela maior parte das emissões de gases poluentes da atmosfera.

Assim, com a criação do protocolo surgiu também o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) e os certificados de carbono. A partir do Protocolo de Kyoto, foram desenvolvidos

programas importantes para as reduções de emissões de gases do efeito estufa, entretanto, não foi possível atingir a meta almejada e, países com significativos índices de emissão, como os Estados Unidos, apesar de terem assinado o tratado, não o ratificaram, sob a justificativa de que o acordo traria prejuízos econômicos. Sem essa ratificação, a assinatura prévia se tornou sem validade (Protocolo de Kyoto, 2017).

Em 2009, aconteceu em Copenhague a 15ª Conferência das Partes (COP 15) da Convenção sobre Mudanças Climáticas, que resultou em um desacordo final e no adiamento de suas metas e conclusões.

Por outro lado, a COP21, deu origem ao Acordo de Paris criado em 2015 e prontamente assinado pelos 195 países Parte da UNFCCC para reduzir emissões de gases de efeito estufa (GEE) no contexto do desenvolvimento sustentável.

Conforme destacado por Dubois e Morosini (2016), a adesão a tratados internacionais ambientais é realizada para o bem comum ou para as gerações futuras e pode prejudicar outros interesses internos.

Os procedimentos para a adesão se defrontam com dificuldades ainda maiores para a implementação dessa. A problemática é, então, invertida em comparação com o exemplo de um tratado comercial, no qual os compromissos aceitos são, geralmente, alinhados aos interesses do Estado que se engaja; e este não tem, então, razão para não observar tais compromissos. (Dubois e Morosini, 2016, p. 199).

Mesmo com desafios inerentes à adesão de tratados internacionais ambientais, o Acordo de Paris foi um dos tratados internacionais mais prontamente ratificados da história do direito ambiental, dada a importância e urgência do tema. Para entrar em vigor, o limite mínimo era de que 55 países ratificassem o acordo, o que representaria 55% das emissões mundiais de gases do efeito estufa, entretanto, 92 países, dentre eles o Brasil, já o ratificaram, ultrapassando, as condições mínimas para sua entrada em vigor (BRASIL, 2016).

O Acordo de Paris estabelece mecanismos para que todos os países limitem o aumento da temperatura global e fortaleçam a defesa contra os impactos inevitáveis das mudanças climáticas.

O esforço deste acordo é para limitar o aumento da temperatura da Terra em até 1,5°C acima dos níveis pré-industriais até 2100. Parte significativa destas emissões advém da queima de combustíveis fósseis para geração de energia e, portanto, é neste contexto que as energias renováveis ganham destaque, uma vez que trazem alternativas de abastecimento energético, independente de recursos finitos e locais como o petróleo, além de gerarem competitividade em sua produção e distribuição e sustentabilidade e com possibilidade de não emissão de gases de efeito estufa na atmosfera durante sua operação, como é o caso da energia solar, eólica, maremotriz.

Historicamente, em função da revolução industrial, os países desenvolvidos tem sido responsáveis pela maior parte das emissões de GEE, entretanto, os países em desenvolvimento vêm aumentando consideravelmente suas emissões, como é o caso da China, que ocupa o primeiro lugar do *ranking* das emissões, seguido por Estados Unidos, Índia, Rússia, Japão (BRASIL, 2015).

Países	10 ⁶ t	%
1 China	8.568	26,6
2 Estados Unidos	5.187	16,1
3 Índia	1.923	6,0
4 Rússia	1.603	5,0
5 Japão	1.230	3,8
6 Alemanha	768	2,4
7 Coreia do Sul	594	1,8
8 Irã	554	1,7
9 Canadá	538	1,7
10 Brasil (+2)	463	1,4
11 Reino Unido	454	1,4
12 México	442	1,4
13 Arábia Saudita	440	1,4
14 Indonésia	436	1,4
15 Austrália	389	1,2
Outros	8.583	26,7
Mundo	32.171	100,0

Figura 01: Emissões de CO₂. (BRASIL, 2015).

Uma forma de reduzir as emissões de gases do efeito estufa é por meio do uso de fontes renováveis de energia, que são recursos naturais, capazes de se regenerarem num curto espaço de tempo e de um modo sustentável. O calor da Terra (Geotermia), biomassa, o movimento das marés e das ondas, o vento, o sol e a água são exemplos de fontes renováveis de energia. Que evitam que se importem combustíveis fósseis, como o carvão e o gás natural para gerar eletricidade, e reduzem o preço da energia elétrica no mercado de eletricidade, contribuindo para uma maior sustentabilidade do país (APREN, 2017).

Segundo estudo publicado pelo *Carbon Tracker Initiative* de Londres, os custos de produção de energia renovável já estão à média mundial, inferiores às dos combustíveis fósseis e parques de energia limpa serão ainda mais competitivos em 2020 (CARBON TRACKER INITIATIVE DE LONDRES, 2017). Entre as energias renováveis que crescem em competitividade, está a energia solar.

Energia solar

A energia do sol vem sendo apropriada pelo homem ao longo de toda sua história como, por exemplo, para suprir necessidades básicas de aquecimento, iluminação e alimentação [via fotossíntese e cadeias alimentares]. No entanto, o uso do Sol como fonte direta para a produção de eletricidade é relativamente recente, datando de meados do século XIX. Com esta finalidade, conforme já mencionado distinguem-se duas tecnologias de geração principais: a fotovoltaica, que consiste na conversão direta da luz em eletricidade; e a heliotérmica, que é uma forma de geração termelétrica, na qual um fluido é aquecido a partir da energia solar para produzir vapor (TOMALSQUIM, 2016).

As duas tecnologias combinadas representam uma parcela pequena da matriz energética global, mas merecem destaque especial pelas suas perspectivas positivas. A rápida expansão da capacidade instalada nos últimos anos, atrelada à forte redução de

custos; o imenso potencial técnico de aproveitamento; e o fato de não emitirem poluentes durante sua operação, fez com que o mundo voltasse sua atenção para a energia solar como alternativa de suprimento elétrico.

A energia fotovoltaica vem conquistando mais mercado nos últimos anos. Foi desenvolvida a partir das células utilizadas para aplicações espaciais e, na década de 1970, começou a se viabilizar economicamente para atendimento de áreas terrestres isoladas, utilizada em conjunto com baterias. No final da década de 1990, alguns países lançaram programas de estímulo à geração fotovoltaica conectada à rede, em conjunto com o pagamento de tarifas-prêmio pela energia gerada por esses sistemas e este estímulo impulsionou o desenvolvimento de tecnologias e a implantação das usinas solares fotovoltaicas.(TOMALSQUIM, 2016).

A produção das placas fotovoltaicas consiste na execução das seguintes etapas: extração da sílica (20 metros de profundidade); produção de silício metalúrgico; purificação, processamento do dispositivo; encapsulamento, e montagem dos módulos e painéis fotovoltaicos (fatiamento, polimento, lavagem química, polimento final) (REIS, 2015).

O próximo passo é reduzir os custos de implementação desta modalidade energética, que deve ser alcançado na maior parte do mundo até 2020 (BREYER; GERLACH, 2013), para que se torne efetivamente competitiva com as modalidades convencionais utilizadas hoje.

A energia proveniente do Sol é renovável e inesgotável e de toda energia solar que chega à Terra, aproximadamente metade atinge a superfície, totalizando cerca de 885 milhões de TWh/ano, mais de 8.000 vezes o consumo final total de energia mundial em 2013 (IEA).

Esses valores conferem à fonte solar, considerando seus múltiplos usos, o maior potencial técnico de aproveitamento frente a outras fontes renováveis (IPCC, 2012).

Entretanto, não é possível gerar energia sem alterações ou impactos ambientais, sejam benéficos ou adversos. Desta forma, são apresentados, na sequência, alguns impactos vinculados à geração de energia solar, especialmente vinculados à produção das placas fotovoltaicas, que são manufaturadas com base em diversos tipos de matéria prima, dependendo da tecnologia, como o silício, o cádmio, telúrio, cobre, disseleneto de índio entre outros.

O silício é a principal substância utilizada na fabricação das células fotovoltaicas, empregado principalmente nas formas monocristalina, policristalina e amorfa.

Portanto, para construção dos módulos solares, é preciso extrair a matéria prima e, com isso, alguns impactos inerentes às atividades de mineração devem ser considerados: a) supressão vegetacional; b) afugentamento da fauna; c) alteração da paisagem; d) alteração na qualidade das águas; e) ruído e vibração; f) tráfego de veículos pesados; g) emissão de particulados; h) geração de rejeito e estéril; i) alteração na dinâmica local; j) pressão sobre equipamentos públicos – saúde, educação (REIS, 2015, p. 44-52).

Além do processo de mineração, a etapa de redução do silício gera a emissão de pó de sílica, que pode prejudicar a saúde dos empregados, além da liberação de gases tóxicos e de efeito estufa (CO, SiO, Nox, Sox e CO₂). Desta forma, a energia solar não está totalmente isenta da emissão de gases do efeito estufa, uma vez que sua pegada ecológica evidencia, ao longo de sua produção, este impacto sobre a qualidade do ar.

A cadeia produtiva das placas inclui ainda a purificação do silício, a montagem dos módulos e painéis solares e a implantação das plantas solares, processo nos quais se utiliza energia, água e produtos químicos tóxicos (Gás de silano, tetracloro de silício*) além de materiais como chumbo, prata, aço, alumínio, concreto e são emitidos hexafluoreto de enxofre e outros gases de efeito estufa, além de particulados.

Para a implantação das usinas solares, a depender da área escolhida, pode ser necessária a supressão de vegetação, que levará à alteração do uso e ocupação do solo, alteração da paisagem; afugentamento da fauna e mortalidade da ornitofauna, degradação do solo; alteração na dinâmica local e pressão sobre equipamentos públicos – saúde, educação.

Por fim, ainda não se conhecem os verdadeiros impactos do fechamento ou de descomissionamento das plantas solares, uma vez que essas estruturas são novas e ainda não começaram a serem desativadas. Entretanto, já são previstos: a geração de resíduos – metais pesados como o chumbo, retardadores de chamas bromados e cromo Hexavalente, Telúrio, Índium e gálio, cádmio, selênio, em alguns casos e de grande quantidade de vidro (REIS, 2015 p. 53).

Por outro lado, a energia solar é uma atividade que pode gerar emprego e renda, o desenvolvimento de fornecedores locais, nas áreas de implantação das usinas e plantas, a movimentação da economia, local regional e nacional, o aumento na arrecadação tributária do município que a recebem e a atração de novos investimentos. Além disso, durante a operação não são emitidos gases de efeito estufa na atmosfera, contribuindo para as metas nacionais e internacionais para controle das mudanças climáticas.

Outro ponto vantajoso para a energia solar é o seu uso em grandes centros urbanos, por apresentarem um grande número de residências e pelas características tropicais do país, o pico de consumo, pela utilização do ar-condicionado, coincide com o pico de produção desse tipo de energia. “Importante ressaltar que o potencial total brasileiro de geração de energia fotovoltaica é mais de duas vezes (2,3) o consumo residencial do país.” (NASCIMENTO, 2017, p. 18).

Mais um fator a ser levado em consideração, é o de que o Brasil detém grandes reservas de silício e quartzo, minerais necessários para a fabricação das placas fotovoltaicas, o que pode resultar na redução dos custos, indispensável apenas que se invista

na tecnologia de produção e não se preze ao papel de exportador de matéria prima e importador de produtos manufaturados.

Energia solar no brasil

O Brasil orgulha-se de ter como fonte majoritária de produção de energia elétrica, em sua maioria, fontes renováveis, correspondendo a um total de 75,5% do fornecido em 2015, contudo, mostra uma dependência das hidrelétricas que representaram 64% da energia elétrica ofertada nesse mesmo ano (BRASIL, 2016a).

Em se tratando da matriz energética, as fontes renováveis corresponderam a 41,2% do consumido em 2015, percentual muito superior a média mundial que atingiu a marca de 13,8%. (BRASIL, 2016b).

Entretanto, principalmente em se tratando da produção de energia elétrica, o Brasil se mostra subordinado as intempéries climáticas, uma vez que utiliza de forma predominante da fonte hidráulica. Diante dessa dependência é que se faz necessária a diversificação da matriz energética, podendo a energia solar desempenhar papel importante na consecução desse objetivo.

Para uma melhor compreensão do cenário energético brasileiro é preciso apresentar o panorama da atual situação e o histórico recente das políticas públicas que direcionaram o setor elétrico.

Sistema de produção e fornecimento de energia elétrica brasileira

A produção e fornecimento de energia elétrica no Brasil advêm de um sistema de características ímpar, que o diferencia das estruturas adotadas pelos demais países. O que o torna distinto é a junção de peculiaridades como a extensão continental de seu território, dependência das hidrelétricas, diversidade de bacias

hidrográficas, interligação por um complexo sistema de linhas de transmissão das diferentes regiões, atuação de diferentes agentes na produção e distribuição da energia e a preponderância de usinas de grande porte. (TOLMASQUIM, 2016, p. 21).

O sistema brasileiro tal qual se conhece, teve início nos primeiros anos da década de 60 com a criação da Eletrobrás e do Ministério das Minas e Energia, anteriormente a esse período não havia um planejamento a nível nacional, era realizado apenas no âmbito regional e as linhas de transmissão ligavam diretamente as usinas produtoras de energia aos centros urbanos próximos. (BARDELIN, 2004, p. 19)

A interligação do sistema elétrico tem começo no ano de 1963, com a conexão das distribuidoras de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro (PIETRACI, 2007, p. 43). Já a intensificação da construção das hidrelétricas de grande porte data da época da ditadura militar, tendo como exemplos as usinas de Tucuruí e Itaipu.

Contudo, a estratégia adotada não está isenta de problemas, pois as grandes hidrelétricas trazem a degradação ambiental, principalmente na sua fase de construção; a centralização da produção e a distância que a eletricidade percorre até chegar ao consumidor final sujeitam esses a apagões e ao desperdício de energia nas linhas de transmissões. (SALAMONI, 2009, p. 3).

Referido sistema também se demonstrou dependente do investimento estatal para seu desenvolvimento, no entanto o poder público renegou ao segundo plano essa necessidade, fazendo com que o percentual de crescimento no consumo superasse o do aumento de geração de energia. Sendo que já no ano de 1995 a capacidade de consumo superou a de fornecimento. (ARAÚJO, 2009).

Esse déficit energético teve como consequência o racionamento imposto no ano de 2001, momento que coincidiu

com a mudança nos paradigmas do setor, com as privatizações impostas pelo governo à época.

Para o enfrentamento dessa crise, o país, além do racionamento, se viu obrigado a retomar o investimento no setor elétrico de maneira a atender a demanda crescente, seja pelo desenvolvimento da economia, aumento populacional ou até mesmo pelos programas de universalização do acesso a energia.

Após a crise de energia elétrica de 2001, o país começou a investir em políticas energéticas, de modo a utilizar o mais racionalmente possível o potencial energético. Dentre essas políticas pode ser citado o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA) e o Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel (PNPB). (SALAMONI, 2009, p. 9)

O Brasil, apesar de superar a crise de 2001 e dos investimentos com resultados no curto prazo, não conseguiu realizar um planejamento energético consistente, que viesse a solucionar de forma definitiva os problemas apresentados.

Dessa forma, em 2015 com a crise hídrica que assolou boa parte do país, os pontos fracos da matriz energética nacional ficaram evidenciados. Recaindo no consumidor o dever de pagar mais caro pela energia usufruída.

Durante o período que separou as duas crises, Sauer (2015), ao destacar a desorganização do setor elétrico, também o criticou pela opção no investimento das termelétricas:

“Sem realizar o dever de casa de organizar o portfólio de recursos para otimizar a expansão, quando se esgotou o estoque de capacidade ociosa decorrente do racionamento, nos leilões de expansão, a partir de 2005, prevaleceram termelétricas a carvão e óleo, caras e poluentes.” (SAUER, 2015, p. 156)

A construção das termelétricas ao passo que resolveriam a fragilidade apresentada pelas hidrelétricas frente às intempéries

climáticas, sujeitou o setor à volatilidade dos preços das commodities que utiliza.

Portanto, uma decisão mais acertada seria o investimento em outras formas de geração de energia renovável, principalmente porque “[...] os grandes potenciais hidroelétricos já foram explorados e os restantes nem sempre se viabilizam pela distância aos centros urbanos, um fator que acarreta altos investimentos em linhas de transmissão e distribuição (T&D)”. (SALAMONI, 2009, p. 2).

Aliado ao fator interno de possível falta de energia e necessidade de diversificação da matriz energética, 2015 foi marcado pelos compromissos firmados no Acordo de Paris, e o Brasil foi um dos primeiros países a confirmar a participação, reafirmando a importância do investimento em energias renováveis, para redução das emissões dos gases do efeito estufa.

Assim, a construção de novas termelétricas é incompatível com as premissas constantes do INDC brasileiro, pois, ao se investir nessa fonte energética está se reduzindo a participação das energias renováveis na matriz nacional, e como consequência há um aumento na emissão dos GEE.

Dentre as fontes renováveis de energia pode destacar-se a energia solar. Essa maneira de diversificar a matriz energética, além de tornar desnecessária a importação de combustíveis fósseis para geração de energia, estaria favorecendo o alcance das metas estipuladas pelo Brasil no Acordo de Paris de 2015.

As metas do Brasil no Acordo de Paris

No acordo de Paris sobre mudanças climáticas, diferentemente de seu predecessor, o Protocolo de Kyoto, cada país traçou suas próprias metas de redução da emissão dos GEE, o que de certa forma permitiu, o já citado, tempo recorde de ratificação e sua rápida entrada em vigor.

As metas e ações propostas por cada país foram apresentadas através das *intended Nationally Determined Contribution*⁶(iNDC), sendo que em setembro de 2015 o Brasil apresentou aquilo que entendeu por suficiente para contribuir com a consecução dos objetivos do acordo.

A meta brasileira é de que em 2025 as emissões dos GEE estejam 35% abaixo dos níveis auferidos no ano de 2005 e que esse percentual chegue a 43% em 2030. (BRASIL, s.d.) Em realidade essa meta, em um primeiro momento, permite ao país um aumento nas suas emissões de GEE, uma vez que no ano de 2012 já havia reduzido essa emissão em 41,1% com relação ao ano de 2005 (BRASIL, 2014, p. 12).

Entretanto essa meta deve ser analisada frente a um possível cenário de crescimento populacional e econômico, sendo essa a justificativa apresentada pelo país na sua iNDC: “O Brasil, portanto, reduzirá emissões de gases de efeito estufa no contexto de um aumento contínuo da população e do PIB, bem como da renda per capita, o que torna esta contribuição, sem dúvida, bastante ambiciosa.” (BRASIL, s.d.).

Apesar de se comprometer em reduzir as emissões, alguns fatores demonstram o retrocesso ambiental brasileiro, principalmente no que diz respeito à proteção e manutenção dos biomas originalmente presentes no país, que possuem importante papel na qualidade do ar global. O desmatamento no Brasil bateu recordes no ano de 2016, atingindo um aumento de 57,7% na Mata Atlântica com relação ao ano anterior, segundo dados da Fundação SOS Mata Atlântica e do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE (2017), e 30 % na Amazônia, segundo o IPAM (2017).

Além disso, estão sendo criadas e votadas medidas provisórias e projetos de emenda constitucional para flexibilização do licenciamento ambiental e para redução de áreas protegidas, o que proporcionará redução nos sumidouros naturais do país.

⁶ Contribuição Nacionalmente Determinada (tradução nossa)

Podendo ainda acrescentar, o já citado, investimento na construção de novas termelétricas. Tais fatores, apontam a direção contrária do Brasil com relação aos compromissos firmados com o Acordo de Paris.

Entretanto, apesar dos dados negativos com relação ao desmatamento, entre as metas definidas para assegurar o cumprimento do iNDC brasileiro, destacam-se o aumento para 18% da participação dos bicomcombustíveis na matriz energética e a de que, em 2030, 45% das fontes de energia sejam renováveis. (BRASIL, s.d.)

É no alcance dessa segunda meta que a energia solar ganha maior relevância, pois, para alcançá-la, o Brasil pretende diversificar as fontes renováveis para além da hidrelétrica e aumentar a geração doméstica de energia, sem a utilização de combustíveis fósseis. (BRASIL, s.d.)

Assim sendo, a energia solar demonstra ser uma das ferramentas mais viáveis, na direção do cumprimento dos objetivos traçados no Acordo de Paris, uma vez que o país tem condições climáticas favoráveis à geração solar, pela incidência dos raios; possui reservas significativas de silício para produção de placas fotovoltaicas, e começa a realizar leilões específicos para geração da energia fotovoltaica, com uma legislação que começa a se aperfeiçoar com relação à matéria.

O desafio da energia solar no Brasil

O Brasil está situado numa região com maior incidência vertical dos raios solares. Esta condição favorece elevados índices de irradiação em quase todo o território nacional. Além disso, a proximidade à linha do equador faz com que haja pouca variação na incidência solar ao longo do ano. Dessa forma, mesmo no inverno pode haver bons níveis de irradiação. Essas características conferem ao país algumas vantagens para o aproveitamento energético do recurso solar.

Contudo, apesar das condições favoráveis, a utilização da energia solar no Brasil está muito aquém dos níveis apresentados por outros países, estando atrás, inclusive, de outras fontes alternativas como a eólica e biomassa que já correspondem 6,7% e 9,4% da capacidade de fornecimento disponível no país, respectivamente. (NASCIMENTO, 2017, p. 4).

Os desafios a serem enfrentados para um melhor aproveitamento da energia solar passam pela necessidade de uma legislação clara e consistente no que diz respeito às regras e incentivos a essa modalidade de geração; além de tornar os preços de instalação competitivos se comparados as outras fontes de energia; difundir os benefícios e a sua viabilidade de produção da grande à pequena escala. (SALAMONI, 2009, p. 9-10).

É preciso esclarecer que não é que não existam incentivos à instalação das usinas solares, a crítica consiste em que a legislação é esparsa em diversas normas, que em regra tratam de assunto diverso a energia solar, e tem aplicabilidade subsidiária, por abranger apenas alguns componentes necessários a fabricação das placas fotovoltaicas.

De igual forma, a regulamentação da geração distribuída conectada à rede e a realização de leilões específicos para sua contratação na forma de plantas centralizadas ainda precisam evoluir no contexto do planejamento das políticas energéticas brasileiras.

Até mesmo no programa de incentivo às fontes alternativas de energia elétrica (Proinfa), não é dada a relevância adequada a esse tipo de usinas, uma vez que seu estímulo é feito apenas de forma indireta, não estando contemplado entre as modalidades elencadas no artigo 3^o da Lei n^o 10.438, de 26 de abril de 2002.

⁷ Art. 3^o - Lei 10.438/2012 - Fica instituído o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - Proinfa, com o objetivo de aumentar a participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos, concebidos com base em fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, no Sistema Elétrico Interligado Nacional, mediante os seguintes procedimentos: [...]

Mas é preciso superar esses desafios e avançar na utilização da fonte solar como fornecedora de energia e, mesmo que de forma morosa, é possível perceber um avanço nesse sentido.

No país, o aproveitamento do Sol para geração elétrica esteve historicamente ligado à geração fotovoltaica. O Brasil começou a desenvolver programas de eletrificação rural fazendo uso dessa tecnologia, com programas federais, como o Proinfa, o Prodeem e o Luz Para Todos, mesmo eles não tendo a energia solar como foco, a utilizam de forma secundária.

Salamoni (2009) considera como possibilidades atrativas de instalação das usinas solares os seguintes casos: áreas isoladas nas quais o custo para interligação à rede for demasiado elevado; indústrias e comércios com pico de consumo diurno, o que coincidiria com o período de efetividade da energia solar; áreas urbanas em que a reestruturação da rede local torne-se inviável.

Continua enumerando, com os casos em que por determinado fator o custo de produção da energia convencional for mais alto que o da energia fotovoltaica; e encerra com aqueles em que por estratégia comercial a empresa necessite de uma imagem “verde”, de protetora da natureza. (SALAMONI, 2009).

Outros pontos vantajosos para a energia solar, como citado anteriormente, são a possibilidade de uso em grandes centros urbanos e as grandes reservas de silício e quartzo disponíveis no Brasil.

Diante do cenário apresentado, percebe-se que para a difusão da energia solar no país é necessária ao menos a paridade entre o seu valor de produção e o da energia convencional, para a tornar economicamente viável, bem como incentivos, tanto públicos como privados, no desenvolvimento da tecnologia nacional. (SALAMONI, 2009, p. 12-13).

Portanto, somente se superados os desafios elencados, é que poderá a energia solar contribuir de forma efetiva para com que o Brasil cumpra com as metas estipuladas no acordo de Paris e consiga diminuir a emissão dos gases de efeito estufa.

Considerações finais

As mudanças climáticas, em um período de tempo historicamente considerado recente, vêm-se tornando cada vez mais acentuadas, já é possível notar empiricamente o aumento da temperatura.

Já a ciência, discute se a ação humana pode ser a causadora dessas alterações, uma vez que, principalmente após a revolução industrial, os homens tornaram capazes de interferir em larga escala na natureza, modificando o meio ambiente para satisfazer as necessidades advindas dos anseios da sociedade moderna.

O posicionamento majoritário é no sentido da possibilidade da atuação antrópica ser a causadora, ou pelo menos contribuir, para com as mudanças climáticas, sobretudo através da emissão dos gases do efeito estufa.

Diante dessa realidade, e dos possíveis efeitos catastróficos que o aquecimento global pode ocasionar, os países buscam formas de conter essas alterações, sendo que já foi percebida a necessidade de uma ação coletiva e coordenada, entre os diversos atores internacionais.

Um dos principais órgãos é a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, criada para discutir e propor soluções sobre a sua temática. Um dos mais importantes documentos produzidos por essa convenção é o Protocolo de Kyoto de 1997, que impunha metas de redução da emissão dos GEE, em especial por parte dos países considerados desenvolvidos.

Contudo, indigitado protocolo não alcançou os resultados esperados, pois, algumas nações, grandes poluidoras e de relevância no cenário político internacional, como os Estados Unidos, não o ratificaram, e mesmo aqueles que o fizeram, em regra, deixaram de atingir os objetivos estipulados.

Diante da ineficácia do Protocolo de Kyoto e da acentuação do aquecimento global, os países foram obrigados a rediscutir as metas propostas e os mecanismos adotados. Após longo período de

conflitos e divergências foi concluído, na COP 21 realizada em Paris, um novo acordo sobre as mudanças climáticas. No qual cada país, através das contribuições nacionalmente determinadas, irá propor as ações que adotará para colaborar no enfrentamento ao efeito estufa.

Sendo que o Brasil, como um signatário desse novo acordo, produziu sua INDC, se comprometendo a reduzir as suas emissões de GEE. Uma das principais atitudes propostas para alcançar essa redução é voltada para o setor energético, que é o aumento da representatividade das energias renováveis na matriz energética nacional.

Referido setor é responsável, em nível mundial, por grande parte das emissões dos poluentes atmosféricos, com destaque para a poluição ocasionada pela utilização de combustíveis fósseis.

O Brasil, apesar de estar acima da média mundial em relação à participação das energias renováveis em sua matriz energética, ainda tem muito a evoluir, pois, depende de maneira preocupante das usinas hidrelétricas para a produção de energia.

É preciso diversificar suas fontes, priorizando as renováveis, para que o país não seja totalmente vulnerável as intempéries climáticas que interferem no funcionamento das hidrelétricas, que de igual forma estão suscetíveis aos efeitos negativos da degradação ambiental e do aquecimento global.

A partir dessa constatação apresenta-se a energia produzida através da irradiação solar como uma fonte renovável capaz de contribuir para a redução das emissões do GEE, por não os emitir durante a fase de produção de energia, e de igual forma apta a garantir o provisionamento elétrico.

Entretanto, a implantação dessa modalidade se encontra num estágio incipiente no país. Não apresentando, ainda, relevância no total de energia produzida. Necessitando de maiores incentivos e a adoção de políticas públicas para que ganhe maior representatividade na matriz energética nacional.

O país é privilegiado em relação aos níveis de irradiação solar que o atingem a todo o instante e ainda por encontrar em seu território os principais minerais para a fabricação das placas solares. Já comprovados os benefícios e a viabilidade dessa fonte de energia é preciso que se invista na sua implantação, como forma de atingir as metas propostas no acordo de Paris.

Referências

ABRANCHES, Sérgio. A COP 15: apontamentos de campo. **Estudos Avançados**, 24 (68), 2010, pp. 121-132.

APREN, 2017. Disponível em: <http://www.apren.pt/pt/energias-renovaveis/o-que-sao/>. Acesso em: 14 jun 2017.

ARAÚJO, João Lizardo de. A questão do investimento no setor elétrico brasileiro: reforma e crise. **Nova economia**, v. 11, n. 1, 2009.

BARDELIN, Cesar Endrigo Alves. **Os efeitos do racionamento de energia elétrica ocorrido no Brasil em 2001 e 2002 com ênfase no consumo de energia elétrica**. 2004. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Potência) - Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3143/tde-23062005-084739/publico/DissertRacionamento.pdf>> Acesso em: 14 de junho de 2017.

BENJAMIM, Antônio Hermann. **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos**. São Paulo: Instituto “O direito por um planeta verde”, 2000.

BRASIL. **Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada Para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDCportugues.pdf> Acesso em: 15 de junho de 2017

BRASIL, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Estimativas anuais de emissões de gases de efeito estufa no Brasil**. 2 ed. 2014. Disponível

em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0235/235580.pdf> Acesso em: 15 de junho de 2017.

BRASIL, Empresa de Pesquisa Energética. **Balço Energético Nacional 2016**– Ano base 2015: Relatório Síntese. Rio de Janeiro, EPE, 2016a.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia. **Participação de renováveis na matriz energética brasileira é três vezes superior ao indicador mundial**. 2016b. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticias/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/participacao-de-renovaveis-na-matriz-energetica-brasileira-e-tres-vezes-superior-ao-indicador-mundial> Acesso em: 13 de junho de 2017.

BRASIL. Portal Brasil. Meio Ambiente: Acordo de Paris sobre o clima entra em vigor nesta sexta. 2016c. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2016/11/acordo-de-paris-sobre-o-clima-entra-em-vigor-nesta-sexta-4>> Acesso em: 20 jun 2017.

BRASIL, Agência Nacional De Energia Elétrica - ANEEL. **Atlas de Energia Elétrica do Brasil**, 2. Ed. Brasília: ANEEL, 2005. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/pdf/03-Energia_Solar\(3\).pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/atlas/pdf/03-Energia_Solar(3).pdf)> Acesso em 26 fev.2017.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia – MME. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético – Núcleo de Estudos Estratégicos de Energia. **Ranking Mundial de Energia e Socioeconômica**. 2015.

CARBON TRACKER INITIATIVE DE LONDRES, 2017. Disponível em: <<http://www.xn--energiasrenovveis-jpb.com/>>. Acesso em: 06 jun 2017.

DUBOIS, Sandrine Maljean, MOROSINI, Fabio Costa . **Mudanças Climáticas: os desafios do controle do Direito Internacional Ambiental e do Protocolo de Kyoto em Particular**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, . v.13 . n.26 . p.199 . Maio/Agosto de 2016.

FIORILLO, C. A. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA. **Desmatamento da Mata Atlântica cresce quase 60% em um ano.** Disponível em: <https://www.sosma.org.br/106279/desmatamento-da-mata-atlantica-cresce-quase-60-em-um-ano/>. Acesso em: 08 jul.2017.

FRANCO, A. C.; TOLEDO, A. P. **Desenvolvimento Sustentável: Licenciamento Ambiental no Brasil, a PEC 65 e outros Projetos de Lei.** Constituição e Democracia III. Organização CONPEDI/UNICURITIBA. Coordenadores: André Parmo Folloni, Julia Maurmann Ximenes, Ricardo Dos Reis Silveira. Florianópolis: CONPEDI, 2016

GALLOPÍN, Gilberto. **Sostenibilidad y desarrollo sostenible: um enfoque sistêmico.** CEPAL. Nações Unidas: Santiago, 2003.

INSTITUTO ACENDE BRASIL. **Energia.** 12^a. Ed. [s.e]: São Paulo, 2011.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA. **Almanaque Brasil Socioambiental: uma nova perspectiva para entender a situação do Brasil e a nossa contribuição para a crise planetária.** 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL DA AMAZÔNIA - IPAM. **Sobre o desmatamento na Amazônia, a Noruega e nosso patrimônio comum.** Disponível em: <<http://ipam.org.br/nota-publica-sobre-desmatamento-na-amazonia-noruega-e-nosso-patrimonio-comum/>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

LÜCKMAN, Ana Paula. **Educação, jornalismo e meio ambiente: leituras sobre a crise ecológica no contexto do aquecimento global.** In: REUNIÃO ANUAL DA ANPED, 30., 2007, Caxambu. Anais... Caxambu, ANPEd. p. 1-16.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** Malheiros Editores: São Paulo, 2009, pp.160; 286.

MEDAUAR, O. **Coletânea de Legislação Ambiental.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 8^a Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

MMA & CONAMA. **Resoluções do CONAMA**: Resoluções vigentes entre Julho de 1984 e novembro de 2008 - 2ª. Ed. Conselho Nacional de Meio Ambiente: Brasília, 2008.

MMA& UNESCO. **Legislação Ambiental Básica**. Brasília: MMA e UNESCO, 2008.

MMA, 2017. **Conferência das Partes**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/conferencia-das-partes>>. Acesso em: 10 jun 2017.

PIETRACCI, Breno. **Posicionamento estratégico das distribuidoras de energia elétrica no Brasil**. 2007. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9861@1> Acesso em: 14 de junho de 2017.

PORTAL SOLAR. **Energia Sustentável**: tudo que você precisa saber. Disponível em: <http://www.portalsolar.com.br/blog-solar/energia-renovavel/energia-sustentavel--tudo-o-que-voce-precisa-saber.html>>. Acesso em: 07 jul 2017

PROTOCOLO DE KYOTO, 2017. Conferências sobre o Meio Ambiente. Disponível em: <http://protocolo-de-kyoto.info/conferencias-sobre-meio-ambiente.html>. Acesso em: 24 mar. 2017.

REIS , DARTISSON DE CASTRO, 2015. **Análise Crítica dos Processos de Licenciamento das Usinas Fotovoltaicas**. Dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica da Escola de Engenharia da Universidade Federal de Minas Gerais. UFMG. 2015.

SALAMONI, Isabel Tourinho. **Um programa residencial de telhados solares para o Brasil**: diretrizes de políticas públicas para a inserção da geração fotovoltaica conectada à rede elétrica. 2009. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina. 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92659>> Acesso em: 14 de junho de 2017.

SAUER, Ildo Luís. A gênese e a permanência da crise do setor elétrico no Brasil.

Revista USP, n. 104, p. 145-174, 2015. Disponível em:
<<http://www.periodicos.usp.br/revusp/article/download/106763/10540>
> Acesso em: 14 de junho de 2017.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno (Coord.). **Energia Renovável: Hidráulica, Biomassa, Eólica, Solar, Oceânica**. Rio de Janeiro: Empresa de Pesquisa Energética, 2016.

UNFCCC, C. F. **Adoption of the Paris Agreement**. I: Proposal by the President (Draft Decision), United Nations Office, Geneva (Switzerland), 2015. Disponível em:
<<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf>> Acesso em: 11 de julho de 2017

WORLD WILDLIFE FUND - WWF, 2017. **Mudanças Climáticas**. Disponível em:
<http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/clima/mudancas_climaticas2/>. Acesso em: 13 jun 2017.

Processo e responsabilidade ambiental

*César Augusto Cichelero**

*Moisés João Rech***

Considerações iniciais

Na instituição do direito, a introdução da ciência ecológica gerou uma nova área, conhecida como direito ambiental. Entretanto, o conflito entre a ciência jurídica tradicional – pautada em uma dogmática antropocêntrica e individualista – e a ciência do meio ambiente – que rechaça o antropocentrismo e o individualismo – demonstra como, cada vez mais, é necessária a busca por uma “epistemologia da complexidade” (OST, 1995, p. 280). Diante disso, o presente trabalho tem como tema o processo a responsabilidade civil ambiental. A justificativa para este estudo é a compreensão de que as atividades humanas, no mundo contemporâneo, comportam uma possibilidade lesiva inimaginável, o que requer uma fundamentação teórica mais adequada para ambos, em respeito à Constituição Brasileira.

Visto que esta é uma temática abrangente, optou-se por, primeiramente fazer um recorte crítico dos limites de uma responsabilidade ambiental fundamentada nos direitos e na esfera jurídica, que parte da visão majoritária (e tradicional) doutrinária do bem ambiental. A partir disso, o objetivo deste estudo é

* Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Direito (2017) pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista Capes. Advogado.

** Mestre (2017) e Bacharel em (2015) em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor do curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul.

identificar os limites neste modelo de responsabilidade, propondo que, somente através de uma responsabilidade civil ambiental fundamentada em instituições sociais é possível dialogar com o estatuto jurídico do bem ambiental como patrimônio, tal qual desenvolvido por François Ost e almejar uma concepção mais elevada de responsabilidade. Posteriormente, com esta base teórica, buscar-se-á discutir a matriz teórica do processo civil ambiental, tendo como objetivo realizar uma crítica ao processo de caráter individualista e em um segundo momento trazer elementos que norteiam um processo de natureza democrática e constitucional (um processo coletivo e possível de tutelar o bem ambiental).

Para este trabalho será adotado o método dialético, pois, um dos pressupostos da crítica e da dialética é que estas possam, constantemente, ser revisadas e possuírem mecanismos de autocrítica. Dessa forma, é possível uma constante atualização e evolução do método dialético crítico, constituindo-se este, então, como um aliado para aqueles que buscam uma alternativa no pensar jurídico além da visão positivista, ou seja, a dialética se dá no sentido de entender os fenômenos estruturais da sociedade. O procedimento instrumental a ser utilizado é, essencialmente, a pesquisa bibliográfica do arcabouço teórico definido, além de legislação pertinente.

1. Responsabilidade civil pelo bem ambiental

O conceito de meio ambiente é, evidentemente, social e cultural. É por intermédio da ação criativa do ser humano que é possível determinar aquilo que deve e aquilo que não deve ser entendido como meio ambiente. Uma das grandes dificuldades deste tema está no fato de que a ideologia liberal sempre buscou acentuar a dicotomia entre o ser humano e a natureza, dicotomia esta necessária para que o modo de produção capitalista pudesse justificar a apropriação de matéria-prima, para que pudesse

justificar a transformação das realidades naturais em proveito da indústria e da acumulação de capital (ANTUNES, 2014).

Entende-se que até meados da década de 70, a maneira como as normas brasileiras faziam menção ao meio ambiente era como se este fosse mero “recurso econômico”, ou seja, como um meio para a satisfação das necessidades humanas (BARACHO JÚNIOR, 1999, p. 183). Em outras palavras, durante muito tempo os bens ambientais foram considerados secundários e de subserviência ao ser humano, que estava no eixo central do universo. As primeiras normas relativas ao meio ambiente surgem impregnadas por essa visão antropocêntrica.

Nesse período o ambiente era protegido de forma secundária, devido a esta concepção antropocêntrica e econômica. O ambiente não era tutelado de modo autônomo, senão apenas como um bem privado e, cujo maior intento era proteger o interesse privado e financeiro do bem pertencente ao indivíduo. A preocupação com os bens ambientais era de intenção individualista, fazendo uso do direito de propriedade. O meio ambiente, que era percebido como *res nullius*, quando passava a ter valor econômico, passava a merecer uma tutela. (RODRIGUES, 2008, p. 126).

Com o passar do tempo e a evolução das normas ambientais, o meio ambiente deixa de ser tratado como mero “recurso”. O impulso inicial deste movimento está na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. A Lei 6.938 de 1981, a referida lei introduziu um novo tratamento normativo para o meio ambiente. Um ponto é porque ela não entende o ambiente como atomizado, mas, considera o ambiente como um bem único, imaterial e indivisível, de tutela autônoma. O conceito de meio ambiente adotado pelo legislador não adota uma visão exclusivamente antropocêntrica, deslocando para o foco da proteção ambiental todas as formas de vida. Pode-se afirmar, então, este um marco da adoção de uma concepção mais biocêntrica do meio ambiente nas normas. Em outras palavras,

existe uma expressa vontade do legislador em colocar a proteção de todas as formas de vida no plano primário das normas ambientais. Essa evolução da norma é lembrada por Ost (1995), quando afirma que nos primeiros tempos da proteção da natureza, o legislador se preocupava exclusivamente com certa espécie ou espaço, ao contrário, hoje se chega à proteção de objetivos infinitamente mais abstratos e mais englobantes, como o clima ou a biodiversidade. Contudo, o autor adverte que estes progressos – ainda que meritórios – ficam aquém das exigências reais de uma política ecológica.

É possível, diante disso, entender uma tendência restritiva do meio ambiente, que inclua apenas os recursos naturais tais como a água, solo, flora e fauna. Do mesmo modo, haveria uma tendência um pouco mais ampla, com a inclusão dos bens culturais, como o patrimônio histórico. Além disso, outra versão mais extensa abarca problemas de política social, como a pobreza ou a moradia e a qualidade de vida em geral. Finalmente, uma última tendência se detém no conceito de qualidade de vida, como contendo o conjunto de coisas e circunstâncias que rodeiam e condicionam a vida do homem. O problema de uma definição é que ela pode incluir inúmeros elementos que integram o seu conceito, definindo o que é bom, sendo contudo, ainda assim insuficiente, já que sempre haverá algum aspecto não incluído ou outro novo que se deve incluir. (LORENZETTI, 2010).

No ensinamento de Lorenzetti (2010), deve-se distinguir entre o macrobem; e os microbens ambientais. Para este autor, o meio ambiente é um macrobem, sendo assim, um sistema, o que significa que ele é mais que suas partes, ou seja, é a interação de todas elas. A já referida Lei 6.938 é um exemplo claro desta concepção, pois dispõe que se entende por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite reger a vida em todas as suas formas. Por outro lado, os microbens são as partes separadas do meio ambiente, que em si mesmos possuem as características

de subsistemas, apresentando tanto relações internas entre suas partes, quanto relações externas com o macrobem.

Ante o exposto, necessário frisar que Constituição Federal define o meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. A doutrina clássica e o Código Civil brasileiro consideram que bem de uso comum do povo é uma espécie de bem público, nesse entendimento, o meio ambiente seria uma espécie de bem público. Contudo, a posição da Constituição configurou uma nova realidade jurídica, disciplinando um bem que não é público nem particular. Nas palavras de Leite (2014), o meio ambiente deve ser separado da definição de bens públicos do Código Civil. Afinal, o bem ambiental, na figura do macrobem é um bem de interesse público, a título autônomo e como disciplina autônoma. A constituição inseriu o meio ambiente como *res communes omnium*, separando-o de uma visão de bem público e, também, superando a sua tradicional classificação como *res nullius*. Assim, segue-se o exposto por Silveira (2014, p. 155) quando afirma que “é juridicamente pacífico que, quando a legislação posterior à CRFB refere-se ao bem ambiental como bem público, lê-se ‘bem de uso comum do povo’”¹.

Portanto, o meio ambiente é um bem jurídico autônomo e unitário, que não se confunde com os diversos bens que o integram. Assim, o bem jurídico meio ambiente não é um simples somatório da flora, da fauna, dos recursos hídricos e dos recursos minerais. O meio ambiente vai além, afinal este conjunto de bens adquire uma particularidade jurídica que é derivada da própria integração ecológica de seus elementos componentes. Meio ambiente é, por conseguinte, uma *res communes omnium*, de natureza imaterial. Sendo uma coisa comum a todos, sua fruição

¹ Importante pontuar que para o mesmo autor, em outro estudo, “muito embora a Constituição brasileira não utilize a expressão patrimônio comum ecológico, ou outra equivalente, o contexto constitucional é perfeitamente coerente com esta noção, a qual Ost pretende retomar em sua Filosofia da natureza e do Direito, e que guarda grandes possibilidades interpretativas”. Concorde-se, neste artigo, com este estudo, que o texto constitucional é coerente com a teoria firmada por Ost.

enquanto bem jurídico meio ambiente é sempre de todos, da sociedade. Por outro lado, o dever jurídico de proteger o meio ambiente também é de toda coletividade, tanto de forma individual, através de associações, pela figura do Ministério Público ou pelo próprio Estado. (ANTUNES, 2014). Compreendido o meio ambiente, próximo momento deste estudo é analisar como se dá a responsabilidade civil deste meio.

Como pontua Paulo de Bessa Antunes (2014, p. 491), ainda que muito se tenha escrito sobre a responsabilidade ambiental, é fato que se está longe de compreendê-la em todas as suas dimensões. Afinal, o meio ambiente é um tema cujas fronteiras não estão bem delineadas e, conseqüentemente, os seus limites jurídicos também não estão claramente definidos. A título introdutório, deve-se ter em mente que a palavra responsabilidade deriva etimologicamente de responsável, que se origina do latim *responsus*, do verbo *respondere* (responder), o que, em si, reforça a ideia de reparação. Logo, a primeira ideia associada à de responsabilidade é a da compensação pelo dano sofrido. Necessário ressaltar que a responsabilidade, no sistema jurídico brasileiro, decorre de lei, contrato ou ato ilícito. E pode ser dividida em responsabilidade ambiental civil, penal e administrativa.

A responsabilidade civil parte da ideia de que o normal em nossa sociedade é que não existam lesões causadas por um indivíduo sobre outro. Assim, a responsabilidade caracteriza-se como a obrigação de reparar um dano decorrente de um ato lícito ou ilícito. Tal instituto, então, está intimamente vinculado ao direito das obrigações, afinal a indenização decorrente da responsabilidade é uma obrigação na qual o autor do dano ressarcir aquele que foi lesado. (CARVALHO, 2008, p. 76)

A responsabilidade civil é subjetiva ou objetiva e quanto a essa divisão é necessário tecer algumas considerações. Pode-se identificar os elementos da responsabilidade civil subjetiva através

da análise dos artigos no 186² e 927³ do Código Civil Brasileiro de 2002, quais sejam - a conduta do autor, o nexo de causalidade, o dano e a culpa. Primeiramente é importante ressaltar que para existir a responsabilidade é necessário que aconteça um fato - ação ou omissão humana - e que esse fato atinja um direito de outrem, ou seja, que o fato seja antijurídico. Além disso, é necessário que esse fato tenha ocasionado danos, não meramente atingido o bem juridicamente protegido e que esse fato possa ser imputado a um responsável, independente de culpa ou dolo.

O pressuposto da culpa, na responsabilidade civil, abrange tanto a existência de dolo quanto os fatos praticados sem intenção de causar dano. Assim, a responsabilidade civil está baseada na culpa em sentido amplo ou na culpa em sentido estrito, a culpa *latu sensu* é aquela na qual o agente age com dolo, ou seja, o autor da conduta dolosa desejava agir daquela maneira e buscava o resultado atingido. Por outro lado, a culpa *strictu sensu* é aquela na qual o sujeito pode até desejar praticar a conduta de uma determinada maneira, mas não deseja o fim alcançado, ainda, é culpa *strictu sensu* a negligência, a imprudência e a imperícia.

A existência do dano, como dito anteriormente é necessária para a configuração da responsabilidade, mas, indo além, é preciso que o dano seja indenizável. Afinal, não há responsabilidade sobre um dano que não esteja configurado no momento presente e seja mera expectativa. Um dos requisitos para que o dano seja indenizável é que ele atinja um bem jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica. Com essa divisão, pode-se classificar o dano em patrimonial e extrapatrimonial. O dano patrimonial - ou material - é aquele que causa a perda ou a deterioração de um bem com valor econômico definido (ou passível de definição) e que pode retornar ao seu

² “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

status quo após a indenização. Já o dano extrapatrimonial – ou moral – é aquele que recai sobre um bem que em princípio não tem caráter econômico e não retorna ao status quo, mesmo após a indenização.

Por fim, o nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre o ato praticado pelo agente e o resultado. Em outras palavras, é o nexo causal que une o fato, o dano e o sujeito. Então, para que se caracterize a responsabilidade civil de um determinado sujeito, não é suficiente que este tenha praticado um ato antijurídico, e nem mesmo que tenha ocorrido algum dano, pois é imprescindível que o dano tenha sido causado por este ato específico praticado pelo agente e que exista entre ambos uma necessária relação de ação e reação.

A responsabilidade civil objetiva por outro lado, ao contrário da subjetiva, não requer que o ato tenha sido praticado mediante culpa pelo sujeito. Como expõe o parágrafo único⁴ do artigo 927 do Código Civil de 2002, independe de culpa a responsabilidade, pois o agente assume os riscos que seus atos ocasionam. Ainda que a responsabilidade objetiva venha ganhando força no meio jurídico nacional, para sua aplicação é mister a existência de lei regulamentadora, por isso, a regra geral é de que aconteça a aplicação da responsabilidade subjetiva. A Constituição Brasileira de 1988 estabelece, no § 3º do artigo 225, a responsabilidade por danos ao meio ambiente, embora não expresse seu caráter como subjetivo ou objetivo. Esta questão restou delegada para a legislação ordinária, que a definiu como objetiva, conforme a leitura do parágrafo primeiro⁵, do artigo 14, da Lei 6.938/81.

⁴ “Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁵ Artigo 14, § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados

Desse modo, resta claro que a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, no sistema jurídico brasileiro, é matéria que goza de status constitucional e que “o sistema de responsabilidade por danos ao ambiente adquire uma função específica: garantir a conservação dos bens ecológicos protegidos” (STEIGLEDER, 2004, p.177-178). A simples leitura do dispositivo mencionado, deixa claro o principal objetivo deste instituto, qual seja, a reparação do dano causado ao meio ambiente. Contudo, a partir da objetivação da responsabilidade civil se apresenta, mesmo na estrutura genérica do instituto, o surgimento de uma função, então secundária, preventiva⁶ (CARVALHO, 2008, p. 76). Em outras palavras, conforme exposto por Silveira, “os mecanismos inibitórios possibilitados pela legislação e desenvolvidos por criação teórica conferem ao instituto responsabilidade, primordialmente reparatória, uma importante vocação preventiva.” (SILVEIRA, 2014, p. 220).

Porém, ainda que se adote a responsabilidade civil objetiva diversos obstáculos têm se apresentado como impedimentos, dificultando a efetivação deste instituto. O primeiro deles, diz respeito à identificação do poluidor, o segundo diz respeito ao nexo de causalidade, qual seja, a prova da relação de causa e efeito, que fica demasiadamente difícil quando se está diante do fenômeno da poluição – tendo em vista as variantes do tempo e do espaço, e o terceiro diz respeito a solvabilidade do poluidor, ou seja, não basta encontrar o poluidor e estabelecer o nexo causal, é preciso que o mesmo possua capacidade de arcar com o prejuízo causado ao meio ambiente (RODRIGUES, 2008, p. 132). Diante disso,

terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

⁶ A função preventiva era apenas vislumbrada a partir da constatação de que a facilitação para a atribuição da responsabilidade sem a necessidade de comprovação de culpa apresentava uma advertência às condutas arriscadas e um estímulo para aquelas consideradas seguras (CARVALHO, 2008, p. 76).

concorda-se com Ost (1995) quando ele expõe a necessidade de a responsabilidade ecológica ser repensada.

Quando se pensa a responsabilidade civil ambiental, deve-se ter em mente que ela está inserida no seio de uma relação jurídica, onde os atores agem de forma solitária, com objetivos que, *a priori*, podem ser considerados apenas estratégias (HONNETH, 2015). O emprego do instituto da responsabilidade civil, apenas dentro da esfera jurídica, cria apenas uma espécie de estado de interrupção do agir comunicativo, desta situação decorre que um tipo mais elevado de responsabilidade deixe de surgir. Pensar a responsabilidade civil em termos meramente jurídicos faz com que a natureza, transformada em objeto de regulamentação e de gestão, não deixe de ser tratada como objeto. Logo, ela continua sendo apropriada e de modo cada vez mais complexo, pela imbricação de estratégias privadas e interferências públicas (OST, 1995, p. 133).

O que se pretende é, portanto, ir além da exposição que fazem Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 84) quando afirmam que a responsabilidade carece, especialmente para o efeito da dedução de sanções concretas e medidas de natureza organizatória e procedimental, de densificação, especialmente no plano da normativa infraconstitucional, mas também mediante a prática decisória dos Tribunais. Logo, ir além, neste ponto, significa sustentar que a responsabilidade necessita de fundamentação extrajurídica em instituições, onde ela pode ser ancorada normativamente, como pressuposto para a relação com o meio, com o projeto, com o patrimônio, tal qual pretende Ost. Em outras palavras, para uma responsabilidade que guarde conexão com um conceito de meio ambiente – tal qual Ost propõe – é necessário que esta tenha como base esferas de ação mais profundas e elevadas que a das relações jurídicas.

2. A responsabilidade do meio ambiente enquanto patrimônio

Com o objetivo de superar as dificuldades em implementar uma concepção mais elevada de responsabilidade civil ambiental, sustenta-se que é necessário analisar a proposta do instituto jurídico do patrimônio⁷ apresentado por Ost (1995). O autor belga busca construir um estatuto jurídico que esteja à altura da complexidade do paradigma ecológico, em outras palavras, que concilie a luta dialética que acontece nas relações do homem com a natureza.

O patrimônio é, em vista disso, o estatuto que concilia a responsabilidade na produção, no consumo, perante as gerações futuras, respeitando os ciclos, processos e equilíbrios da capacidade de regeneração dos recursos pela própria natureza. Logo, só poderia o patrimônio ser um conceito transtemporal e translocal. Transtemporal pois é, simultaneamente, de hoje, de ontem e de amanhã, como uma herança do passado que, transita pelo presente e se destina a ao futuro. É a herança das gerações passadas, transmitido como recurso para as gerações presentes e, é também, a garantia das gerações futuras, em relação às quais se contrai a dívida de transmissão (na forma de responsabilidade). Translocal pois está presente em todos os locais, é ubíquo, uma vez que os recursos naturais transitam através da propriedade jurídica tradicional e transcendem-na, na medida em que um interesse mais geral as finaliza (OST, 1995).

Para Ost (1995, p. 338), conceber a responsabilidade em relação às gerações futuras sob a forma da transmissão de um patrimônio é estabelecer uma relação com a ideia kantiana de humanidade, o que segundo o autor reintroduz, na apresentação

⁷ “O patrimônio inscreve-se, simultaneamente numa lógica pecuniária e numa racionalidade simbólica; ele surge, simultaneamente alienável e inalienável, dentro e fora de comércio, consoante o considerarmos sob o ângulo do conteúdo ou do continente, do parcial ou do global. Ele produz-se como um feixe de interesses, mas também como um conjunto de encargos, respondendo uns aos outros; ele implica, ao mesmo tempo, ser protegido e gerido, conservado e administrado; ele acomoda-se à sobreposição num mesmo espaço de diversas prerrogativas distintas, remetendo para utilizações e titulares diferentes – o patrimônio, diremos, é como um nimbo, lançado em nome do interesse geral, sobre bens e coisas, relevando ora da propriedade privada, ora do domínio público, ora da soberania nacional, ora do regime internacional.” (OST, 1995, p. 354).

do mecanismo, uma certa dose de simetria e de equilíbrio próprio da justiça comutativa. Dito de outra forma, se a obrigação com o meio ambiente é incondicional, não é, contudo, necessariamente unilateral. Este modelo tem, segundo Ost, a vantagem de fornecer um quadro filosófico adequado para uma transcrição jurídica, sob a forma de “patrimônio comum da humanidade”, de *trust*, de “coisas comuns” e de responsabilidade objetiva. Então, o conceito de patrimônio, segundo o autor, se reveste “originalmente de uma incontestável conotação doméstica: trata-se, da parte do pai – dos bens, sem dúvida, mas também de um estatuto, um papel, uma simbólica, que se transmite de geração para geração” (OST, 1995, p. 338).

Fazer uso do estatuto jurídico do patrimônio, segundo Ost (1995), com o objetivo de pensar a responsabilidade ecológica apresenta assim inúmeras vantagens. O autor entende que os sujeitos que resistem à ideia de assumir uma responsabilidade em relação as gerações futuras, aceitam muito mais naturalmente o princípio de uma responsabilidade em relação aos seus antepassados, que transmitiram o patrimônio ecológico. Dessa forma, a ideia de responsabilidade se vira, de forma marcante, para o futuro, “em lugar de procurar os culpados das ações passadas, ela serviria para definir o círculo das pessoas solidariamente investida de novas missões” (OST, 1995, p. 309). Além disso, a extensão da responsabilidade para as gerações futuras deveria vir acompanhada de exigências maiores com a preservação no longo prazo, em vez de a geração atual se contentar com as facilidades do consumo no curto prazo.

Contudo, com fundamento em Honneth (2015), a instituição do agir na esfera jurídica se mostra insuficiente como local apropriado para a transmissão do patrimônio e o desenvolvimento da responsabilidade teorizada por Ost (1995). Uma vez que, o ordenamento jurídico só obtém a aprovação dos indivíduos quando está em condições de satisfazer às expectativas individuais de cada um deles. Em tal ordenamento jurídico, os

sujeitos não possuem a oportunidade de, conjuntamente, verificar e renovar sua anuência às leis, ou seja, a esfera jurídica não permite que os cidadãos sejam os autores e os renovadores de seus próprios princípios jurídicos (HONNETH, 2015, p. 55-56). Diante disso, utilizando a teoria de Honneth não seria a responsabilidade civil, fundada na esfera do direito, o instrumento que salvaguardaria um meio ambiente concebido como patrimônio. Para tanto, seria necessário que os sujeitos, no seu relacionamento entre si e com o meio, façam uso de instituições que permitam uma relação de maior intersubjetividade e reconhecimento, onde o indivíduo necessite justificar suas ações perante um ponto de vista adicional e de grau mais elevado que o jurídico, o que, portanto, lhe atribuiria um interesse na cooperação com todos os demais (HONNETH, 2015, p. 55-56).

As instituições que servem como base para uma responsabilidade civil ambiental mais elevada são aquelas onde os indivíduos estão em tal reconhecimento recíproco que as finalidades dos seus atos podem ser compreendidas sempre como condição de satisfação dos objetivos de ação de sua contraparte. Afinal, os sujeitos podem vivenciar a realização de seus desejos como algo que é, também, desejado ou aspirado pelos outros na esfera da realidade social. As expectativas de comportamento dos indivíduos dentro dessas instituições relacionais são institucionalizadas sob a forma de papéis sociais que, normalmente, asseguram uma correta integração das atividades no cumprimento dos respectivos papéis. Desse modo, as ações, que em si são inconclusas, complementam-se na reciprocidade da ação conjunta prevista por todos os participantes (HONNETH, 2015).

Então, a proposta é de que a responsabilidade ambiental alcança uma realidade socialmente experimentável e socialmente vivida em complexos institucionais com obrigações de papéis complementares. Isto significa, em outras palavras, que é possível falar em responsabilidade civil ambiental somente no contexto de obrigações sociais que surgem quando o indivíduo desempenha

certos papéis sociais. Afinal, um grau elevado de responsabilidade ecológica, tal qual Ost imagina, não pode ser pensado tendo como base o sujeito isolado do contexto social no qual ele está inserido, esta responsabilidade só pode ser vivida em tal contexto, isto é, na interação com outros indivíduos – e por intermédio das instituições garantidoras de tal reconhecimento intersubjetivo.

3. Pensar o processo democraticamente

Na democracia constitucional brasileira, os problemas da sociedade precisam ser resolvidos mediante decisões democraticamente legitimadas. Ocorre que os direitos constitucionais, como é o caso do direito ao meio ambiente, são normas abertas, com conteúdo que precisam ser definidos pelo agir da sociedade, respeitado o contexto histórico. Posto isto, diante de embates no campo do direito constitucional ao meio ambiente, é o poder judiciário (e não a sociedade) que é chamado a tomar decisões e dar sentido concreto acerca de valores constitucionais que são tratados de forma genérica e abstrata na Constituição Federal. Desse modo, o que se apresenta é o fato de a esfera de agir jurídica ser uma instituição social que pode dificultar os processos políticos democráticos, preterindo uma decisão político-democrático, por uma decisão técnico-jurídica. Afinal, O modelo atual de processo tutela tão-somente o contencioso individualizado, vinculado a uma matriz contratualista, liberal e burguesa. (MARIN, 2012, p. 87).

A percepção das crises do Estado na pós-modernidade que deflagram a busca pela identidade perdida, decisivamente influenciada pelo modelo racionalista-liberal, põem-se como condição de enfrentamento da inefetividade do ato decisional. Nesse contexto, o paradigma liberal-individualista registra um conflito permanente com o modelo de Estado Social, que privilegia a tutela dos direitos difusos-coletivos. Assim, segundo Marin, o *Welfare State* produziu mutações no modelo liberal, inserindo a

igualdade no rol de direitos a serem tutelados. Desse modo, a superação do paradigma privatista-formalista constitui-se no primeiro passo para o abandono do conformismo provocado pelo liberalismo, o qual recolhe a força de trabalho da sociedade e oferta migalhas, estimulando a satisfação artificial de uma realidade excludente (MARIN, 2009, p. 17-18). Além, segundo o autor, a prevalência do critério econômico nas decisões estratégicas do Executivo tem influenciado, também, o fundamento decisório dos tribunais, especialmente quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que tem se colocado como corresponsável na asseguuração da estabilidade econômica do país. (MARIN, 2015, p. 29).

O principal motivador da crise jurisdicional, para Marin (2015), é a ausência de um perfil democrático na atividade judicante, o que retira a legitimidade social e ética do procedimento. Esse caráter individual do direito é fruto de um Estado ocidental e acarreta no fenômeno da *funcionalização do direito*⁸, onde o direito perde autonomia e se torna mero serviçal da economia, da política e do Executivo. Dentro da crise jurisdicional, é preciso, também, reconhecer que o sujeito contemporâneo não se afastou do *homo economicus* do século XVIII, ou seja, ainda é um sujeito de opções individuais irreduzíveis, conduzido pela “mão invisível” de que falava Adam Smith. Segundo Saldanha, essa foi a marca definitiva do chamado “processo civilizador” que inaugura a modernidade e teve como foco os indivíduos, quando os controles comunais foram substituídos pela capacidade de autocontrole daqueles sob o comando do pensamento racional, única manifestação de civilização. Atualmente, insiste-se em manter os instrumentos processuais a serviço desse individualismo, embora a realidade dos conflitos sociais aponte na direção inversa, isso é, na necessidade

⁸ Concepção desenvolvida por Castanheiras Neves e aderida por Ovídio Baptista da Silva e Jânia Saldanha, segundo Marin (2015, p. 42).

de que o processo saiba tratar coletiva e democraticamente as demandas da cidadania (SALDANHA, 2009).

Somado a isso, o Código de Processo Civil, norma basilar da disciplina processual, não fornece uma resposta jurídico-científica a altura do grau de complexidade e especialização que é exigida na tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Como afirmam Marin e Lunelli, o Código de Processo Civil está bem adequado às demandas individuais de proteção possessória, desse modo, por exemplo quando ocorre uma situação de esbulho em uma propriedade, o processo é célere e eficaz. Por outro lado, o mesmo não ocorre quando o esbulho é praticado por uma coletividade. Nesses conflitos de direito material, o processo não está adequado e é comum que se busquem soluções em áreas diversas, inclusive na esfera política, afinal existe uma percepção que a solução alcançada pelo processo está muito distante da natureza do conflito que se apresenta. (MARIN; LUNELLI, 2008, p. 23-24).

Esse desenho processual é, segundo Saldanha (2009, p. 52), inspirado do individualismo liberal que é avesso às tutelas coletivas – e a toda forma de coletivismo. Ainda segundo a autora, esta ineficácia da tutela individualizada pode em parte ser associada a um modelo de processo pensado para atender litígios individuais e de natureza privada no século XIX. Pois, o processo foi criado para resolver litígios entre devedores e credores, cujo resultado final não poderia deixar de ser apenas uma condenação, ainda que, em certa medida, esse modelo processual continue compatível com as demandas individualistas atuais. Porém, sensíveis são as diferenças relativamente às demandas condenatórias da época romana ou da sociedade industrial do século XIX. O século XX soube produzir relações jurídicas massificadas de toda ordem, sobretudo aquelas produzidas pelas relações de consumo, em que a figura do devedor-consumidor pode muito bem ser associada ao de um escravo dos tempos hipermodernos (SALDANHA, 2009).

A crítica ao individualismo também está presente em Honneth (2015), para o autor alemão é possível reconstruir normativamente a esfera jurídica a partir de duas perspectivas. A primeira delas se refere ao sistema do direito que garante aos indivíduos um espaço de autonomia privada, onde os sujeitos possam se resguardar de todos os deveres e vinculações para com os outros. O problema identificado é de que o emprego de um direito subjetivo cria uma forma de estado de exceção temporário, no qual aquilo que é tratado efetivamente na conformação de uma vida autônoma é de certo modo suspenso. Nesse estado, o sujeito jurídico não reflete sobre os objetivos individuais, nem os realiza de maneira ética, porque trata seus parceiros de interação apenas como atores com interesses estratégicos. Portanto, os direitos são usados como uma barreira às exigências de justificação que provêm dos outros indivíduos e, a partir disso, os indivíduos tendem a planejar e agir a partir de uma perspectiva de êxito diante de um tribunal. Diante do exposto, percebe-se como Honneth compreende a necessidade de não se confundir a liberdade individual com a liberdade jurídica.

Honneth (2015) denomina como primeira geração de direitos subjetivos, ou, os direitos liberais de liberdade, significa normativamente permitir ao indivíduo adotar uma posição de autocomunicação puramente privada, protegida pelo Estado. Desse modo, os direitos liberais de liberdade remetem conceitualmente a uma complementaridade dos direitos sociais – segunda geração –, que garantem aos indivíduos a medida de segurança econômica e bem-estar material necessários para explorar seus próprios objetivos de vida de maneira privada e afastando-se das conexões de cooperação social. É possível transpor a teoria do autor ao âmbito processual, entendendo como a defesa tradicional dos direitos de primeira e segunda geração como a defesa de direitos individuais por meio de um processo de matriz individual.

Por outro lado, se as duas primeiras classes de direitos erguem uma barreira de proteção, por trás do qual o indivíduo

pode se retirar, a terceira classe (direitos políticos) é construída para superar esse isolamento produzido. Assim, o conceito de direitos políticos remete a uma atividade que deve ser exercida em cooperação com todos os demais partícipes do direito. Portanto, as duas primeiras gerações de direitos só se realizam quando as pretensões por elas garantidas são aproveitadas para a construção de um eu privado, enquanto a terceira geração deve ser interpretada como um estímulo à cooperação e formação de uma vontade comum. E aqui, se insere o direito ao meio ambiente, como um direito que requer um processo voltado à cooperação e participação democrática.

Dessa forma, se faz necessária um grande movimento pela publicização da jurisdição, com o intuito de se romper com o individualismo, que, fruto do caráter liberal do direito, deita suas garras na modernidade, constituindo-se numa de suas principais características. (MARIN, 2009, p. 23). Afinal, “é preciso manter acesa a chama de sobrevivência dos espaços sociais, dando-se possibilidades de desenvolvimento dos ideais comunitários” (MARIN; LUNELLI, 2008, p. 25).

Inevitável observar atentamente os dizeres de Saldanha, afinal antes de investigar sobre que tipo de jurisdição ou de processo judicial se pretende para uma determinada sociedade, é inevitável observar qual o perfil de Estado que se deseja. Isso implica dizer que o direito, para além do simples texto de lei, tem sua substância moldada na Constituição e que o juiz, além de um funcionário público e de agente solucionador de um conflito intersubjetivo, é um sujeito de poder que, através da interpretação e da hermenêutica da norma, pode fazer valer os princípios constitucionais que fundamentam todo o ordenamento pátrio. Assim, toda e qualquer decisão deve se guiar pelos princípios constitucionais e buscar a efetivação dos direitos fundamentais, deste modo, o poder judiciário estaria exercendo sua função primordial, qual seja a consolidação dos valores esculpidos na Constituição. Resta, portanto, para a autora, a conclusão de que a

função jurisdicional (por excelência) não se contenta com o modelo de mera solução de controvérsias (de aspecto individualista) mas vai além desse paradigma, para alcançar a plena realização dos valores constitucionais (SALDANHA; ESPINDOLA, 2008, p. 54-55).

Contundo, a opção feita, no curto prazo foi pela reforma legislativa e não pela refundação do processo (ou do Estado), o que tem corroborado com a manutenção daquela matriz clássica do processo. Para as autoras, o Estado brasileiro, é um Estado que se diz “democrático de direito”, que se comporta, porém como um “liberal de direito”. E, ainda mais, esse Estado que se diz democrático, mas comporta-se como liberal, padece das crises de um Estado social, sem nunca ter alcançado o conteúdo deste. (SALDANHA; ESPINDOLA, 2008, p. 54-55).

De fato, este Estado constitucional que se imagina não deve ser teorizado apenas como um Estado de direito. Como entende Canotilho, se o princípio do Estado de direito é utilizado como separação entre Estados que têm aqueles que não têm uma constituição, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa se limitar a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de se constituir como um Estado de direito democrático, ou seja, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional deve ser organizada e exercida em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, portanto, uma das bases do Estado constitucional, pois, o poder político é aquele que deriva do poder dos cidadãos. Logo, o princípio democrático aponta no sentido constitucional, para um processo de democratização extensivo aos diferentes aspectos da vida econômica, social, cultural e se acrescenta aqui, ao que diz o autor português, processual. Afinal, a democracia é, no sentido constitucional, democratização da democracia (CANOTILHO, 2000).

Uma radical democratização da esfera jurisdicional se coloca como uma resposta possível à despolitização do mesmo, tendo em vista o pouco valor que se agrega socialmente à

perspectiva coletiva de processo, o que somente poderá resultar da superação do individualismo para que se reconheça o valor comunitário na modernidade. Contudo, para que tal fenômeno ocorra, todas as instituições do Estado deverão se transformar paradigmaticamente, pois estão acostumadas à necessidade de pensar segundo o modelo econômico, reforçando o individualismo. A superação do individualismo que pauta os mecanismos de atuação da jurisdição depende, portanto, de uma reforma social mais profunda. É que se o individualismo está enraizado na própria vida em sociedade, são os valores dessa (sociedade) que é necessário superar. Pensar as relações sociais em termos de atendimento dos interesses e necessidades da comunidade pode ser o primeiro passo para a revolução democrática da jurisdição. (SALDANHA, 2009).

A solução, portanto, passa por uma forma de repensar o Estado e aqui, este estudo se afasta completamente de uma solução contratualista para a jurisdição ambiental. Afinal, esta solução carrega *a priori* críticas, a primeiro se dá pela observância de uma certa contradição, onde se busca resolver a matriz racionalista/individualista do Estado (e do processo, conseqüentemente) com uma matriz teórica igualmente racionalista/individualista, ora, se para fundar o contrato social, os sujeitos (atômicos e racionais) deliberam e elegem as normas que guiarão a construção de uma forma desejada de Estado, não é possível esperar que no passo seguinte o Estado (e o processo) se guiam por um paradigma que não seja o mesmo de sua concepção, racionalista e individualista.

Uma outra constatação parte de Honneth (2015), para quem quase todas as teorias que tentam chegar a uma ideia de ordenamento justo do Estado, optando pela utilização de uma concepção contratualista, partem de um instrumento ficcional de estado de natureza. O entendimento do autor é de que ficticiamente é possível compreender os indivíduos nesse estado de natureza como atores que desejam agir com o mínimo de

restrições, fazendo tudo ao seu parecer. Como resultado dessa perspectiva, o homem é entendido como um ser atômico, que não possui interesse além de agir sem restrições segundo suas próprias preferências circunstanciais. Dessa forma, a concepção de um Estado justo parte de um questionamento experimental intelectual dos sujeitos em estado de natureza, em outras palavras, só pode ter validade o ordenamento jurídico que demonstre hipoteticamente que no estado pré-contratual todos os sujeitos poderiam aceitá-lo.

O modelo contratual de concepção do Estado, então, afeta a concepção de justiça desenvolvida a partir dele. Nesse entendimento, os sujeitos recorrem a cálculos de utilidade puramente individuais no seu agir, pois estes só têm interesse somente na proteção e garantia de sua própria margem de liberdade. Assim, o ordenamento justo é aquele que esteja em condições de satisfazer as expectativas individuais de cada um dos indivíduos sob ele. Deve-se entender que neste ordenamento os sujeitos não têm a possibilidade de conjuntamente verificar e renovar sua concordância com as ações do Estado, pois, como dito anteriormente, os sujeitos concordaram no processo de criação dos princípios jurídicos.

A posição de Honneth contra-se nas teorias que tem seu ponto de partida em normas, princípios ou procedimentos ideais – por exemplo, Rawls – e não observação e descrição dos fatos nas sociedades concretas (PINZANI, 2012). Cinco requisitos elencadas por Honneth (2015, p. 555-560), para a construção de uma democracia justa podem também ser observados e tomados como bases para a construção de processos democráticos. Não se defende, por óbvio, a mera adoção crua destas observações do autor alemão, mas sim a sua contribuição como base de um novo processo. A primeira condição seriam as garantias jurídicas. Como segunda condição, a existência de um espaço de comunicação geral que supere as divisões de classe e permita um intercâmbio de opiniões entre os diversos grupos. Em terceiro lugar, é necessário um sistema altamente diferenciado de meios de comunicação de

massa que leve ao público a capacidade de formar a opinião e a vontade pela via da informação. Uma quarta condição é a disposição dos cidadãos em realizar prestação de serviços não remunerados para preparar e realizar apresentações de opinião diante do público. E, por fim, a quinta condição é a existência de uma cultura política que a todo tempo alimente e alente tais sentimentos de solidariedade, ou seja, o compromisso entre os cidadãos de que são conscientes do que possuem politicamente em comum, sendo este o requisito elementar para a ação do sujeito na vida pública.

Assim, torna-se necessário falar de jurisdição constitucional, em sua perspectiva coletiva, o que é o mesmo que falar de um outro modelo de jurisdição, seja quanto à sua estrutura de atuação, seja quanto à competência de seus juízes, seja quanto ao seu sentido (SALDANHA; ESPINDOLA, 2008, p. 58). Segundo Canotilho (2000, p. 1336), “a constituição processual responderia às exigências de uma “moral racional flexível” ou “moral racional comunicativa”. Ainda segundo o jurista português, a processualização tem como objetivo não apenas garantir posições jurídicas subjetivas ou prestações sociais, mas sim assegurar ou estabelecer as condições de possibilidade dessas prestações e garantias. Portanto, a processualização da constituição estabeleceria na transformação do contexto social de liberdade legal em um sistema de justificação do novo contexto social de ideias e interesses.

Ainda que abordando o procedimento, vale a pena ressaltar que Canotilho (2000) afirma que o direito a um procedimento justo implica a existência de procedimentos coletivos, possibilitadores da intervenção coletiva dos cidadãos na defesa de direitos econômicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência coletiva, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente. Dessa forma, um instrumento adequado para a conversão da constituição em ordem dinâmica em uma comunidade é o procedimento. A democratização do exercício do poder através da

participação pressupõe que esta participação se traduza por intermédio de procedimentos justos, que influenciem qualitativamente as decisões. A participação através do procedimento, além de ser um meio de comunicação ascendente e descendente entre governantes e cidadãos, é, igualmente, uma compensação e uma garantia dos sujeitos e das comunidades perante uma burocracia estatal sem qualquer transparência democrática.

Igualmente, é preciso reconhecer que somente através de uma jurisdição aberta à sociedade é que o processo se tornará apto de corresponder às exigências republicanas de seu exercício democrático. Afinal, é o judiciário o poder estatal que possui como fim a concretização dos valores constitucionais. Logo, a abertura do processo à participação de outros atores sociais, para além das partes litigantes ou no máximo, para as figuras interventivas clássicas, inaugura uma nova fase, ao permitir o diálogo da esfera jurídica com a sociedade, por meio (e dentro do) do processo. Esta concepção se traduz em verdadeiro exercício de democracia direta (SALDANHA; ESPINDOLA, 2008, p. 59-60).

Um exemplo de tal agir democrático no processo seria a possibilidade de participação de certos segmentos da sociedade que a audiência pública oportuniza no âmbito das ações de controle direito e concentrado de constitucionalidade. Tal concepção de agir no processo se mostra diverso das formas e atos tradicionais individualizantes que burocratizam a relação processual. Também, a audiência pública possibilita trazer ao processo outros sujeitos que não reúnem em si a condição de litigantes, tampouco de terceiros intervenientes, mas que se encontram em uma posição fático-jurídica que lhes permite participar (sem litigar) pelas condições que reúnem de influenciar na formação do convencimento do juiz. (SALDANHA; ESPINDOLA, 2008).

Além da audiência pública, é também com a adoção do *amicus curiae* nas instâncias inferiores de jurisdição, que se pode vislumbrar a quebra dessa estrutura vertical da jurisdição. Estas

práticas se colocam a par de uma maior reivindicação de que a função jurisdicional seja praticada horizontalmente, uma vez que a participação de diferentes grupos ou categorias atende o anseio de integração tão necessária para a evolução do direito, enquanto uma ciência social e não como uma ciência de razão matemática. Como bem sustenta Saldanha, estes procedimentos no âmbito do processo judicial significam exercício político da solidariedade, que expressaria no direito uma visão mais comunitária, o que acabaria por reforçar a teoria que “se sustenta no mundo prático e que tem na consciência histórica a razão para aferir seus prejuízos autênticos ou não como condição de possibilidade da própria transformação/evolução do direito” (SALDANHA, 2009, p. 72).

Desse modo, faz-se necessária a construção de uma jurisdição democrática que supere as características formalistas, visto que o Estado “ainda não implementou um modelo democrático que assegure a inclusão, seja no que toca à razão de fundamento, seja em relação à adequada gestão do tempo, fundamental para a materialização de uma jurisdição digna” (MARIN, 2009, p. 23). Afinal, segundo Marin, o rompimento do paradigma privatista-liberal, através da construção de um novo paradigma, de jurisdição democrática, que tenha legitimidade social, e que contemple a diversidade social, redundaria em uma efetiva inclusão. Esse novo modelo contemplaria, inclusive, os elementos marginalizados, que através de um exercício de interpretação adequado, podem alcançar a condição de sujeitos de direitos, em conformidade com a teoria constitucional (MARIN, 2009).

Considerações finais

O estudo do direito possui séculos de história, por exemplo, remonta a sua origem preocupações com o direito penal e com o direito da propriedade. Já o direito ambiental começou a ganhar espaço – tanto academicamente, quanto na prática jurídica – a

partir da segunda metade do século passado. Isso revela um grande ocaso do direito com o meio ambiente, que era então dominado por uma “visão mecanicista da razão cartesiana” (LEFF, 2004, p. 15), que constituiu as teorias econômicas vigentes ao legitimar uma falsidade, o progresso da civilização moderna.

A luta por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, então, vem evoluindo de forma expressiva dentro dos textos normativos internacionais e pátrios a partir dos anos 60, quando se constatou a irracionalidade ecológica da economia de produção e consumo (LEFF, 2004). Essa mudança na legislação é fundamental para a proteção ambiental, pois, o direito é responsável por conter e alterar a conduta da sociedade. O instituto da responsabilidade civil é somente uma das diversas formas pela qual o direito pode influenciar o comportamento das pessoas no trato com o meio ambiente. Entretanto, como aponta Ost (1995, p. 119), a “juridicização da ecologia é ainda embrionária; quanto à ecologização do direito, incompleta e frequentemente desnaturada, ela engendra inúmeros efeitos perversos: instabilidade, hipertecnidade e ineficácia da norma são alguns indícios”.

Buscou-se nesse artigo compreender o estatuto jurídico do bem ambiental e o instituto da responsabilidade civil ambiental, concordando com o exposto por Silveira e Grassi (2014, p. 91) quando afirmam que “as noções de meio, natureza-projeto e patrimônio, conforme formuladas pelo autor belga, constituem importantes instrumentos de reflexão acerca do papel do direito em face da interação entre ser humano e natureza”. Para então, argumentar no seguinte sentido: caso se queira adotar a visão do bem ambiental e a da responsabilidade ecológica sustentada por Ost, deve-se partir para fundamentos institucionais mais complexos (e intersubjetivos) que a esfera institucional do agir jurídico. Propõe-se que essa base institucional social para a responsabilidade ambiental e a transmissão de uma herança na forma de patrimônio ecológico pode ser encontrada na teoria de Honneth.

Logo, o desenvolvimento da responsabilidade civil ambiental representa um modo de agir que não pode ser concebido na esfera de agir do direito. Diante do fenômeno ambiental, não se pode pensar em uma responsabilidade individualista, em outras palavras, quando se fala em responsabilidade civil ambiental se deve pensar em relação ao agir ao outro ser humano. Deve-se pensar no “ser em si mesmo no outro”, que faz referência a instituições sociais, uma vez que somente práticas harmonizadas e consolidadas fazem com que os indivíduos que compartilham estas instituições possam se reconhecer reciprocamente como outros de si mesmos. E somente essa forma de reconhecimento é a que possibilita ao indivíduo implementar e realizar uma responsabilidade civil ambiental de caráter mais elevado.

Por fim, exemplificando o exposto neste artigo, o Estado de Direito Socioambiental pode ser compreendido como a instituição na qual os sujeitos podem ler, nas práticas harmonizadas de sua estrutura normativa, quais as contribuições em face da responsabilidade civil ambiental. Ou seja, esta instituição deve fornecer meios para que se realize a responsabilidade ambiental e a transmissão do patrimônio comum ecológico, pois isto é possível somente em sua comunalidade. Dentro da ótica deste artigo, o Estado de Direito Socioambiental, portanto, constitui um conceito de cunho teórico-abstrato que abrange não apenas elementos jurídicos, mas também sociais e políticos com a finalidade de construir uma responsabilidade civil ambiental capaz de elevar o agir individualizado da prática jurídica, visando a harmonia entre os ecossistemas e garantir a realização da dignidade e da liberdade do ser humano.

Além disso, é preciso romper com o perfil privado e individualista de processo. Este paradigma jurisdicional não favorece a possibilidade de se ter decisões justas e democráticas. O processo exige transgressão nas suas bases fechadas ao caráter repressivo da jurisdição, reduzida às partes individuais. “O movimento à abertura que a constitucionalização do processo

imprime, pode bem mostrar o deslocamento importante do modelo de processo de perfil liberal para o modelo social, comprometido com os valores democráticos e republicanos” (SALDANHA; ESPINDOLA, 2008, p. 50-51). Uma alternativa é pensar o processo de forma democrática e constitucional, pois ele rompe com o modelo tradicional de processo individualista e possui a perspectiva de um resultado mais amplo, quando se considera os atingidos pela decisão. Além disso, acontece uma abertura da jurisdição constitucional para toda a sociedade, tudo em contrário ao fechamento democrático que as estruturas ordinárias de processo estabelecem (SALDANHA; ESPINDOLA, 2008).

Assim, é de suma importância a busca de uma jurisdição que aproxime o Estado do jurisdicionado. Afinal, o direito não é uma engrenagem, mas uma ciência que tem no elemento humano seu fim primeiro. As diferenças – e desigualdades – devem motivar a atuação do Estado e naturalmente da jurisdição. As formas de controle social do direito e da participação da comunidade, como audiência pública, agregadas a um novo olhar (agir) sobre a jurisdição do primeiro grau, com a assimilação das formas de democracia participativa, coletivizando-se as questões tratadas individualmente pelo Código de Processo podem contribuir de forma decisiva para o abandono da letargia que vitima a ciência jurídica na pós-modernidade. (MARIN, 2015, p. 239-241)

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BRASIL, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 8 mai. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 mai. 2017.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 4 mai. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed, Coimbra: Almedina, 2000

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 3. ed., rev. e aum. Petrópolis: Vozes, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. A autonomia do processo constitucional e a legitimação para agir na tutela dos direitos coletivos: a dimensão publicista da jurisdição. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARIN, Jeferson. A necessidade de superação da standardização do processo e a coisa julgada nas ações coletivas de tutela ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson (Orgs.). **Estado, meio ambiente e jurisdição**. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 51-91.

_____. O Estado e a crise jurisdicional: a influência racional-romanista no direito processual moderno. In: MARIN, Jeferson (Coord.). **Jurisdição e processo**. v. 2, Curitiba: Juruá, 2009. p. 17-42.

MARIN, Jeferson. **Crise da jurisdição e decisionismo em Alexy**: prisioneiros da liberdade. Curitiba: Juruá, 2015.

PINZANI, Alessandro. O valor da liberdade na sociedade contemporânea: Das Recht der Freiheit, de Honneth, Axel. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 94, p. 207-237, Nov. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000300014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 set. 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O Direito Ambiental no Século 21. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 52. p. 125-137. Out-Dez, 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição. A difícil sintonia entre eficiência e efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e processo**. v. 3. Curitiba: Juruá, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3.510: do modelo individualista - e liberal - ao modelo coletivo - e democrático - de processo. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. GRASSI, Karine. Configuração e justificação de um direito fundamental ao meio ambiente à luz dos conceitos de meio justo e natureza-projeto em François Ost. **Revista Direito e Práxis**, v. 5, p. 76-93, 2014.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Risco Ecológico Abusivo**: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável. Caxias do Sul: Educs, 2014.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro. Porto Alegre: Libreria do Advogado Editora, 2004.

A formação proto constitucional do direito ambiental brasileiro: uma análise a partir de Pierre Bourdieu

Clêncio Braz da Silva Filho¹
Francisco Quintanilha Veras Neto²

1. Uma introdução sociológica

Desde os meados do século XX a emergente crise socioambiental (LIMA, 2009) que assola a existência do próprio homem enquanto natureza viva conduziu, especialmente por meio do constrangimento internacional (ONU, 2016), a uma abertura no campo jurídico (BOURDIEU, 2010) brasileiro. Isso não significa a ausência de crises socioambientais antecedentes, o que a própria história dá conta de narrar através da extinção desde pequenos grupos nômades e até civilizações inteiras por meio do esgotamento das condições, bióticas e abióticas, de existência humana. De modo que o homem sempre viveu e sobreviveu em uma sociedade de risco, assimetricamente entre as alentadas forças e formas da natureza e a fragilidade humana. Todavia, no Brasil, esse interregno recente baliza o marco temporal proto

¹ Licenciado em História (FURG), Mestre em Educação Ambiental (FURG), Bacharel em Direito (FURG), Mestre em Direito e Justiça Social (FURG), Membro do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para Sustentabilidade (GTJUS/FURG). Advogado (OAB). clenciobraz@hotmail.com

² Bacharel em Direito (UFSC), Mestre em Direito (UFSC), Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR), Professor Associado da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito e Justiça Social (FURG) e Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Educação Ambiental (FURG) Pós-Doutor (UFSC). quintasveras@gmail.com

constitucional da formação do falso senso comum em torno da questão ambiental, a saber, a consolidação do direito ambiental contemporâneo brasileiro. É preciso ter em conta que:

O senso comum é em grande parte nacional porque quase todos os grandes princípios de divisão têm sido até agora inculcados ou reforçados pelas instituições escolares cuja missão máxima consiste em construir a nação como população dotada das mesmas 'categorias', logo do mesmo senso comum. [...] A existência de campos transnacionais (sobretudo científicos) cria sentidos comuns específicos que questionam o senso comum nacional e favorece a emergência de uma visão escolástica do mundo (ou quase isso) comum a todos os *scholars* de todos os países. (BOURDIEU, 2007, p. 119)

Por evidente, o senso comum – mesmo o senso comum ambiental brasileiro que culminaria uma de suas etapas na Constituição Federal de 1988 – é sempre o senso de alguém ou de um grupo social por meio de seus representantes. Ele é fruto de lutas sociais diárias, face a face, entorno do bem simbólico natureza (SILVA FILHO, 2014), em inúmeros lugares públicos e privados em que estas lutas são postas em funcionamento através de práticas cotidianas e discursos de agentes em conflito. Neste momento germinal, prelúdio constitucional, o senso comum era de que o Brasil vivificava “inérita” crise relacionada com a atividade antrópica sobre o meio ambiente. Incrustada nessa *illusio* (BOURDIEU, 2004), o imaginário social coletivo (BACZKO, 1985) de que as ciências físico-químicas amparariam o direito – sociologicamente, o campo jurídico em que está contido – no dever de regular, ordenar, julgar, controlar, e, por fim, “salvar” a todos de suas consequências.

Proteger a natureza e salvar a dignidade humana. Não era, então, difícil desvelar em maior ou menor intensidade nos discursos legislativos e jurídicos esse chamado ao direito. Em realidade, era inevitável à ciência moderna reconhecer a existência

socioambiental de uma crise derivada dos seus próprios processos de dominação tecnológica e formas de controle social fundados no modo de produção capitalista industrial, deste modo podendo ser definida nos seguintes contornos:

A crise ambiental situa-se num processo de longa duração, que está representando significativamente com mais força nas últimas décadas, que na verdade expressa a exploração dos recursos naturais pelos agrupamentos humanos em distintas partes do planeta, o uso em larga escala dos recursos naturais pela sociedade industrial tem provocado desequilíbrios sociais e ambientais que integram a agenda política internacional das últimas décadas. (VÉRAS NETO; BORINELLI, 2009, p. 75-76)

Periodicamente tomado como um despertar de consciência jusfilosófica dos ditos “operadores de um direito maquinário”, esse movimento salvacionista de que “todos unidos protegeremos o meio ambiente!”, em verdade traduziu o nascente e genético processo de dominação simbólica (BOURDIEU, 1996) do discurso científico e, particularmente, jurídico. Tal discurso visou e visa impor os conceitos, categorias e hierarquias de di-visão do mundo, especialmente sobre aquilo que define a vida e os modos de viver. Óbvio para os “operadores do direito”, todavia absurdo para muitos, caberia ao campo jurídico e judicial impor julgamento de valor ao restante da sociedade brasileira sobre aquilo que define a vida, a natureza e o meio ambiente. Uma dominação que se reproduziu ao longo da história recente do direito ambiental pátrio e na qual as consequências ainda não se podem estimar.

Desta forma, essa verdadeira ação pedagógica (BOURDIEU; PASSERON, 2009) sobre a realidade se constituiu sobre o soterramento de outros saberes-fazeres tradicionais dos povos originários, bem como de todas outras possibilidades simbólicas e materiais acerca da natureza. O apagamento histórico daqueles primeiros naturalistas/ambientalistas que atentaram e aderiram a formas mais harmônicas com a própria natureza da qual participa.

A sociedade alternativa daria, paulatinamente, espaço à sociedade do direito. Nesse viés, emergiu da realidade de um mundo degradado socioambientalmente as condições ético-morais – por tal, eufemisticamente valorativas – que possibilitaram o florescimento (GORDILHO, 2009)³ de instrumentos legais e instituições para a promoção de um modelo específico de “justiça ambiental” (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009). Tal modelo alicerçado na linguagem jurídico-científica ocidental, instrumental e racionalista. Contra a percepção espontânea, uníssona e liminar de que “todos unidos protegeremos o meio ambiente!” em um Estado de direito, é que se torna necessário evidenciar que o processo conflitivo e latente de (trans)formação do campo jurídico brasileiro. Visto que de forma semelhante à abordagem educacional do meio ambiente, o direito ambiental brasileiro esteve e está permeado pelo:

[...] acúmulo de conflitos, valores, culturas e idiosincrasias que se cruzam nesta parcela de realidade, atribui ao ambiental um valor superestimado de complexidade epistemológica e um status disciplinar de singular riqueza, pois nele se encontra uma diversidade de interesses contrapostos, de ideologias contrárias, de pressupostos filosóficos divergentes, de éticas díspares e de práticas cotidianas muito desiguais e variadas. Esta heterogeneidade, evidentemente, não poderia ser entendida a partir da linearidade e da assepsia de um modelo de pensamento simplista estritamente lógico-positivista que ignore as subjetividades, significados, interações e interesses. (GUTIÉRREZ-PÉREZ, 2005)

Notadamente, esse momento, proto constitucional, foi de conflagração e conformação de uma luta simbólica (BOURDIEU, 2010) cuja a consequência definiu e define a natureza como coisa, recurso e patrimônio. *An passant*, cabe anotar que a Política Nacional do Meio Ambiente de 1981 assim anotou: “[...] visando

³ Vide para uma leitura histórica da *soft law* sob a perspectiva do direito internacional ambiental.

assegurar, no País, condições ao *desenvolvimento socioeconômico*, aos *interesses da segurança nacional* e à *proteção da dignidade da vida humana* [...]” (BRASIL, 1981). Neste processo foi que o Estado se pôs a criar (BOURDIEU, 2014), através dos seus agentes, em grande parte bacharéis em direito, o consenso tomado como realidade do mundo – aqui, o consenso ambiental. Ao inventar o mundo ambiental, o Estado “define” o que é natureza no exercício de violência simbólica (BOURDIEU, 1996) (direito/normas) e a reforça quando “protege” no exercício da violência material (instituições/agentes). Visivelmente na positivação do direito ambiental, sob a égide dos regimes militares, alocou a natureza dentro das inúmeras disputas já existentes dentro do campo jurídico e na estrutura do Estado de Direito em período democraticamente restrito. No entanto, inegavelmente, constituiu-se uma clivagem que determinou o espaço epistemológico sob o qual o direito ambiental poderia transitar e, especialmente, se limitar. Definindo aquilo que por consenso se poderia discordar, concordar discordando, mostrar ocultando (BOURDIEU, 1997). Por essa percepção sintética, pode-se perceber que não existe um direito ambiental historicamente linear, mas sim, que há direitos ambientais constantemente em conflito de hegemonia simbólica e material.

Apesar das críticas ao modelo militar-conservacionista das primeiras preocupações relacionadas ao desenvolvimento econômico, à segurança nacional, à dignidade humana e ao patrimônio direcionadas à “natureza brasileira” – como se assim pudesse ser, a ratificação normativa pátria de tal visão de mundo contribuiu para o avanço progressivo de um programa. Tal programa, pretensamente mais equitativo de distribuição dos benefícios e danos da transformação da natureza, especialmente centrado na “proteção” do meio ambiente, culminou na sua constitucionalização no ano de 1988. Não pareceu estranho à maioria que o homem iria “proteger” a natureza, nem mesmo que ela simbolicamente se tornaria objeto: meio econômico para o

desenvolvimento, recurso para a soberania do Estado, insumo da vida humana, patrimônio material de alguém e/ou de todos, útil pois usável para a dignidade individual ou coletivamente do homem.

Essa proto constitucionalização da natureza como meio ambiente tem implicações profundas na construção daquilo que o direito definiu como devir ao longo das décadas subsequentes. Trata-se da re-criação de um *habitus* (BOURDIEU, 2004) e uma *illusio* ambiental no campo jurídico, o direito ambiental como um “[...] imaginário [que] é capaz de substituir-se ao real concreto, como um seu outro lado, talvez ainda mais real, pois é ele e nele que as pessoas conduzem a sua existência” (PESAVENTO, 2003, p. 47-48); um real mais que real, um real imaginado. O direito como pacificador social, inclusive dos conflitos socioambientais (SILVA FILHO, 2011).

2. Origens da ilusão do direito ambiental brasileiro

A recente institucionalização da natureza na estrutura formal do Estado brasileiro, em meados do século XX, proveu a gestão de um novo subcampo do direito: o ambiental. Em verdade, “as instituições são lógicas, são árvores de composições lógicas que, segundo a forma e o grau de formalização que adotem, podem ser leis, podem ser normas e, quando não estão enunciadas de maneira manifesta, podem ser hábitos ou regularidades de comportamentos” (BAREMBLITT, 2002, p. 25). Como visto, se por um lado a proliferação de compêndios legislativos ordinários e, posteriormente, a constitucionalização de normas protetivas do meio ambiente, gerou as condições do monopólio da violência simbólica por parte do Estado – o direito positivo ambiental. Por outro, possibilitou o surgimento de um conjunto de instituições e agentes capazes do exercício dessa violência simbólica, e frente a sua insuficiência a própria violência física – o aparato estatal ambiental. Não se está aqui fazendo juízo sobre se essa violência

estatal possibilita o efetivo funcionamento de grandes poluidores e potencialmente poluidores em detrimento da distribuição desigual dos danos ambientais para uma grande maioria (ALIER, 2007). Somente afirmando que o Estado detém e exerce esse poder por meio de um falso consenso: o direito ambiental.

Nesse sentido, “todo poder de violência simbólica, isto é, todo poder que chega a impor significações e a impô-las como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base de sua força, acrescenta sua própria força, isto é, propriamente simbólica, a essas relações de força” (BOURDIEU; PASSERON, 2009, p. 25). Ao inventar o direito ambiental, o Estado (BOURDIEU, 2014) o criou realizando materialmente, e realizando materialmente o criou, em uma reprodução constante do fazer daquilo que já está dado a ser feito, da estrutura ao sujeito e do sujeito a estrutura, de forma estruturante. Por tal, ao analisar a gênese do nosso direito ambiental contemporâneo, deve-se, necessariamente, pensar o impensado, mesmo que seja para denunciá-lo como parte da violência simbólica na imposição e reprodução da realidade simbólica/material daquilo que diz ser a natureza e a vida que diz fazer “proteger”. Essa é a violência daqueles que tem o direito de dizer o direito (BOURDIEU, 2010).

Propedeuticamente, a institucionalização e o agenciamento do direito ambiental brasileiro propriamente contemporâneo se revelou pelo Decreto Lei nº 73.030, de 30 de outubro de 1973, que criou a Secretaria Nacional do Meio Ambiente (SEMA) no seio do Ministério do Interior (BRASIL, 1973). Como aludido, não é estranho à organização do Estado, sob os auspícios da lógica militar, que o Ministério do Interior detivesse as prerrogativas estratégicas sob os recursos considerados fundamentais à soberania e à ordem econômica nacionais. A ideia de que biomas como a Amazônia detivessem recursos florestais, minerais, hídricos, pesqueiros, farmacêuticos, entre outros que deveriam ser defendidos militarmente pelo Estado, visto que eram fundamentais à soberania nacional. Todavia, inegavelmente, apesar da

dominação simbólica imposta por essa visão restrita do que é a natureza, é necessário anotar que:

Apenas a partir da década de 1970, a conscientização do esgotamento dos recursos naturais, do risco de catástrofes ambientais e da incompatibilidade entre o modelo econômico capitalista e manutenção da qualidade de vida trouxe à tona a necessidade de inserir o meio ambiente no rol dos direitos merecedores de proteção jurídica, com o estabelecimento de um aparato legislativo capaz de conter os excessos praticados contra a natureza e de gerir os riscos ambientais. (MORATO; PILATI, 2011, p. 9)

Neste contexto histórico estavam abertas as falésias (BOURDIEU, 2004) que possibilitaram a internalização no campo jurídico brasileiro de normas legislativas, por meio de potente e lucrativa capitalização política e jurídica da questão ambiental, que tornaram o meio ambiente um sujeito – para o direito antropocêntrico aqui denunciado, um objeto – que não poderia ser mais desconhecido (SILVA FILHO, 2014). Neste aspecto, coube ao direito exercer novo papel pedagógico através do Estado, não sem reincidentes resistências (COSTA, 2010), de regular e mediar os conflitos entre as alentadas forças do capital no modo de transformação da natureza em recursos – em verdade, bens – *da e para* a vida, especialmente a vida humana. O notório e mundialmente conhecido caso da Empresa Samarco e a total destruição do Vale do Rio Doce é somente uma evidência dessa falácia. Observa-se, a cada dia o aprofundamento da crise ambiental sistêmica e persistente sob a formalidade das licenças ambientais produzidas pelo direito.

Percorrendo este caminho, deu-se corpo ao nascimento de um novo jogo social no entrecruzamento do campo jurídico e do campo ambiental – por meio dos agentes ambientais do Estado, exemplificados pela SEMA no seio do Ministério do Interior. Neste sentido, além da criação de órgãos específicos dedicados à questão

ambiental, especificamente voltados à proteção da natureza, houve a efetiva internalização do bem simbólico ambiental – a natureza – em campos e subcampos tradicionais do Estado; exemplificado pelo direito administrativo ambiental. Como observado, sob o ponto de vista propriamente da administração pública (MEIRELLES, 1996) e do direito administrativo (MELLO, 2009) não fora a Constituição Federal Brasileira de 1988 o primeiro instrumento legal e contemporâneo de grande abrangência para controle das atividades poluidoras e potencialmente poluidoras. Foi a Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981), que entrou em vigor com a edição da Lei Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que assentou os princípios e conceitos fundamentais que consolidaram e dirigiram os rumos da sistematização valorativa do meio ambiente no ordenamento nacional. Assim, observa-se que:

[...] a Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) representou um grande impulso na tutela dos direitos metaindividuais e, nesse caminhar legislativo, em 1985, foi editada a Lei n. 7.347, que, apesar de ser tipicamente instrumental, veio a colocar à disposição um aparato processual toda vez que houvesse lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico: a ação civil pública. (FIORILLO, 2008, p. 3)

A Política Nacional do Meio Ambiente se dispôs a conceituar, e ao nomear criava uma nova di-visão da realidade, a ambiental. Já em 1985, a lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985) dava aos agentes públicos a forma dessa nova realidade simbólica se concretizar em realidade material. Muitos desses traços da genética legislativa foram delimitadores do arcabouço jusfilosófico que definiu a realidade atual, *in verbis*:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por **objetivo a preservação**, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, **condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana**, atendidos os seguintes princípios:

I - **ação** governamental na **manutenção** do equilíbrio ecológico, **considerando o meio ambiente como um patrimônio público** a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - **racionalização** do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - **planejamento** e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - **proteção** dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - **controle e zoneamento** das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o **uso** racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - **acompanhamento** do estado da qualidade ambiental;

VIII - **recuperação** de áreas degradadas;

IX - **proteção** de áreas ameaçadas de degradação;

X - **educação** ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando **capacitá-la** para participação ativa na defesa do meio ambiente. (BRASIL, 1981)
[grifado]

Sem avançar em raciocínios mais críticos, pode-se observar que o fundamento jusfilosófico que permeia o texto ordinário foi aquele da proteção de uma natureza-objeto (OST, 1995) excluída das relações humanas enquanto sujeito de direitos. A natureza é um objeto sobre a qual o homem age, protege, recupera, mantém, usa, melhora, racionaliza, controla, zoneia, planeja, acompanha e educa – o próprio homem – em prol da digna vida humana. A natureza passa a ser epicentro de um infindável debate filopistemológico da qual o direito, igualmente a outros campos sociais, não pode dar solução – o dualismo entre duas noções de natureza:

A primeira, a *natureza-objeto* seria fruto da modernidade ocidental que “transformou a natureza em ‘ambiente’: simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama ‘dono e senhor’”. Galileu, Bacon e Descartes fundam o imaginário moderno que fez do homem a *medida de todas as coisas* como fizeram antes os sofistas, delegando a natureza um grau de subordinação, como se dessa relação dialética de forças o homem tivesse se *libertado* através da ciência racional e empírica. Assim, “este dualismo [homem-natureza] determina a perda do vínculo com a natureza, ao mesmo tempo que suscita a ilimitabilidade do homem”.

A segunda, a *natureza-sujeito* seria a “inversão completa de perspectiva: não é a terra que pertence ao homem, é o homem que pelo contrário, pertence à terra, como acreditavam os antigos”. Reativa-se o “desejo de retorno as origens”, “a regressão no seio da própria natureza” através da “ordem do mito fundador”. De forma inversa a natureza-objeto, “à relação científica e manipuladora com a matéria, que é uma relação de distanciamento e de objectivação, substitui-se uma atitude fusora de osmose [monista] – simultaneamente culta a vida e ao canto poético, naturalização do corpo e personificação da natureza”. (OST *apud* SILVA FILHO, 2014, p. 200-202)

No similar entendimento dos anteriores Código de Águas, do Código de Minas e do Código das Florestas, heranças normativas dos regimes de exceção democrática, a função do poder público e da sociedade civil, regrada pela força da norma, foi a de considerar a natureza como um pressuposto das condições do próprio desenvolvimento humano e de seu progresso econômico. Tal objectivação da natureza – natureza-objeto – estenderia seus traços até o presente, deixando assim geneticamente marcado o direito ambiental brasileiro. Talvez um dos seus mais visíveis espólios dessa compreensão seja a quantificação mercadológica monetária da natureza, parâmetro primeiro do direito para saber “o quanto isso vale?” frente às taxas de licenciamento, multas ambientais, reparação de danos e crimes, compensações, mitigações entre outras situações do cotidiano judicial.

Como assentado, ainda hoje, a natureza é um recurso essencial à segurança nacional, um objeto valioso às pretensões de soberania do Estado, das riquezas da Floresta Amazônica, do Aquífero Guarani aos campos do pré-sal. No mesmo sentido, o discurso da valoração econômica da natureza é reapresentado constantemente nos discursos ambientais contemporâneos, fazendo dessa outra característica do ambientalismo. Por fim e conseqüentemente, tal natureza-objeto tornou-se incapaz de ser sujeito portador de qualquer direito, pois serve, primordialmente, à dignidade humana. Demonstrando estar a serviço daquele que, aparentemente, está modernamente descolado do meio em que vive e sobrevive, assim crê poder objetivá-lo. Neste viés, a Política Nacional do Meio Ambiente, definiu os conceitos básicos e futuramente operados pela legislação ambiental na sua pretensão, antropocentricamente equivocada, de dar bases prospectivas de uma sociedade mais justa ambientalmente.

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

[... *omissis* ...]. (BRASIL, 1981) [grifado]

O pragmatismo antropocêntrico da adoção dos conceitos normativos bem revela o destino – explícito e implícito – adotado pelo direito brasileiro no trato da crise ambiental. O meio ambiente é uma relação físico-química que abriga a vida, podendo mesmo regê-la, não sendo por si só a vida no seu sentido mais ontológico. É *óikos*, lugar habitado *da* e *pela* família humana, e não *ethos* – “morada, modo de habitar e viver, índole, costume” (SPINELLI, 1998, p. 377). É lugar de existência da vida, especialmente a humana. Lugar de recursos – e não bens – naturais considerados valiosos. Ironicamente, resguardados por um ser que é mimeticamente seu algoz e guardião: o degradador-poluidor. Vive-se, também no direito, uma crise de representação da natureza:

Eis a crise ecológica: a deflorestação e a destruição sistemática das espécies animais, sem dúvida; mas, antes de mais e sobretudo, a crise de nossa representação da natureza, a crise de nossa relação com a natureza. [...] Esta crise é simultaneamente a crise de vínculo e a crise do limite: uma crise de paradigma, sem dúvida. [...] a crise ecológica sob o ângulo ético-jurídico; coloca portanto, inevitavelmente, a questão axiológica: “O que devemos nós fazer?”. [...] dentro do quadro que traça a problemática cultural do vínculo e do limite. **É efectivamente nossa convicção que, enquanto não formos capazes de descobrir o que dela nos distingue e o que a ela nos liga, os nossos esforços serão em vão, como o testemunha a tão relativa efectividade do direito ambiental e a tão modesta eficácia das políticas públicas neste domínio.** (OST, 1995, p. 9) [grifado]

Tais traços da representação simbólica que separa aquilo que é natureza e humano conduziu a capitalização das demandas sociais pelo campo político e jurídico, alicerçada na máxima da segregação humana e de “proteção” da natureza: o paradigma conservacionista da natureza. Era, então, necessário separar o homem da própria natureza como única forma de “proteção” destes “objetos” valiosos à soberania e ao desenvolvimento econômico nacional. Talvez a ideia de “reserva” natural seja o melhor exemplo do pensamento militar-conservadorista desse período, um espaço onde a vida humana tem que ser extraída para preservação de uma “reserva” estratégica de recursos. Funda-se na lógica, errônea, de que o homem não pertence a natureza e *vice versa*, unir desiguais geraria necessariamente desordem e conflito.

Por fim, implicação evidente de tal entendimento, neste liminar paradigma de modernização da legislação ambiental brasileira, que no ano de 1985 foi promulgada a Lei N° 7.347, de 24 de julho de 1985, que ao definir os objetos da ação civil pública incluiu no seu rol a defesa do meio ambiente. A realidade dos conflitos socioambientais estaria reduzida, agora, nos processos e procedimentos judiciais. Tais conflitos socioambientais seriam

retraduzidos em conflitos do direito ambiental, violência simbólica sobre os significados sobre a vida e os modos de viver, eufemisticamente sobre a proteção paterna do Estado e do direito. A saber:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

1 - ao meio-ambiente;

[... *omissis*...] (BRASIL, 1985) [grifado]

Neste contexto, a historicidade do nascimento dos limites e possibilidades de uma justiça ambiental, propriamente brasileira, revelou a opção realizada pelo direito e o Estado na condução da crise ambiental ainda nos meados do século XX. Houve, de fato, um abandono das premissas filosóficas de Estocolmo-72, que afirmava:

1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma. (ONU, 2016) [grifado]

Este híbrido, de natureza-projeto (OST, 1995), resultante e resultado existencial da relação homem e meio ambiente, deu lugar ao possível, futuramente plasmado na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Rio-92, que neste momento já propalava o espaço que a natureza ocuparia na legislação ambiental: “Princípio 1. Os seres humanos estão no *centro* das

preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (ONU, 2016).

Por tal, Ost propõe a emergência do “terceiro excluído”, que denomina a *natureza-projeto*, localizado entre o individualismo moderno racionalista e o universalismo pós-moderno panteísta, entre o dualismo antropomorfista e o monismo naturalista, entre o direito positivo e o direito natural. Esse terceiro entendimento resulta da relação do “que fizemos da natureza e o que faz de nós”; aflorando, então, “um novo campo de interdependência, que designamos como ‘meio’, e em relação ao qual a questão do ‘justo’ pode ser recolocada com alguma hipótese de sucesso”. É a possibilidade de o direito pensar-se ao tecer uma nova trama entre o homem e a natureza, averiguar o que tem de mais *sagrado* e *transcendental*, a ideia de justo, para Ost, de *justiça ecológica*. (SILVA FILHO, 2014, 200-202)

3. Considerações finais para um início

O direito, o campo jurídico onde o direito está em conflito permanente de disputa entre seus agentes e seus discursos, aparentou por um interregno nos meados do séculos XX deslocar-se do seu epicentro humanista, da própria dignidade humana, por tal antropocêntrica. O biocentrismo holístico, da natureza-sujeito, daqueles primeiros naturalistas/ambientalistas, não previu que o Estado ao alargar e assumir as preocupações entorno da natureza, a reduzisse ao meio de sobrevivência do próprio Estado e das forças econômicas que julgava controlar. Todavia, conhecidamente, a própria história dava lições de nem mesmo os mais básicos direitos humanos não eram possíveis naquele momento da vida política brasileira.

A esperança, a utopia, o terceiro excluído, vive no hoje, em momento diverso daqueles de chumbo e dor em que se assentavam as primeiras linhas de um direito ambiental contemporâneo brasileiro. Este momento serve para nos lançar além da

reprodução do próprio direito, revendo seus conceitos mais duros e suas práticas mais triviais. Se necessário denunciá-lo como parte de uma sociedade injusta que mantém as condições socioambientais de espoliação da natureza para poucos e da distribuição dos danos para muitos. Trata-se de um convite ao homem reencontrar a si como parte integrante e essencial da natureza, não da natureza humana, somente da natureza.

Referências

- ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves Bezerra. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- BACZKO, Bronislaw. A imaginação social. *In*: LEACH, Edmund [*et al.*]. **Anthropos-Homem**. Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1985.
- BAREMBLITT, Gregorio. **Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática**. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- _____. **Mediações pascalianas**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2007.
- _____. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- _____. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. São Paulo: Editora da UNESP, 2004.
- _____. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas: Papiurus, 1996.
- _____. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.
- _____. **Sobre o Estado: cursos no Collège de France (1989-92)**. São Paulo. Companhia das Letras, 2014.

_____.; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. Trad. Reynaldo Bairão. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

BRASIL. **DECRETO Nº 73.030, DE 30 DE OUTUBRO DE 1973**. “Cria, no âmbito do Ministério do Interior, a Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-73030-30-outubro-1973-421650-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 de agosto de 2016.

BRASIL. **LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981**. “Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 28 de agosto de 2016.

BRASIL. **LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985**. “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 28 de agosto de 2016.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental**: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito Ambiental pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23-31. *Vide* para uma leitura histórica da *soft law* sob a perspectiva do direito internacional ambiental.

GUTIÉRREZ-PÉREZ, José. Por uma formação dos profissionais ambientalistas baseada em competências de ação. *In*: p. 178. SATO, Michele; CARVALHO; Isabel Cristina Moura. (org.). **Educação ambiental**: pesquisa e desafios. Porto Alegre: Artmed, 2005.

LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. Educação ambiental crítica: do socioambientalismo às sociedades sustentáveis. *In: Educação e Pesquisa*, São Paulo, v.35, n.1, p. 145-163, jan./abr., 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORATO, José Rubens; PILATI, Luciana Cardoso. Crise Ambiental, Sociedade de Risco e Estado de Direito do Meio Ambiente. *In: MORATO, José Rubens (coord.); PILATI, Luciana Cardoso. Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva: 2011.

ONU. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em: 27 de agosto de 2016.

ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2016.

OST, François. **A natureza a margem da lei**: ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. **História & história cultural**. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.

SILVA FILHO, Clêncio Braz. Direito, justiça e meio ambiente: fundamentos para uma educação ambiental dos bacharéis. *In: REMEA [Rev. eletrônica Mestr. Educ. Ambient.]*, Rio Grande, v. 27, p. 44-59, jul./dez., 2011.

SILVA FILHO, Clêncio Braz. **Educação Ambiental Transformadora e Bacharelismo**: uma leitura a partir de Pierre Bourdieu. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

SPINELLI, Miguel. **Filósofos pré-socráticos**: primeiros mestres da filosofia e da ciência grega. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

VÉRAS NETO; Francisco Quintanilha; BORINELLI, Benilson. Conscientização ambiental e legitimidade da política ambiental. *In*: SOLER, Antônio Carlos Porciúncula ... [et al.] **A Cidade Sustentável e o desenvolvimento humano na América Latina**: temas de pesquisa. Rio Grande: FURG, 2009. p. 75-76.

A política habitacional brasileira ante os desafios apresentados pela questão social

Daiana Hetzel¹

Clarete Trzcinski²

Silvana Terezinha Winckler³

Introdução

Neste texto abordamos o direito à moradia como uma dimensão da cidadania que tem repercussões em inúmeros outros direitos fundamentais, tais como a pertença a uma comunidade, a participação na vida pública e o acesso aos serviços e equipamentos públicos essenciais (saúde, educação, transporte, lazer, trabalho etc.). Guarda, portanto, estreita relação com a questão social.

A questão social é caracterizada pelo conjunto das expressões das desigualdades sociais decorrentes do capitalismo. Seu surgimento está intimamente ligado à emergência da classe operária na sociedade capitalista, em meio ao processo de industrialização, e é reconhecido como um problema decorrente das relações entre capital e trabalho. Segundo Yamamoto (1999), a questão social é o fruto das desigualdades e também das reivindicações e lutas para resistir às condições impostas pelo

¹ Mestra em Ciências Ambientais pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó.

² Doutora em Engenharia de Produção pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Docente do Programa de Mestrado em Políticas sociais e Dinâmicas Regionais da Unochapecó.

³ Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Docente dos Programas de Pós-Graduação stricto sensu em Ciências Ambientais e Direito da Unochapecó.

modo de produção. Por ser resultado de relações sociais que não são estáticas, está sempre apresentando novas expressões, porém só é reconhecida a partir do momento em que um dos setores da sociedade torna as desigualdades reconhecidas e cria meios para enfrentá-las, assumindo-a como uma nova expressão da questão social. (AMARAL & BRESSAN, 2013).

No espaço urbano, a questão social repercute na precarização das condições de existência de indivíduos, famílias e comunidades. Segundo Brito (2007, p. 03),

O “inchaço” populacional decorrente do êxodo rural, além de outros fatores, adicionado à má distribuição do espaço urbano, latente nas cidades brasileiras, e à desigualdade social, outro problema encravado na sociedade, geram uma situação já insustentável para os indivíduos residentes nas urbes, principalmente as denominadas “Grandes Cidades”.

Esse “inchaço” torna as falhas no sistema habitacional ainda mais evidentes. O crescimento das cidades brasileiras deu-se num panorama de pobreza e exclusão social. Os centros urbanos se estruturaram, historicamente, de modo segmentado, compondo regiões para operários, afastadas e carentes de estruturas essenciais, e regiões centrais, dotadas de equipamentos e serviços públicos abundantes, ocupadas pelas classes detentoras dos meios de produção (burguesia). O espaço urbano repercute as hierarquias sociais, econômicas e culturais das cidades. (BRITO, 2007).

A política habitacional se inscreve no espaço conflituoso de disputas pelo território urbano e tem o potencial de abrandar ou agravar a segregação social. Já acumulamos experimentos em ambos os sentidos. O objetivo deste trabalho é analisar uma experiência recente em município de porte médio, no marco do Programa Habitacional Minha Casa Minha Vida.

1 A sustentabilidade do desenvolvimento urbano

A partir do reconhecimento do panorama territorial urbano como um problema social, inserem-se as discussões a respeito do desenvolvimento sustentável. O tema emergiu após uma fase de intenso crescimento urbano, que fez com que viessem à tona as preocupações e os questionamentos acerca da participação humana na industrialização e no consumo, bem como dos reflexos dessas ações no equilíbrio ecossistêmico do planeta.

O desenvolvimento sustentável depende de uma complexa trama de situações e, devido a sua complexidade, é muitas vezes tratado como uma utopia. Isso porque, nos parâmetros capitalistas, o desempenho de um país é sinalizado principalmente pelo seu crescimento econômico. Este, porém, não indica necessariamente uma melhoria na qualidade de vida da população, uma vez que no sistema capitalista vige a primazia da acumulação de riqueza. Para Sachs, “A maneira natural de se definir o desenvolvimento includente é por oposição ao padrão de crescimento perverso, conhecido como [...] ‘excludente’ (do mercado de consumo) e ‘concentrador’ (de renda e riqueza).” (SACHS, 2008 p. 81).

O crescimento econômico, tal qual o conhecemos, vem se fundando na preservação dos privilégios das elites que satisfazem seu afã de modernização; já o desenvolvimento se caracteriza pelo seu projeto social subjacente. Dispor de recursos para investir esta longe de ser condição suficiente para preparar um melhor futuro para a massa da população. Mas quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento. (VEIGA, 2010 p. 82)

Pensar em desenvolvimento sustentável é envolver em um único projeto desenvolvimento econômico, social e ambiental. Há que se considerar “desde a proteção dos direitos humanos até o aprofundamento da democracia” (VEIGA, 2010 p. 81). Daí a

complexidade de definir algo tão importante e amplo. Para Sachs (2008 p. 71),

O desenvolvimento é um conceito multidimensional: os seus objetivos são sempre sociais e éticos (solidariedade sincrônica). Ele contém uma condicionalidade ambiental explícita (solidariedade diacrônica com as gerações futuras); crescimento econômico, embora necessário, tem um valor apenas instrumental; o desenvolvimento não pode ocorrer sem crescimento, no entanto, o crescimento não garante por si só o desenvolvimento. (SACHS, 2008 p. 71).

Há algumas décadas esse assunto tem se tornado pauta nos fóruns mundiais. Percebe-se que recentemente tem se intensificado, da mesma forma como avançam as expressões da questão social, resultantes do crescimento das cidades e da condição em que os assentamentos humanos se organizaram. Na perspectiva de promover a inclusão social, o bem-estar econômico e a preservação dos recursos naturais, estão sendo empreendidos por parte das Nações Unidas grandes esforços para a conscientização mundial da importância desse tema.

O desenvolvimento está diretamente ligado à vida nas cidades e envolve questões de sustentabilidade urbana, entendida como a “capacidade das políticas urbanas se adaptarem à oferta de serviços, à qualidade e à quantidade das demandas sociais, buscando o equilíbrio entre as demandas de serviços urbanos e investimentos em estrutura” (BARBOSA, 2008 [s.p.] *apud* ACSELRAD, 1999).

Os problemas com a questão habitacional são latentes, principalmente, nos países subdesenvolvidos. A proporção dessa problemática fez com que as Nações Unidas e muitos países se voltassem à reflexão e à busca de alternativas de enfrentamento. Foram realizados inúmeros eventos mundiais, que juntos culminaram num processo de construção dos direitos sociais,

econômico e culturais. Serão destacados, na sequência, aqueles que tiveram como assunto principal o direito à habitação.

Os primeiros sinais significativos de interesse político voltado às questões habitacionais são os contemplados nos documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948; Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento Social, Proclamada pela resolução 2542 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de Dezembro de 1969; Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e em vigor desde 3 de janeiro de 1976; Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. (TRZCINSKI, 2014).

Além desses documentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, outros instrumentos incidem diretamente sobre as políticas públicas voltadas à habitação, quais sejam: da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Agenda 21, resultantes da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que aconteceu no Rio de Janeiro de 03 a 14 de junho de 1992; a Declaração de Vancouver e a Declaração de Istambul para Assentamentos Humanos, bem como as respectivas agendas, Habitat I e II. (TRZCINSKI, 2014).

Pela ordem cronológica, iniciamos a abordagem pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat I), convocada pelas Nações Unidas e que aconteceu em Vancouver, no Canadá, no período de 31 de maio a 11 de junho de 1976. Nesse período os países subdesenvolvidos enfrentavam uma rápida migração de pessoas do meio rural para as cidades, uma urbanização com velocidade que não permitia aos governos agir de forma organizada. O reconhecimento dessa situação como um problema social fez com os integrantes da Organização das Nações

Unidas (ONU) convocassem uma assembleia a fim de debater sobre assentamentos humanos, especialmente nos países em desenvolvimento.

Esse evento foi o primeiro grande sinal do reconhecimento mundial da questão urbana e da moradia como uma necessidade dos seres humanos, indispensável para a qualidade de vida. Como resultado dessa assembleia, entre outros documentos, está a Declaração de Vancouver sobre os Estabelecimentos Humanos, o Plano de Ação de Vancouver, as resoluções 32/162 e 31/109.

A declaração de Vancouver sobre os Estabelecimentos humanos resume as principais questões tratadas durante a assembleia. Ela documenta o reconhecimento dos países envolvidos de que os assentamentos humanos são um pré-requisito para a plena satisfação das necessidades básicas e reconhecem a dificuldade que os países têm enfrentando para atender as necessidades básicas de seus povos, na busca pela dignidade humana.

A forma como grande parte da população vive em relação aos assentamentos humanos é tratada na Declaração como inaceitável, principalmente nos países em desenvolvimento, afirmando que é o resultado do crescimento econômico desigual; deterioração social, econômica, ecológica e ambiental; crescimento da população mundial; urbanização descontrolada; atraso rural; dispersão rural; migração involuntária. (UNITE NATIONS, 1976).

A declaração reconhece que a solução para esses problemas, ou a forma de melhorar tal situação, seria uma ordem econômica mundial justa e equitativa, mas também reconhece que isso é um desafio para a compreensão humana.

Outro fruto da Conferência Habitat I, é um plano de ação que foi apresentado juntamente com a Declaração de Vancouver. O plano estabelece 64 recomendações de ações nacionais que visam promover políticas adequadas nos âmbitos locais e regionais, urbanas e rurais para ações nacionais e de cooperação

internacional voltada à qualidade de vida nos assentamentos humanos.

A resolução 31/109, destaca a necessidade urgente de soluções para os problemas de assentamentos humanos em todo o mundo, exortando as comissões regionais e outras organizações internacionais a intensificar as ações de apoio à implementação e avaliação de projetos de melhoria dos assentamentos humanos. A resolução reconhece o relatório da conferência e os demais documentos citados anteriormente. (Resolução 31/109, 1976).

Já a resolução 32/162, de 19 de dezembro de 1977, diz respeito à cooperação internacional para os assentamentos humanos, ressaltando que a qualidade de vida de todas as pessoas nos assentamentos humanos necessita de intervenções urgentes e que isso é uma responsabilidade dos governos. Sobre a cooperação internacional, estabelece que deve ser vista como um instrumento de desenvolvimento socioeconômico, apoiando de forma prioritária e sem discriminação os programas e ações voltados aos assentamentos humanos, como recomenda a conferência Habitat I. Deve ser oferecido apoio técnico aos países em desenvolvimento, para que possam formular políticas, bem como fazer a gestão, fomentar a educação e a investigação sobre assentamentos humanos. Além de apoio técnico, quando necessário, deve ser dado apoio financeiro aos países que solicitarem. (Resolução 32/162, 1977).

No ano de 1992, de 3 a 14 de junho, foi realizada uma conferência no Rio de Janeiro, denominada Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD). Também conhecida como RIO 92, ECO92 ou Cúpula da Terra, essa conferência teve a convocação aprovada em 1989, pela Assembleia Geral da ONU, por meio da resolução 44/289.

A Rio 92 representa um marco para as Nações Unidas, pois é a partir deste momento que se torna explícito o interesse internacional de conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização dos recursos da natureza. A conferência abriu as portas

para o debate sobre sustentabilidade e possibilitou a definição de estratégias a serem adotadas em todo o mundo, visando à redução dos danos ambientais e à qualidade de vida das populações.

Entre os objetivos da Rio 92, segundo Bursztyn e Bursztyn (2012, p.102), destaca-se:

- Examinar a situação ambiental do mundo e as mudanças ocorridas depois da conferência de Estocolmo;
- Identificar estratégias regionais e globais para ações apropriadas referentes às principais questões ambientais;
- Recomendar medidas a serem tomadas no âmbito nacional e internacional, relativas à proteção ambiental;
- Promover o aperfeiçoamento dos protocolos ambientais internacionais, e
- Examinar estratégias de promoção de desenvolvimento sustentável.

Ainda segundo os autores, a conferência definiu que seriam abordados nove temas ou problemas ambientais principais, quais sejam:

Proteção da atmosfera e mudanças climáticas; proteção de águas doces; proteção e controle dos oceanos, mares e áreas costeiras; preservação da biodiversidade; biotecnologia; gestão de resíduos; qualidade de vida das populações mais pobres; e promoção de saúde. (BURSZTYN e BURSZTYN, 2012, p.102).

Houve o entendimento de que não é possível dissociar os componentes econômicos, ambientais e sociais, pois não há como se garantir a sustentabilidade do desenvolvimento. Percebe-se esse interesse quando entre as expectativas da conferência está o fato de priorizar o meio ambiente em detrimento ao capital, ou seja, não retirar da natureza com maior velocidade do que ela pode repor. Desta forma, os países ricos teriam que repensar suas formas de produção no sentido de reduzir drasticamente o consumo, principalmente de energias fósseis devido ao aquecimento global, ao mesmo tempo em que deveriam investir em pesquisas que

também beneficiem países do Sul para que seu desenvolvimento seja de acordo com as ideias debatidas na conferência.

Outra evidência da intenção de relacionar as questões ambientais, econômicas e sociais é o objetivo de “privilegiar a gestão do meio urbano, considerando as condições deploráveis de grandes concentrações urbanas do planeta e a ineficácia, com poucas exceções, das políticas públicas de urbanismo e habitação”. (BURSZTYN; BURSZTYN, 2012 p. 103). É a esse objetivo que vou me ater, para fundamentar a tese de que é nesse momento que são iniciados, com maior afinco, os debates internacionais sobre as questões habitacionais e, principalmente, é difundida a ideia de que a habitação é fundamental para a qualidade de vida e saúde da população.

A RIO 92 foi a mais importante reunião já realizada pela ONU até aquele momento. Na ocasião foram produzidos e aprovados pelos governos três instrumentos não obrigatórios e duas convenções. (BURSZTYN; BURSZTYN, 2012). Entre os documentos aprovados está a Declaração do Rio, uma carta que reafirma a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano resultante da conferência realizada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e apresenta 27 princípios a serem adotados que visam à proteção dos recursos naturais e a busca do desenvolvimento sustentável e de melhores condições de vida para todos os povos. Destacam-se, entre os princípios, a centralidade nos seres humanos sobre as preocupações com o desenvolvimento sustentável. (BURSZTYN; BURSZTYN, 2012).

O texto da Declaração do Rio sinaliza para a preocupação mundial com a questão ambiental, social e econômica. Trata-se de um alerta para os países que devem unificar-se em busca da sustentabilidade, sem desconsiderar as especificidades de cada país assinante e destacando que os países desenvolvidos devem voltar o olhar para os países subdesenvolvidos para que todos caminhem na direção da qualidade de vida das populações e das gerações futuras.

Entre os documentos resultantes da RIO 92 está a Agenda 21, um dos principais instrumentos pactuados entre as 179 Nações, que teve como objetivo principal traçar as premissas básicas para alcançar o desenvolvimento sustentável em nível mundial e introduzir um plano de ação para a gestão ambiental e o desenvolvimento econômico no século XXI.

Vitae e Civilis (2006, [s.p]) destacam que a Agenda 21:

É um processo participativo que envolve os setores públicos, privado e a sociedade civil, para a elaboração de uma agenda de compromissos, ações e metas, para transformar o desenvolvimento de um determinado local, com base nos princípios da sustentabilidade da vida.

Ela traz uma série de recomendações quanto à contribuição de governos e organismos internacionais e de demanda por cooperação mundial entre os diversos atores internacionais, bem como setores da sociedade, e a população com vistas à sua implementação. (RIBEIRO, 2001).

O Governo brasileiro iniciou em 1997 e concluiu tão somente em 2002 a elaboração da Agenda 21 Brasileira, em um processo que envolveu várias instituições e lideranças dos diversos setores políticos, sociais, culturais, acadêmicos e econômicos. A Agenda 21 influenciou diretamente o desenvolvimento das políticas públicas brasileiras voltadas à habitação. (VITAE E CIVILIS, 2006).

A Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II) foi realizada em Istambul, na Turquia, no período de 03 a 14 de junho do ano de 1996. Popularmente chamada de Habitat II, essa conferência teve como foco das discussões as cidades sustentáveis e abrigo adequado para todos. Como resultados, foram aprovados a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos e o plano de ação da Conferência, a Agenda Habitat. (ONU, 1996).

A declaração apresenta 15 tópicos nos quais estão salientados os interesses dos chefes de Estado e das delegações participantes em estabelecer metas universais para os

assentamentos humanos e moradia adequada a todos, tema da conferência. A declaração destaca o comprometimento e o apoio para a implementação da Agenda Habitat e o compromisso para melhorar os padrões de vida, preservar a diversidade e promover a solidariedade entre todos os povos. Reconhece que para melhorar a qualidade de vida nos assentamentos humanos, já entendidos como em crise, é necessário repensar os padrões de produção e consumo insustentáveis. Salienta que os problemas são globais, porém os países e regiões enfrentam problemas específicos. Por isso, as questões voltadas à moradia e os esforços em resolver essas questões devem ser empreendidos no sentido de atender as especificidades tanto das cidades grandes como das pequenas e dos vilarejos, principalmente nos países em desenvolvimento onde a questão é reconhecidamente um problema latente. Destaca a interdependência do desenvolvimento rural e urbano. (NACIONES UNIDAS, 1996).

A declaração expressa o entendimento de que a preocupação principal deve ser com os seres humanos e reconhece as necessidades especiais das mulheres, crianças e adolescentes, destacando que os esforços principais devem ser empreendidos para erradicação da pobreza e discriminação, promover e proteger os direitos humanos, liberdades fundamentais e atender as necessidades básicas. (NACIONES UNIDAS, 1996).

Entre outros apontamentos, a declaração reafirma o compromisso com a busca por condições adequadas de moradias, ambientalmente responsáveis, promoção de padrões sustentáveis de produção, consumo, transporte, prevenção da poluição e a preservação de oportunidades para gerações futuras. Sinaliza o início de uma nova era, voltada à cooperação e a uma visão positiva dos assentamentos humanos sustentáveis. (NACIONES UNIDAS, 1996).

O plano de ação aprovado na Conferência Habitat II, também chamada de Agenda Habitat, foi influenciado pela agenda 21, fruto da Rio 92 (tema que será apresentado no próximo item).

No plano, são apresentados princípios, objetivos, metas para os próximos 20 anos e um conjunto de compromissos assumidos pelos governos, além de estratégias para sua implementação.

Os princípios e objetivos consideram, entre outras questões, a importância de ter assentamentos humanos equitativos onde todas as pessoas tenham garantido o acesso à habitação, saúde, educação, etc.; buscam a erradicação da pobreza em uma perspectiva de desenvolvimento sustentável; a qualidade de vida nas aldeias, vilas e cidades; destacam a necessidade de fortalecer a família como célula fundamental da sociedade; o fomento da solidariedade com os desfavorecidos e vulneráveis etc. (AGENDA HABITAT PARA MUNICÍPIOS, 2003)

Os Estados, por seus representantes, assumem neste plano o compromisso de lutar pela implementação da Agenda Habitat desenvolvendo planos, programas e políticas que compreendam as necessidades locais, regionais e nacionais, com a cooperação internacional e considerando como prioritárias:

Ao implementar esses compromissos, deve ser dada uma atenção especial às circunstâncias e às necessidades de pessoas vivendo na pobreza, desabrigados, mulheres, idosos, povos indígenas, refugiados, pessoas deslocadas, deficientes e aqueles que pertencem a grupos desfavorecidos ou vulneráveis. Consideração especial deve ser dada às necessidades específicas e condições das crianças, especialmente as que vivem nas ruas. (AGENDA HABITAT PARA MUNICÍPIOS, 2003, p. 33).

Reafirmam o compromisso com as questões de moradia, habitação adequada para todos; assentamentos humanos sustentáveis; empoderamento e participação dos todos os atores-chave dos setores público, privado e comunitário; igualdade entre homens e mulheres; fortalecimento dos mecanismos de financiamento; cooperação e as parcerias internacionais e comprometem-se a estabelecer critério para a avaliação do progresso das ações, usando como um dos indicadores o bem-estar

das crianças, por considerar as crianças um indicador crítico de uma sociedade saudável. (PLANO DE AÇÃO HABITAT II, 1996).

A partir dessa análise global, passamos a observar a questão habitacional no Brasil, descrevendo brevemente a evolução histórica, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, da Política Nacional de Habitação de novembro de 2004 e do Estatuto Da Cidade, lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

2 Política de Habitação no Brasil

Para discorrer sobre a política de habitação no Brasil descrevemos, nesse item, a evolução das ações voltadas à habitação no país a partir da década de 1930, quando iniciaram as intervenções do Estado junto às questões habitacionais. Nesse período o país vivia num sistema econômico liberal, onde o setor público privilegiava as ações voltadas ao setor privado. As intervenções só aconteciam em casos extremos por meio de legislações sanitárias, policial e a concessão de isenções fiscais. (FERREIRA, 2009).

As cidades já estavam numerosas, os imigrantes e a população que saía do meio rural em busca de uma vida melhor nas cidades já enfrentava problemas com a precariedade habitacional. A grande demanda fez com que os aluguéis se tornassem um negócio lucrativo, acentuando a valorização imobiliária. (FERREIRA, 2009).

Segundo Sampaio e Pereira (2003, [s.p]), o poder público “não só delegava à iniciativa privada as providências relacionadas à ocupação do espaço urbano, como manifestava a intenção de ‘segregar’ a população trabalhadora em áreas distantes do núcleo central da cidade”, uma intenção clara de valorizar as áreas centrais.

Até os anos de 1930, a habitação estava totalmente nas mãos do setor privado, que passou a vislumbrar grandes lucros com os aluguéis, considerando que não havia financiamentos para

casas próprias e a única alternativa para a população pobre era alugar suas moradias, mesmo em lugares afastados e em condições insalubres, os famosos cortiços. (FERREIRA, 2009).

A questão dos valores dos aluguéis esteve, no período, quase sempre entregue à livre negociação entre o locador e o inquilino, não intervindo o Estado na sua regulamentação, como era a regra da ação estatal no que se referia aos diversos aspectos da reprodução da força de trabalho. O Código Civil, que regulava a questão, estabelecia o «império absoluto da propriedade», não prevendo qualquer regra na fixação dos aluguéis, que eram regidos por contratos particulares. Apenas num curto período, entre 1921 e 1927, houve um pouco eficaz lei do inquilinato (BONDUKI, 1994, [s.p]).

A referida lei congelou os preços dos aluguéis. Essa medida foi tomada para responder a crise de moradia e os altos preços estipulados pelos donos dos imóveis que viam na locação uma forma lucrativa para enfrentar a crise provocada pela conjuntura da guerra, quando o nível de construção caiu a quase zero. Essa iniciativa do governo não teve grandes resultados, pois não previa a impossibilidade de despejo, deixando mais uma vez os locatários nas mãos dos locadores. (BONDUKI, 1994, [s.p]).

Entre as primeiras iniciativas de resolver os problemas de moradia está a criação das vilas operárias. Essas vilas seriam construídas pelo setor privado, incentivada pelo poder público com o objetivo de fornecer condições de moradias dignas aos trabalhadores. As casas estavam sempre localizadas próximas às indústrias, o que possibilitava ao empregador dispor do empregado sempre que fosse necessário, mesmo fora de sua jornada de trabalho. As casas não eram construídas pelo poder público, pois as elites não aceitavam que fosse fomentada a construção de casas para “dar” aos pobres, visto que iria desestimular a produção privada. (BONDUKI, 1994).

Esse era o argumento usado para defender o afastamento do Estado da produção direta de moradias para pessoas pobres,

mesmo que mediante ao pagamento de aluguéis com valores muito abaixo dos oferecidos pelo setor privado. Essa perspectiva demonstra a lógica que orientava o Estado Liberal da República Velha. (BONDUKI, 1994).

Já na década de 1930, sob o governo de Vargas, houve iniciativas do poder público em relação à nova classe social que se apresentava, as massas populares urbanas.

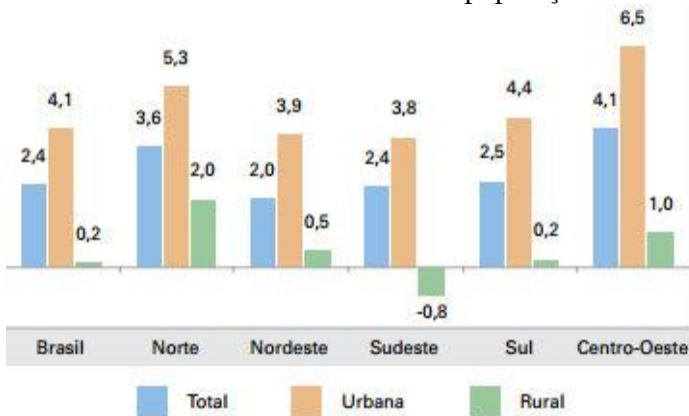
Trata-se do momento em que o Estado brasileiro passa a intervir tanto no processo de produção como no mercado de aluguel, abandonando a postura de deixar a questão da construção, comercialização, financiamento e locação habitacional às livres forças do mercado, que vigorou até então. (BONDUKI, 1994, [s.p]).

Pode-se dizer que a década de trinta representou uma “ruptura na forma de intervenção do Estado na economia e na regulamentação das relações capital/trabalho” (BONDUKI, 1994, [s.p]). Nesse período, acontecia o declínio de uma classe social formada pela elite agrária rural, os Senhores do Café, ao mesmo tempo em que se fortalecia a burguesia industrial, trazendo com ela a formação do proletariado urbano, as grandes massas populares. É nesse contexto de mudança que o Estado passa a definir sua atuação dentro desta sociedade. A partir de então, o país passou a avançar do período rural para a industrialização e em meio a essas mudanças surgiram novas perspectivas em relação à atenção ao trabalhador e também relacionadas às questões de moradia. (CARVALHO, 2009).

Uma característica importante a ser observada em relação à década de 1940 e às que a sucederam é a grande mudança nas estruturas das cidades. Isso se deve à grande urbanização que aconteceu nesse período. Segundo dados do IBGE, a população do Brasil, em 1940, era de 41,2 milhões de habitantes, e em 2000 já eram 169,8 milhões de habitantes. Isso representou um crescimento de quatro vezes a sua população, um aumento no seu contingente de 128,6 milhões de pessoas. (IBGE, 2003).

O gráfico a seguir mostra em porcentagem o crescimento anual da população no período, por situação do domicílio, segundo as Grandes Regiões - 1940/2000.

Gráfico: Crescimento anual da população.

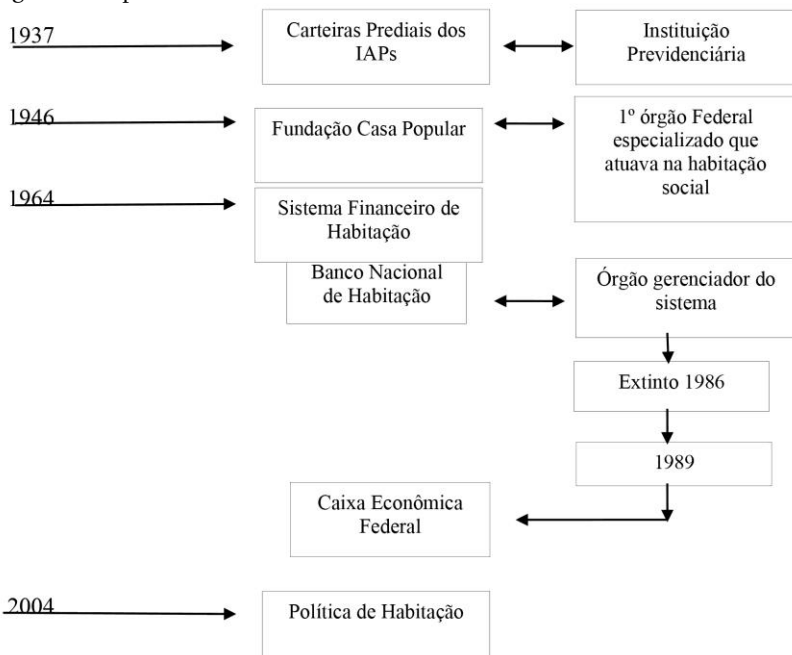


Fonte: IBGE, Censo Demográfico 1940/2000.

A partir do levantamento feito pelo IBGE sobre os anos de 1940 e anos 2000, foi possível observar que a grande massa da população concentrou-se nas áreas urbanas, destacando-se as Regiões Centro-Oeste e Norte.

A figura abaixo apresenta um mapeamento das principais ações da Política Habitacional no Brasil e será o norte para as análises.

Figura 2: Mapeamento da Política Habitacional no Brasil



Fonte: TRZCINSKI, 2014, p. 42

As primeiras iniciativas de ações na área habitacional ocorreram através dos Institutos de Aposentaria e Pensões (IAPs) através do Decreto nº 1.749, de 28 de Junho de 1937, o qual aprova novo regulamento para a aquisição de prédios destinados à moradia dos associados e à sede dos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões, seguida pela instituição da Fundação da Casa Popular (FCP), em 1946, iniciativas relevante no sentido da habitação social.

Os IAPs foram criadas no ano de 1937 e, segundo Almeida (2016, [s.p.]),

[...] tinham como principal objetivo organizar o setor previdenciário do país, garantir aposentadorias e pensões aos seus associados em caso de doenças, incapacidades ou morte do chefe de família, assistência médica, investimentos em setores diversos, inclusive de obras públicas, além de assistência aos

programas sociais governamentais como a construção e/ou aquisição de moradias.

Representam a origem da produção estatal da habitação social em larga escala. O incentivo financeiro do Estado voltado à habitação passa a ser considerado fundamental e fomentado pela indústria de construção civil, pois atenderia a seus interesses financeiros, preocupados notoriamente com a “defesa destes interesses, mais do que uma suposta preocupação social”. (BONDUKI, 1994, p. 725).

A lei do inquilinato foi criada para manter os preços dos aluguéis. Congelou por dois anos o aluguel no mesmo valor pago em dezembro de 1941. Esse decreto fez parar os rendimentos dos locadores justamente em um período de inflação crescente, por isso encontravam brechas nas leis para despejar os inquilinos e alugar novamente o imóvel com o valor reajustado. (BONDUKI, 1994, p. 722).

Com a situação dos preços dos aluguéis e por consequência do aumento dos despejos, a situação de habitação ficava cada vez mais agravada, aumentando assim a especulação imobiliária. Isto, concomitante ao aumento da inflação e ao crescimento da demanda, provocou uma acentuada elevação nos preços dos terrenos. “Este crescimento estava sendo promovido por um novo setor de empreendimentos imobiliários, os incorporadores – que, por sua vez, também se beneficiavam das facilidades de crédito garantidas tanto pelos IAPs, (Plano C) como pela expansão das Caixas Econômicas”. (BONDUKI, 1994, p. 723).

O ano de 1946 foi marcado pela criação da Fundação Casa Popular (FCP). O intuito era atender as necessidades habitacionais das pessoas que não tinham acesso aos IAPs, e proporcionava a aquisição e a construção de moradias populares tanto em áreas urbanas quanto rurais e foi o primeiro órgão federal especializado que atuava na habitação social. Era financiada pela União e por isso seus recursos eram limitados. Justamente por falta de recursos, a

FCP não conseguiu se estabelecer e foi extinta no ano de 1964. (FERREIRA, 2009).

No ano de 1964, foram criados o Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e o Banco Nacional de Habitação (BNH). Tratava-se de uma estratégia de enfrentamento à crise de moradia gerada pela acelerada urbanização. Pretendiam “consolidar uma política de financiamento capaz de estruturar o setor de construção civil habitacional e [...] aumentar o apoio da massa popular aos militares”. (FERREIRA, 2009, p. 19).

O BNH contava inicialmente com um bilhão de cruzeiros e sua arrecadação seria “de 1% da folha de salários sujeitos à consolidação do trabalho”. (FERREIRA, 2009 p. 19). Com a criação em 13 de setembro de 1966 do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, os recursos do BNH aumentaram consideravelmente. Mesmo assim não foi suficiente para atender as necessidades habitacionais da população; isso porque o ritmo de urbanização era muito maior do que a capacidade de captar recursos. O SFH e o BNH não atingiram a sua finalidade, pois atenderam a uma população que não a de mais baixa renda. Isso porque a única forma de financiamento era sob os critérios bancários e sem subsídio. Por isso não resolveu o problema da moradia, além de gerar a periferização e segregação espacial, porque fomentou a construção de grandes conjuntos habitacionais em lugares apartados da cidade, com dificuldade de acesso e infraestrutura limitada. (FERREIRA, 2009).

Já na década de 1980, quando o Brasil enfrentava uma grave crise econômica resultante do regime militar, a inflação e o desemprego afetaram ditamente o SFH, baixando as entradas do FGTS e as poupanças e aumentando a inadimplência; muitas pessoas que tinham suas moradias financiadas já não tinham mais condições de honrar os pagamentos. Esse período é caracterizado pelas lutas e reivindicações sociais contra a repressão e o autoritarismo da ditadura militar. Como o BNH estava ligado ao regime autoritário, também foi alvo das reivindicações. Para

acalmar os ânimos e diminuir as críticas foram lançados reduções nas prestações. Essa ação resultou em um grande rombo no sistema financeiro, aumentando as dificuldades para sua sustentação sem diminuir as críticas. No ano de 1986, o BNH é extinto e as ações passam a ser desenvolvidas pela Caixa Econômica Federal, agora sob uma nova perspectiva da política habitacional. (FERREIRA, 2009)

Ainda sobre a análise da década de 1964, decorrente da preocupação com a habitação digna, o princípio da função social da propriedade, no Brasil, foi introduzido no ordenamento jurídico a partir da Emenda Constitucional n.º 10, de novembro de 1964 à Constituição Federal de 1946, modificando o conceito de propriedade até então vigente. A consequência da inovação promovida por essa Emenda Constitucional foi o advento do Estatuto da Terra, que em seu artigo 2º preceituou, que é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra condicionada pela sua função social, na forma prevista na lei. (FALCÃO, 2016[s.p.])

Na Constituição Federal de 1967, a função social da propriedade foi elencada como um dos princípios de justiça social, recebendo tratamento semelhante na Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Todavia, foi na Constituição Federal de 1988 que a propriedade privada e a necessidade de atender a sua função social foi elevada ao patamar dos direitos e garantias fundamentais descritos no artigo 5º, XXII e XXIII. No título da ordem econômica e financeira, é garantida a propriedade privada, atentando-se para a sua função social, conforme descrito no seu artigo 170, II e III da norma constitucional.

A carga histórica de exclusão social vivida no país, afeta todos os municípios brasileiros e ainda representa um desafio aos governantes de norte a sul do país. Foi a partir do reconhecimento dessa situação como problema social a ser enfrentado, que em meados dos anos de 1970 e 1980, retomou-se a mobilização em

torno da renovação do movimento pela reforma urbana. O movimento havia iniciado em 1960, mas por conta do golpe militar e do regime político autoritário, ficou inviabilizado. (SAULE JÚNIOR; UZZO, 2014).

Anos depois, essa bandeira de luta ganhou força em todo o Brasil, houve grande esforço e participação popular, mobilizados para que a Constituição Federal, que estava em fase de discussão, contemplasse os “instrumentos que levassem à instauração da função social da cidade e da propriedade no processo de construção das cidades”. (BRASIL, 2001).

A Constituição Federal (CF) de 1988 representou o marco regulatório para a Política Urbana no país. Por meio da Emenda Constitucional nº 26, promulgada no ano 2000, a moradia tornou-se direito social. Além de expressar esse direito, a CF definiu aspecto importante em relação ao estabelecimento do processo de descentralização e, conseqüentemente, redefinição de atribuições aos estados e municípios no que se refere à gestão das cidades. A Constituição Federal de 1988 inseriu um capítulo da Política Urbana, que teve como fundamento o movimento pela reforma urbana, tendo como princípios básicos a submissão da propriedade a sua função social, o dever/obrigação do Estado de assegurar os direitos urbanos aos cidadãos, o direito à cidade e à participação da população nos processos de gestão urbana.

Além disso, propôs a criação do Sistema Nacional de Política Habitacional, por meio do primeiro Projeto de Lei de Iniciativa Popular n. 2.710/1992, que após tramitar por longos 13 anos se concretizou na Lei n. 11.124/2005, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS); cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e o seu Conselho Gestor no campo legislativo.

Após a promulgação da Constituição de 1988, o movimento da Reforma Urbana continuou na busca de instrumentos que visem melhorar o sistema habitacional, atuando em duas frentes. Conforme Pinheiro (2010, p. 58), “em escala nacional, na

regulamentação do Capítulo da Política Urbana da Constituição (artigos 182 e 183), que depois de tramitar 12 anos com muita discussão e modificações resultou finalmente na aprovação do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001”.

Sobre o Estatuto da Cidade, Rolnik explica:

O Estatuto da Cidade pode ser definido também como a lei federal de desenvolvimento urbano, que regulamenta os instrumentos de política urbana que devem ser aplicadas pela União, Estados e especialmente pelos Municípios e está dividida em cinco Capítulos, sendo que o primeiro é o capítulo que trata das Diretrizes Gerais, o segundo, dos Instrumentos da Política Urbana, o terceiro do Plano Diretor, o quarto da Gestão Democrática da Cidade e o último tratam das Disposições Gerais. (ROLNIK, 2002, p. 27).

Pode-se afirmar que o Estatuto da Cidade é uma lei federal direcionada especialmente aos municípios, criando diretrizes para a implantação de planos diretores participativos, objetivando assim alcançar melhorias no aspecto urbanístico e definindo uma série de mecanismos que tem no combate à especulação imobiliária e na regularização fundiária dos imóveis urbanos seu principal foco.

Com a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, o Estatuto da Cidade estabeleceu que a política urbana fosse de responsabilidade dos municípios, sendo o Plano Diretor instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, com mecanismos para que a propriedade efetivamente cumpra a sua função social, e ainda expondo penalidades para aqueles que buscarem apenas a especulação imobiliária.

No Estatuto da Cidade é tratada também outra situação muito comum e relevante nas cidades brasileiras, que é a ocupação irregular de áreas públicas e privadas e a necessidade de regularização fundiária visando transformar a realidade desigual.

Evidencia-se que o Estatuto da Cidade dedica grande parte de seu conteúdo aos instrumentos para a promoção da política

urbana, em especial na esfera municipal. Assim, pode-se concluir que os princípios do Estatuto da Cidade na promoção da política urbana estão direcionados para a busca da função social da propriedade e a gestão democrática municipal com a participação popular no planejamento das cidades. Para atingir estes objetivos, o Estatuto da Cidade se utilizará de instrumentos de natureza tributários, financeiros, jurídicos, administrativos e políticos que visem ações que diminuam ou acabem com os graves problemas de desigualdades existentes nas cidades brasileiras.

Atender as necessidades urbanas não diz respeito apenas a recursos financeiros ou vontade política. Trata-se de um processo complicado e de resultados em longo prazo que dependem de um planejamento adequado. Para atender a essa necessidade de planejar as ações e intervenções do Estado visando amenizar os conflitos decorrentes da habitação, foi criada no ano de 2004, a Política Nacional de Habitação (PNH). “A elaboração e implementação da Política Nacional da Habitação obedecem a princípios e diretrizes que têm como principal meta garantir à população, especialmente a de baixa renda, o acesso à habitação digna.” (PNH, 2004, p. 29).

A PNH representa a conquista de uma política para garantir habitação digna que não considere apenas a casa, mas sim todo o entorno e a infraestrutura necessária para compor a moradia. Segundo a Política Nacional de Habitação (2004, p. 12),

A Política de Habitação se inscreve dentro da concepção de desenvolvimento urbano integrado, no qual a habitação não se restringe à casa, incorpora o direito à infraestrutura, saneamento ambiental, mobilidade e transporte coletivo, equipamentos e serviços urbanos e sociais, buscando garantir direito à cidade

Para tanto, são viabilizados pela PNH instrumentos como o Sistema Nacional de Habitação, que estabelece uma gestão da política de forma participativa e democrática, trata da integração entre os três níveis de governo e demais agentes envolvidos tanto

públicos quanto privados e define as regras para a articulação financeira. Outro instrumento é o Desenvolvimento Institucional que trata do Plano de capacitação e Desenvolvimento Institucional. O Sistema Nacional de Informação, Avaliação e Monitoramento da Habitação é uma ação estratégica para garantir a permanente revisão e redirecionamento da política habitacional bem como dos programas e ainda o Plano Nacional de Habitação que vai estabelecer metas, linhas de financiamento e programas a serem implementados. (PNH, 2004).

A PNH estabelece seis princípios que contemplam o direito à moradia, enquanto um direito humano, individual e coletivo; moradia digna; função social da propriedade urbana; questão habitacional como uma política de Estado uma vez que o poder público; gestão democrática; e articulação das ações de habitação à política com as demais políticas sociais e ambientais. (PNH, 2004).

Entre os objetivos PNH (2004, p. 31) apresenta:

- Universalizar o acesso à moradia digna em um prazo a ser definido no Plano Nacional de Habitação, levando-se em conta a disponibilidade de recursos existentes no sistema, a capacidade operacional do setor produtivo e da construção, e dos agentes envolvidos na implementação da PNH;
- Promover a urbanização, regularização e inserção dos assentamentos precários à cidade;
- Fortalecer o papel do Estado na gestão da Política e na regulação dos agentes privados;
- Tornar a questão habitacional uma prioridade nacional, integrando, articulando e mobilizando os diferentes níveis de governo e fontes, objetivando potencializar a capacidade de investimentos com vistas a viabilizar recursos para sustentabilidade da PNH;
- Democratizar o acesso à terra urbanizada e ao mercado secundário de imóveis;
- Ampliar a produtividade e melhorar a qualidade na produção habitacional; e
- Incentivar a geração de empregos e renda dinamizando a economia, apoiando-se na capacidade que a indústria da

construção apresenta em mobilizar mão-de-obra, utilizar insumos nacionais sem a necessidade de importação de materiais e equipamentos e contribuir com parcela significativa do Produto Interno Bruto (PIB).

Mais do que tratar do direito à moradia, a PNH oficializa o direito à moradia digna, considerando o entorno, tratando-a com a devida prioridade que o tema impõe e reafirmando que se trata de uma política de responsabilidade do Estado.

3 Programa Minha Casa Minha Vida

O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) é uma das mais importantes ações voltadas a estruturação do financiamento à aquisição e à construção de moradias, foi criado a partir da Lei nº 11.977, sancionada em 7 de julho de 2009. Trata-se de um programa do Governo Federal que tem como objetivo fomentar o acesso à moradia por famílias de baixa renda.

Em um período de crise mundial o Governo Federal precisou desenvolver medidas de incentivo à atividade econômica, dentre essas medidas está o estímulo ao setor da construção civil e infraestrutura, por meio do PMCMV, que além de fomentar os investimentos nesse setor, também promoveu o aumento na geração de empregos e consequentemente no consumo e produção de bens e serviços.

O PMCMV é dividido em duas modalidades, Minha Casa Minha Vida Entidades e Minha Casa Minha Vida Rural. A modalidade Entidades, tem como objetivo fomentar a acesso a habitação nos padrões mínimos de sustentabilidade, segurança e habitabilidade à população de baixa renda. Mantereí o foco de análise nessa faixa, pois nela que engloba o público-alvo desta pesquisa.

O PMCMV Entidades refere-se exclusivamente a empreendimentos habitacionais direcionados ao público da faixa

de número 1, onde o déficit habitacional brasileiro se concentra majoritariamente, a população de baixa e baixíssima renda e que estejam em área urbana. Ele pode ser concedido diretamente ao beneficiário enquanto pessoa física, ou a entidades jurídicas que reúnam os beneficiários e estejam habilitadas pelo Ministério das Cidades.

A imagem abaixo nos mostra o deficit habitacional por faixa de renda, onde podemos perceber que a maioria das pessoas que não possuem uma habitação são as que vivem com até 3 salários-mínimos.

Salários	% do déficit habitacional	Unidades
Até 3	90,90%	400.000
3 - 6	6,70%	400.000
6 - 10	2,40%	200.000
Total	100,00%	1.000.000

Figura 3: Déficit Habitacional por faixa de renda

Fonte: fonte: Caixa Econômica Federal, 2009.

Um dos critérios de seleção do programa é a renda familiar, por isso está organizado por faixas, em que são classificados do menor ao maior valor de arrecadação de cada família. A Figura 4 descreve a quem se destina cada faixa.

Renda familiar mensal	Faixa do Minha Casa Minha Vida	Característica
Até R\$ 1.800,00	Faixa 1	Até 90% de subsídio do valor do imóvel. Pago em até 120 prestações mensais de no máximo R\$ 270,00, sem juros.
Até R\$ 2.350,00	Faixa 1,5	Até R\$ 45.000,00 de subsídio, com 5% de juros ao ano.
Até R\$ 3.600,00	Faixa 2	Até R\$ 27.500,00 de subsídio, com 5,5% a 7% de juros ao ano.
Até R\$ 6.500,00	Faixa 3	8,16% de juros ao ano.

Figura 4: Renda Familiar e Faixa das famílias beneficiárias do PMCMV

Fonte: Governo Federal (2016)

A seleção dos beneficiários é determinada pela portaria do Ministério das Cidades nº 412 de 6 de agosto de 2015,

2.1 Para fins de seleção dos candidatos a beneficiários, os municípios, estados e Distrito Federal deverão observar, obrigatoriamente, condições de enquadramento e critérios nacionais de priorização, podendo adotar, ainda, até 3 (três) critérios adicionais.

2.1.1 As condições de enquadramento dos candidatos a beneficiários são:

- a) renda familiar compatível com a modalidade; e
- b) não ser proprietário, cessionário ou promitente comprador de imóvel residencial.

2.1.2 Os critérios nacionais são:

- a) famílias residentes em áreas de risco ou insalubres ou que tenham sido desabrigadas, comprovado por declaração do Ente Público;
- b) famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar, comprovado por autodeclaração; e
- c) famílias de que façam parte pessoa (s) com deficiência, comprovado com a apresentação de laudo médico. (MINISTÉRIO DAS CIIDADES, 2015).

Os recursos para essa finalidade são provenientes de investimentos do Orçamento Geral da União (OGU), e do Fundo de Desenvolvimento Social (FDS). Até o momento, foi investida no país a quantia de R\$ 294,494 bilhões para a construção de 4.219.366 unidades; destas 2.632.953 já foram entregues. O Estado de Santa Catarina teve investido o valor de R\$13,535 bilhões para a construção de 169.221 unidades e foram entregues 128.297. O município de Chapecó conta com 1.317 Beneficiários.

A experiência analisada sob o marco do Programa Habitacional Minha Casa Minha Vida esta localizado no município de Chapecó-SC, O objeto de estudo desta pesquisa é o Loteamento Expoente, localizado no bairro Seminário, município de Chapecó, construído com recursos do Programa Minha Casa Minha Vida do

Governo Federal, mediante uma parceria entre a Caixa Econômica Federal e a Prefeitura de Chapecó. A obra foi autorizada, e o contrato foi assinado em uma solenidade no dia 26 de novembro de 2009, e neste mês a Construtora Embracol, firmou o contrato de construção do loteamento junto a Caixa Econômica Federal. Trata-se do maior empreendimento habitacional no oeste catarinense, construído em uma área de 82 mil metros quadrados, com um total de 470 moradias. O investimento total no projeto é de R\$ 20,6 milhões. O empreendimento foi entregue em um prazo extraordinário de pouco mais de 14 meses.

Considerações finais

O alto déficit habitacional em nosso país deixa evidente a incapacidade do Estado em gerir ou desenvolver políticas que atendam a essa expressão da questão social e nos faz reconhecer a amplitude do tema, por tanto nos atemos ao objetivo de analisar uma experiência recente em município de porte médio, no marco do Programa Habitacional Minha Casa Minha Vida.

É de conhecimento que para os parâmetros capitalistas ao qual estamos submetidos, o desempenho de um país é sinalizado principalmente pelo seu crescimento econômico. A priorização desse em detrimento ao desenvolvimento social e ambiental nos remete a precarização dos espaços urbanos. Principalmente porque, como vimos anteriormente, o espaço urbano repercute as hierarquias sociais, econômicas e culturais das cidades, ou seja, é nele que se dá as relações sociais, por isso que quando a preocupação com as políticas habitacionais são dissociadas da questão social apresentada ela passa a ser meramente paliativa. A experiência observada no município de Chapecó-SC nos remete a essa realidade de eficácia momentânea ou incompleta.

Apesar do apelo social é necessário destacar que o PMCMV teve inicialmente a intenção de estimular o setor da construção civil e infraestrutura, e provocar o crescimento na oferta de

empregos, tratava-se de uma estratégia de enfrentamento a crise mundial. Mesmo com este cunho estratégico, o programa caracterizou-se principalmente pelo aumento de investimento dos recursos provenientes dos cofres públicos aplicados na área de habitação.

Apesar desse aumento nos investimentos públicos, a intervenção permaneceu pautada na iniciativa privada, tornando a moradia uma questão de mercado distanciada da característica de direito social. Permaneceu o pensamento exclusivamente de atender as necessidades de habitação sem considerar a questão da moradia como uma dimensão da cidadania, atendendo as expectativas do setor de construção civil e não as necessidades da população.

O PMCMV apresenta um modelo que inclui a participação dos municípios e estados, porém a concretização dos empreendimentos esta sob responsabilidade da iniciativa privada, isso aliado ao fato de que são os municípios que fazem a doação de terras para a construção de habitação de interesse social faz com que sejam utilizadas principalmente os terrenos mais baratos, ou seja, os que são afastados do centros das cidades, nas periferias, culminando na precarização da habitação.

O poder econômico sempre foi um instrumento de segregação. No caso das cidades, usufruir dos benefícios localizados nos grandes centros é para quem tem condições de comprar e conviver nesses espaços. A própria organização dos municípios, sob a ótica excludente do capital, transforma seus espaços em lugares possíveis e não possíveis para determinadas classes sociais. Quem não tem condições financeiras se submete a moradias em lugares distantes, com pouca ou nenhuma infraestrutura, vivendo às margens das cidades. A isso se deve o argumento de que o PMCMV pouco fez pela questão de planejamento urbano, por sobrepor os objetivos econômicos aos habitacionais.

Percebemos que as ações voltadas a habitação de interesse social tem resultado apenas superficial, principalmente

por atender as necessidades nas questões físicas e estruturais da habitação, sem levar em consideração as questões sociais, que são diferentes em cada comunidade.

Por fim, destacamos que o programa Minha Casa Minha Vida, teve fundamental importância em proporcionar ao cidadão brasileiro o acesso ao financiamento da sua moradia apesar de considerar que é direcionando, notadamente, ao público que não constitui a maioria do déficit habitacional e que tem um amplo caminho a percorrer para garantir o acesso à moradia saudável e o bem-estar pleno das pessoas, sendo que este é fundamental, e deve ser considerado nos planejamentos de conjuntos habitacionais de interesse social.

Referências

BERGAN, Kurt. **Casa Saudável**: um estudo sobre os sentidos da moradia. Rio de Janeiro: UFRJ/FAU/PROARQ, 2005. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/monografias/casa_saudavel.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <<http://200.217.71.99/data/site/uploads/arquivos/constituicao%20federal.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. Ministério das Cidades. **Estatuto da cidade**. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

_____. Ministério das Cidades. **Estatuto da cidade e guia para implementação pelos municípios e cidadãos**. Brasília. 2001. Disponível em <<http://planodiretor.saoulourenco.sc.gov.br/leis/Estatuto%20das%20Cidades.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. Ministério das Cidades. **Política Nacional de Habitação**. Brasília: 2004.

_____. Ministério das cidades. **Estatuto da cidade comentado**. 2010. Disponível em:

<http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PlanelamentoUrbano/EstatutoComentado_Portugues.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

BRITO, Raphael Almeida Basílio de. Política urbana e a constituição federal de 1988: a função social da propriedade privada, os instrumentos de efetivação e a questão social da moradia. FMA. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. Disponível em <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoA/daefb349ba3cce786387Raphael%20Almeida%20Bas%20C3%A4lio%20de%20Brito.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2014.

CARDOSO, Leandro Vilela. **O Direito à Moradia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** 2005. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/leandrovilelacardoso.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

CFESS. **O direito à cidade é um direito coletivo.** Disponível em: <<http://www.cfess.org.br/arquivos/direitoacidade.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

CEOLIN, Sinara; MATTIELO, Alexandre Maurício; FUJITA, Camila; VILLELA, Ana Laura Vianna. **Política habitacional em Chapecó-SC:** a ação pública no planejamento urbano. Disponível em <<https://www.unochapeco.edu.br/static/data/portal/downloads/1604.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

ENGELS, F. **A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra.** Trad. B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010.

GONÇALVES, Natália Martins; ROTHFUSS, Rainer; MORATO, Randy Souza. **A organização e a ocupação do espaço urbano nas cidades do século XXI:** impactos das políticas públicas do Brasil dos anos 90 no direito de ir e vir no ambiente local. *Amicus Curiae*, v. 9, n.9 (2012), 2012. Disponível em: <http://www.geo.uniuebingen.de/fileadmin/website/arbeitsbereich/geogr/humangeographie/team/Rothfuss_Publikationen/Goncales_rothfuss_souza_espacourbano2012.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2014.

MARRA, Natalia Cardoso. Políticas públicas de habitação e a efetivação do direito social e fundamental à moradia. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO

CONPEDI, Fortaleza-CE, junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3309.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

MENEZES, Irismar Sousa de; MAGALHÃES, Solange M. O. **Direitos humanos, violência, moradia:** dignidade ameaçada. Disponível em: <http://strabalhoegenero.cienciassociais.ufg.br/uploads/245/original_stg2008-7-3.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

PRADO, André Luiz. **Ao fim da cidade:** conjuntos habitacionais nas bordasUrbanas. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Escola deArquitetura, 2014, 691f. Orientadora: SilkeKapp.

RAMALHO, Ana Maria Filgueira; SILVA, Vera Lúcia de Orange Lins da Fonseca e. **Conflitos Fundiários Urbanos:** o dilema do direito à moradia em áreas de preservação ambiental. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/TRABALHO.PDF>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade.**Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.6 n.12, p. 57-78, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/77/132>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

ROMAGNOLI, Alexandre J. **O programa “minha casa, minha vida”:** continuidades, inovações e retrocessos. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/Home/Departamentos/AdministracaoPublica/RevistaTemasdeAdministracaoPublica/artigoalexandreromagnoli.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2017.

SAULE JÚNIOR, Nelson Saule; UZZO, Karina. **A trajetória da reforma urbana no Brasil.** Disponível em <<http://www.redbcm.com.br/arquivos/bibliografia/a%20trajectoria%20on%20saule%20k%20ouzzo.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O Direito à Moradia no Brasil.** São Paulo: Instituto Pólis, 2005. 160p.

SILVA, Maria Ozanirada. **A Política Habitacional Brasileira: verso e reverso.** São Paulo: Cortez, 1989.

TOLOSA, Hamilton C. **Os novos desafios da política urbana na era do real.** Planejamento e políticas públicas, n. 15, jun. 1997. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/126/128>. Acesso em: 13 ago. 2014.

A obrigatoriedade da consulta aos povos indígenas na exploração de recursos naturais e seu caráter vinculante

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho¹

Carla Judith Cetina Castro²

João Paulo Allain Teixeira³

1 – Notas Introdutórias

A consulta aos povos indígenas é uma instituição de nova criação, está estabelecida na Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da Organização Internacional do Trabalho. Na atualidade a crescente atividade da exploração de recursos naturais ha ajudado a que esta instituição tenha maior importância no âmbito político, social e econômico, a nível nacional e internacional dos Estados. A América Latina é uma região de importância global quando se trata de recursos tradicionais e naturais, o que permite a aplicabilidade desta instituição é em maior medida na nossa região. O conflito surge quando o Estado emite uma medida legislativa através do poder legislativo, e administrativas, por meio do poder executivo, sem

¹ Professor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da UEA – Universidade do Estado do Amazonas.

² Mestra em Direito Ambiental da UEA – Universidade do Estado do Amazonas e Doutoranda em Sociedade e Cultura na UFAM – Universidade Federal do Amazonas

³ Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco e UFPE – Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisador-líder do grupo REC – Recife Estudos Constitucionais (CNPq)

consultar a comunidade indígena, o que afeta diretamente a decisão. O objetivo deste artigo é estabelecer os aspectos gerais da consulta dos povos indígenas quando o Estado concede uma licença para a exploração de recursos naturais no território habitado por comunidades tradicionais; a obrigatoriedade, o seu elemento vinculante, serão os principais eixos de pesquisa, utilizando o método de análise da legislação que estabelece a consulta, algumas decisões judiciais e doutrina sobre o aspecto vinculante desta.

O tratamento da questão ambiental na América Latina demanda algum esforço de contextualização histórico-social. A região, havendo sido colonizada por potências europeias, o modelo econômico implantado desde então sempre enxergou o meio ambiente e os recursos naturais como espaço a ser explorado e revertido em valor de mercado. Em certo sentido, a institucionalidade implantada na América Latina desde a independência das antigas colônias reproduziu o modelo de exploração de matriz europeia, atendendo majoritariamente aos interesses das elites locais. Este cenário ganha contudo novos contornos a partir do final da década de 2000 com as experiências decorrentes do assim chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, sobretudo a partir das Constituições de Equador (2008) e Bolívia (2009). Estas constituições oferecem padrões radicalmente distintos daqueles conhecidos ordinariamente no contexto do constitucionalismo europeu trasladado para o continente latino-americano. Dentre as diferenças mais evidentes deste “novo constitucionalismo” destacamos o reconhecimento da plurinacionalidade, a re-articulação das relações entre Estado e Mercado, e, para o que nos interessa mais diretamente nos limites dos objetivos do presente ensaio, o empoderamento das populações originárias, historicamente marginalizadas, e a incorporação de cosmovisões indígenas na construção das bases e fundamentos da institucionalidade do país. Estas experiências integram o último ciclo evolutivo de constituições latino-

americanas⁴. Tendo como protagonista as formas de vida dos povos originários, esta nova agenda constitucional propõe a valorização da *Pachamama* (em Quéchuá, a mãe terra) e o estabelecimento de formas de *Buen Vivir*, com base no princípio *Sumak Kawsay*. Com isso, as constituições andinas acabam por introduzir novos elementos no debate constitucional contribuindo para a inclusão de povos historicamente excluídos e marginalizados. A Constituição brasileira de 1988 não é exatamente comprometida com os valores do “novo constitucionalismo”. Ainda que, em alguma medida, tenha se ocupado com a questão indígena, a forma de disposição normativa por ela adotada, é ainda vinculada a uma tradição de tutela vertical das populações originárias, demandando um certo esforço hermenêutico no sentido de pensar o texto constitucional em sintonia com as diretrizes que delineiam o debate tanto no plano internacional quanto no plano regional. O presente trabalho é um esforço neste sentido.

2- Um Mapa da Questão Indígena na América Latina.

A América Latina é uma região em conflito social constante. Isto acontece devido a uma série de situações que tornam a nossa região tão especial, começando com assentamentos (ou mais corretamente invasões), golpes de Estado, ditaduras, repressão do estado, a desigualdade econômica, social e política, para citar alguns fatores.

De todos os conflitos enfrentados pela América Latina, atualmente um deles tomou destaque no cenário político, social e jurídico internacional. A exploração da terra em que habitam as comunidades indígenas aumentou significativamente nos últimos

⁴ Raquel Fajardo menciona a existência de três ciclos na evolução do constitucionalismo democrático na América Latina. Temos assim, o ciclo do constitucionalismo multicultural entre 1982 e 1988, o ciclo do constitucionalismo pluricultural de 1989 a 2005, e o ciclo do constitucionalismo plurinacional, entre 2006 e 2009. (FAJARDO, 2011.)

anos, a pouca proteção legal dessas comunidades tem ajudado a tornar o cenário desolador. Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho no artigo seis estabelece uma instituição peculiar, que será o objeto de estudo deste artigo, está em consulta com os povos indígenas, quando o Estado toma medidas administrativas que os afetem diretamente.

Em todo o mundo existem cerca de trezentos e setenta milhões de pessoas indígenas que ocupam vinte por cento da superfície da Terra. Estima-se que representam cerca de cinco mil diferentes culturas indígenas. Por isso, os povos indígenas representam a maior parte da diversidade cultural do mundo, embora constituam uma minoria numérica.

Os povos indígenas e tribais são os agentes da maior diversidade cultural do mundo. As estatísticas das organizações não governamentais tem mostrado que existem cerca de seis mil culturas ao redor do mundo, sendo que, de quatro mil para cinco mil, são as culturas indígenas.

Muitas das regiões do mais importante diversidade biológica da Terra são habitadas por povos indígenas. Dezesete estados acomodam mais de dois terços dos recursos biológicos da Terra, são os povos tradicionais que habitam a maior parte destes territórios, tendo quantidades excepcionais de espécies vegetais e animais encontrados apenas nesses lugares.

Em novembro de 2000, o Fundo Mundial para Natureza, em colaboração com a organização não governamental internacional Terralingua, publicou um relatório intitulado "Indígenas e tradicionais Povos do Mundial de Conservação e Ecorregião: uma abordagem integrada para a conservação da diversidade cultural do mundo biológico."⁵ Este relatório destaca que quatro mil seiscentos e trinta e cinco povos indígenas, isso que dizer, que sessenta e sete por cento do total destes grupos, vivem

⁵ Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity.

em duzentas e vinte e cinco regiões da maior importância biológica. (FONDO MUNDIAL PARA NATURALEZA, 2000)

Necessariamente, para alcançar a conservação destas espécies biológicas, é essencial procurar a proteção da diversidade cultural dos povos indígenas, porque os povos tem uma relação de respeito, proteção e veneração com o meio ambiente, o qual é indispensável para o seu próprio desenvolvimento; essa relação acontece no âmbito espiritual, cultural, social e econômico. As normas, costumes e práticas tradicionais dos povos indígenas e tribais, refletir um compromisso com a terra, também a responsabilidade pela conservação das terras para utilização das gerações futuras. Em conclusão, a sobrevivência dessas culturas, está ligada à conservação e proteção da terra, dos recursos naturais e do meio ambiente em geral.

Ao longo dos séculos, a relação entre os povos indígenas e seu meio ambiente tem sido prejudicada por causa da desapropriação ou remoção forçada de terras tradicionais e locais sagrados. Os direitos sobre a terra, o uso deste e da gestão de recursos naturais continuam sendo questões críticas para os povos indígenas ao redor do mundo. Os projetos de desenvolvimento, mineração e silvicultura e programas agrícolas continuam deslocando aos povos indígenas.

O Brasil é um dos países com maior diversidade étnica nas Américas, de acordo com dados do censo populacional de 2010, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população indígena é 817.963 pessoas. A região Norte é a que tem o maior número de índios, com um total de 305.873 pessoas, representando cerca de trinta e 37.4 por cento de todos os índios sendo o estado do Amazonas com a maior população, o que representa o cinquenta e cinco por cento do total da região Norte.

O Estado do Amazonas reúne em si, uma mistura de diversidade social e biodiversidade, sendo Brasil um dos lugares mais importantes do mundo quando se trata de direito ambiental, por a sua legislação avançada.

A Organização das Nações Unidas, através do Secretariado do Fórum Permanente sobre Questões Indígenas, estabelecido no relatório sobre a situação dos povos indígenas do mundo lembra que a terra é fundamental para identidade cultural indígena.⁶

Os povos tradicionais têm um conceito de meio ambiente muito diferente da visão da sociedade ocidental. Sua cosmovisão esta integralmente relacionada com a mãe natureza, de modo que a proteção do meio ambiente, também procura proteger os seus costumes e tradições, e um verdadeiro respeito pela diversidade cultural.

O relatório lembra ainda, que o trato com as questões indígenas, é um problema comum em toda a América Latina, e em alguns Estados, a situação é bastante sombria⁷.

3- O Uso dos Recursos Naturais e a Obrigatoriedade da Consulta aos Povos Indígenas

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no artigo 231 estabelece que seja dever do Estado demarcar as terras habitadas por comunidades indígenas, assim também como estabelece na seção III, que qualquer decisão sobre o uso dos recursos naturais

⁶ Nunca é demais destacar a importância da terra e dos territórios para a identidade cultural indígena. Certamente os povos indígenas não deixaram de sofrer a perda das terras, territórios e recursos naturais. O resultado foi que as culturas indígenas estão ao ponto de desaparecer em muitas partes do mundo. Isto porque estes povos ficaram excluídos dos processos de adoção de decisões e de medidas normativas dos Estados em que vivem e foram objetos de processos de dominação e discriminação. As suas culturas foram consideradas inferiores, primitivas, insignificantes, algo que deve ser erradicado ou transformado. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010)

⁷ Os direitos sobre a terra estão na legislação, mas não são realidade. São muito poucos os países que reconhecem os direitos dos povos indígenas à terra, mas nem mesmo nestes países estão completos os procedimentos de entrega de títulos e demarcação das terras, e quase sempre são demorados e ficam arquivados quando mudam os dirigentes ou as políticas. Mesmo nos casos em que os povos indígenas possuem títulos legítimos de propriedade de terras, essas terras costumam ser arrendadas pelo Estado como concessões para exploração de minérios ou madeiras, sem consultar os povos indígenas e, menos ainda, pedir o seu consentimento prévio livre e fundamentado. A falta de segurança jurídica de posse continua sendo um problema decisivo para os povos indígenas em quase todas as partes. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010)

das terras indígenas, deve ser autorizada pelo Congresso, devendo antes ser ouvida a comunidade⁸.

Podemos perceber que a previsão normativa em questão regula a consulta aos povos indígenas, dando status e institucionalidade constitucional à questão.

Com isso, para que uma empresa que tem como objetivo explorar um determinado recurso natural, é preciso antes a aprovação pelo Governo. Essa permissão é determinada através de uma licença de exploração, a qual, deve atender a certos requisitos. Em se tratando de exploração de recursos naturais em terra indígena, a comunidade tem o direito de ser consultada, e o Governo tem o dever de consultar, sendo a realização da consulta condição essencial para a concessão da licença.

O artigo 15 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, ao dispor sobre povos indígenas e tribais estabelece que o direito dos povos interessados devem ser salvaguardados, incluindo o direito de participação e gestão dos recursos naturais existentes em suas terras⁹.

⁸ Art. 231. 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. § 10 São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 20 As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 30 O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 40 As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis [...] § 60 São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. [...] (BRASIL, 1988).

⁹ ARTIGO 15: O direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais. Esses direitos incluem o direito desses povos de participar da utilização, administração e conservação desses recursos. Em situações nas quais o Estado retém a propriedade dos minerais ou dos recursos do subsolo ou direitos a outros recursos existentes nas

Para começar a abordar a consulta aos povos indígenas é necessário determinar os aspectos mais importantes desta instituição. Foi regulamentada pela primeira vez na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, esta instituição, segundo o Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho, é a pedra angular sobre a qual se desenvolve a convenção. Surge, a fim de garantir a participação direta dos povos indígenas nas decisões que os afetam, assim procura um desenvolvimento integral, com base no princípio da autodeterminação dos povos¹⁰.

Com base no exposto, a consulta aos povos indígenas pode ser definida como uma instituição legal, um direito dos povos tradicionais, uma obrigação para o governo, que procura harmonizar as necessidades e decisões dos povos indígenas, com o Governo e o Estado. A consulta tem como requisito fundamental, a emissão de medidas legislativas ou administrativas que afetam diretamente a um povo tribal ou indígena.

Uma vez abordadas as características da consulta aos povos indígenas, é desejável orientar ao leitor para o assunto que nos interessa diretamente neste artigo. À medida que a consulta aos povos indígenas caracteriza uma instituição que cria direitos e obrigações, que motivos justificam a negligência a esta imposição?

terras, os governos estabelecerão ou manterão procedimentos pelos quais consultarão estes povos para determinar se seus interesses seriam prejudicados, e em que medida, antes de executar ou autorizar qualquer programa de exploração desses recursos existentes em suas terras. Sempre que for possível, os povos participarão dos benefícios proporcionados por essas atividades e receberão indenização justa por qualquer dano que sofram em decorrência dessas atividades. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2013, p. 24)

¹⁰ Os conceitos básicos que norteiam a interpretação das disposições da Convenção são a consulta e a participação dos povos interessados e o direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a própria terra que ocupam ou utilizam. [...] A Convenção dedica uma especial atenção à relação dos povos indígenas e tribais com a terra ou território que ocupam ou utilizam de alguma forma, principalmente aos aspectos coletivos dessa relação. É nesse enfoque que a Convenção reconhece o direito de posse e propriedade desses povos e preceitua medidas a serem tomadas para salvaguardar esses direitos, inclusive sobre terras que, como observado em determinados casos, não sejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tenham, tradicionalmente, tido acesso para suas atividades e subsistência. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2013, p. 8)

Em que medida a consulta aos povos indígenas é efetivamente obrigatória? Em sendo obrigatória, estaria o Estado vinculado a tal obrigação? No decorrer deste ensaio, vamos tentar responder a estas questões

O Art. 6º da Convenção 169 da OIT, estabelece os procedimentos e as medidas necessárias para a manifestação dos povos interessados¹¹.

O termo "povos interessados" no âmbito da Convenção refere-se aos povos indígenas e tribais. A Convenção não estabelece uma definição peremptória, mas apenas alguns parâmetros para identificar uma população indígena ou tribal, os quais são:

- a) Que tenham condições culturais, sociais, e econômicas, diferentes aos demais setores da coletividade nacional;
- b) Que se governam total ou parcialmente, por costumes, tradições ou por leis especiais;
- c) Populações descendentes que habitam uma região geográfica que pertence a um país na época da conquista ou da colonização, ou antes, do estabelecimento das fronteiras atuais;
- d) Que conservem as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas; e, e) Que sejam conscientes de sua identidade indígena ou tribal, ou seja, para ser reconhecidos como tales.

Entende-se o termo "obrigatoriedade" como um preceito de imposição, não a decisão da consulta, ou seja, o seu resultado, mas a sua própria realização.

¹¹ ARTIGO 6o: 1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem. c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2013, p. 18)

Com base nas disposições do Art. 6º, pode-se determinar um aspecto muito importante desta instituição, que a consulta aos povos indígenas é obrigatória já que estabelece que "os governos devem fazê-la", nos casos em que decisões de gestão os afetam diretamente; a palavra deve implicar uma ordem, um dever para o governo. Também é importante notar que as autoridades responsáveis pela realização desta consulta são os mesmos governos, por meio do Poder Executivo, quando as decisões que os afetam são administrativas, ou Poder Legislativo, quando as decisões que os afetam serão contidas em normas legais.

O Brasil ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho em 2002, por meio do Decreto Legislativo número 143, em vigor desde 2003, forçando ao Estado brasileiro a cumprir os preceitos da consulta dos povos indígenas, e tudo o que estabelece a convenção.

A doutrina pode localizar a consulta aos povos indígenas no direito à livre determinação dos povos, que é o direito de determinar suas próprias formas de governo, a forma como alcançar o desenvolvimento econômico, social, cultural, bem como a forma de ser estruturado livremente, independentemente da interferência externa; mas estas não são uma única instituição. Pode-se dizer que a consulta com os povos indígenas é a espécie e o direito à livre determinação é o gênero. Através desta instituição pode-se realizar o direito à autodeterminação, uma vez que estes terão um papel ativo na tomada de decisões sobre questões que possam afetá-los positivamente ou negativamente.

Ante o exposto, não há dúvida de que a conduta da consulta dos povos indígenas, quando uma medida legislativa ou administrativa os afeta é uma obrigação; portanto, a ser executado, o Estado está violando uma lei, nacional e internacional; portanto, qualquer ação tomada sem consulta prévia à comunidade, carece de legalidade.

4- O Aspecto vinculante da consulta aos povos indígenas.

Sedimentada a questão em torno da obrigatoriedade da consulta, é preciso agora determinar em que medida o resultado da consulta vincula o Governo. O termo vinculante, de o adjetivo vincular, é amarrar ou fundamenta uma coisa em outra; realizar uma obrigação.

Em direito, uma decisão administrativa é vinculante quando o assunto sobre o qual repousa um ato administrativo é obrigatório, ou seja, uma decisão administrativa que força seu cumprimento, tem caráter imperativo. O objetivo da consulta aos povos indígenas é impedir a vontade de uma das partes em detrimento de outra, ao invés de procura chegar a um entendimento mútuo e à tomada de decisões por consenso.

Na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho não estabelece nada específico sobre o caráter vinculante da consulta, estabelecendo apenas a sua exigibilidade anterior à emissão da medida administrativa ou legislativa.

Apesar de regulamentado diretamente pela Convenção 169, o caráter vinculante da consulta aparece no contexto dos países da América Latina com certa frequência, notadamente nas decisões judiciais sobre o assunto, como é o caso da Colômbia, onde o Tribunal Constitucional na sentença T-769 de 2009 (Caso de Cerro Jaicatuma, Careperro) estabelece que “é dever do Estado não só consultar as comunidades, mas também para obter seu consentimento livre, prévio e informado de acordo com seus costumes e tradições, já que essa população, ao fazer os projetos e inversões de exploração do seu habitat, pode viver mudanças sociais e econômicas, tais como a perda de suas terras tradicionais, deslocamento e migração, esgotamento dos recursos necessários para a sobrevivência física e cultural, destruição e poluição do ambiente tradicional, entre outras consequências. (COLOMBIA, 2009)

O caráter vinculante da consulta é tão importante quanto o

próprio aspecto da obrigatoriedade, sendo necessário que haja coerência entre as necessidades da sociedade e as ações de seu governo, para o qual, quando uma comunidade indígena é consultada sobre a concessão da exploração dos recursos naturais, a decisão a tomar, deve ser respeitada e cumprida.

Assim, o Governo de um Estado não pode emitir uma decisão administrativa que vai contra a opinião da maioria das pessoas que vivem em um determinado território; ou seja, quando o governo a concede uma licença de exploração e outorga o direito a uma empresa sobre a exploração dos recursos naturais localizados em terras indígenas (que por lei pertence a eles) já sabendo que eles rejeitam todas as atividades de exploração, vai contra os propósitos de um Estado, que são o bem comum, a proteção do bem-estar social.

Além disso, decorre do fato de que as consultas sejam direcionadas aos povos indígenas e com caráter vinculante, há grande potencial de minimização de problemas futuros, tais como a insatisfação das comunidades indígenas quanto à exploração dos recursos naturais e seus efeitos, tais como a poluição e a degradação do ambiente onde estes vivem. Com isto, abre-se a possibilidade de democratização da gestão dos recursos naturais, criando assim uma efetiva possibilidade de ação inclusiva por parte dos Governos.

5- Considerações finais.

Pode-se concluir que o Estado é obrigado a garantir a proteção da terra onde as culturas tradicionais são desenvolvidas por meio de políticas e legislação, mas isso não é suficiente, devendo-se procurar uma efetiva participação da comunidade nas decisões que podem afetá-las, os princípios da livre determinação e prevenção enquanto medidas fundamentais para a condução da efetiva a consulta dos povos indígenas.

A exploração dos recursos naturais, realizadas por

empresas estrangeiras e nacionais apresenta grande potencial de prejuízo para a vida dessas comunidades. Por tal motivo, é necessário que as comunidades indígenas tenham uma participação ativa na tomada de decisões que se refere à exploração dos recursos naturais e o impacto ambiental que isso terá sobre a comunidade.

A realização da consulta aos povos indígenas é fundamental não apenas para a concessão da licença, mas sua participação e protagonismo são igualmente desejáveis durante todo o processo de exploração dos recursos naturais em decorrência da possibilidade de danos resultantes da exploração, prejudicando tanto o meio ambiente como a própria comunidade.

A consulta aos povos indígenas é impositiva para o Governo de um Estado; sua realização é imperativa por estar definida em uma norma legal que desenvolve um direito humano coletivo, como é o direito de autodeterminação dos povos, a posse da terra por parte dos povos indígenas.

A obediência do princípio da legalidade é fundamental em direito, que afirma que qualquer exercício de poder público deve estar sujeito à vontade da lei e da jurisdição e não a vontade das pessoas. Este princípio é a base do direito público porque limita a ação de um funcionário público, e fundamenta sua ação sobre as normas legais. Por isso, a administração pública está sujeita ao império da lei. O ato administrativo é considerado ilegal quando este sujeito à vontade do funcionário público e não encontra o seu fundamento na institucionalidade legal.

A concessão de licença de mineração sem consulta prévia constitui ilegalidade administrativa já que o ato não se ajusta ou se fundamenta na regular institucionalidade; Por isso, as licenças concedidas para a exploração de recursos naturais nas quais não se observe a consulta à comunidade são irregulares devendo por isso ter a sua ilegalidade declarada.

Por fim, é oportuno esclarecer que o Estado deve regulamentar um procedimento específico de consulta aos povos

indígenas, tendo em conta as características específicas de cada comunidade, a sua língua, costumes e necessidades. Através da implementação desta institucionalidade democrática, é possível a ampliação do diálogo entre comunidades tradicionais, sociedade e Governo. A participação indígena deve ser compreendida como uma presença permanente, transcendendo o momento propriamente concessivo da licença. Este envolvimento favorece o tratamento adequado de múltiplas questões, dentre as quais aquelas relativas à educação indígena, saúde, segurança, desenvolvimento de políticas públicas para os povos indígenas, meio ambiente, organização política, e desenvolvimento sustentável.

Referências

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Disponível em: <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm#IX>>. Acesso em: 27 julho. 2014.

DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe sobre la situación de los pueblos indígenas del mundo. New York: ONU, 2010. 20 p. (DPI/2551/H).

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: El derecho en América Latina. Cesar Rodriguez Garavito(org). Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires. 2011

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Modalidades de Terras Indígenas. Brasil. Disponível em <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 27 julho. 2014

FUND FOR NATURE. Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the

World's Biological and Cultural Diversity. Switzerland: WWF-World Wide, 2000. Disponível em: <assets.panda.org/downloads/EGinG2oorep.pdf>. Acesso em: 10 julho. 2014.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT. Brasil. Disponível em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/. Acesso em: 20 julho. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da OIT. Brasil. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 27 julho. 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE.

Povos e Comunidades Tradicionais. Brasil. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/terras-ind%C3%ADgenas,-povos-e-comunidades-tradicionais>>. Acesso em: 5 de julho 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasil, 2011. 48 p.

SANTOS, Breno Augusto dos. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, Estud. av, 2002. Recursos minerais da Amazônia. Vol.16 no.45.

SILVEIRA, Edson Damas. Socioambientalismo Amazônico. Curitiba: Juruá, 2008. v. 01. 170p.

SILVEIRA, Edson Damas. Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2010. v. 01. 312p.

SILVEIRA, Edson Damas. SOUZA, Ádria Simone Duarte de. Políticas públicas e direitos indígenas. 01. ed. Manaus: UEA, 2011. 01. 96p.

STAVENHAGEN, Rodolfo. APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 60/251 DE LA ASAMBLEA GENERAL, DE 15 DE MARZO DE 2006, TITULADA "CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS". Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Ginebra: ONU, 2007. 22 p.

(A/HRC/4/32).

STAVENHAGEN, Rodolfo. PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS, CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Ginebra: ONU, 2007. 22 p. (A/HRC/6/15).

Marcos recentes do desenvolvimento sustentável

Gabriel Wedy¹

Introdução

O ano de 2015 pode ser chamado do ano da preocupação mundial para com a sustentabilidade. Três momentos que ampliaram e revitalizaram o conceito de desenvolvimento sustentável foram marcantes. A Igreja Católica, sob a liderança do Papa Francisco, editou a Encíclica *Laudato Si*, defendendo a ecologia integral e o desenvolvimento sustentável. Posteriormente, a Assembleia Geral da ONU elegeu, após três anos de discussões, os 17 objetivos e as 169 metas do desenvolvimento sustentável, inseridos no documento *Transformando nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Por fim, foi realizada, no final do ano, a 21^a Conferência do Clima em Paris. As nações fixaram metas mais rígidas para o corte das emissões de gases de efeito estufa, com a finalidade de limitar o aumento da temperatura global em patamares bem abaixo de 2°C no ano de 2100, considerando a Era pré-industrial como marco inicial, objetivando garantir o desenvolvimento sustentável das presentes e das futuras gerações.

¹ Juiz Federal. Doutor e Mestre em Direito. *Visiting Scholar* pela Columbia Law School (Sabin Center for Climate Change Law). Professor Coordenador da disciplina de Direito Ambiental da Escola Superior da Magistratura Federal- Esmafe. Diretor do *Instituto O Direito Por um Planeta Verde*. Autor de livros e artigos jurídicos na área do direito ambiental e do direito e desenvolvimento no Brasil e no exterior. Pesquisador bolsista Capes-Cnpq. Ex-Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil- Ajufe.

1. Os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável segundo a Organização da Nações Unidas

Na *Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável – Rio+20* (UNITED NATIONS, 2012), restou estabelecido que o desenvolvimento de objetivos e metas, nos moldes dos *Objetivos do Desenvolvimento do Milênio* (UNITED NATIONS, 2015), seria fundamental para a consolidação do desenvolvimento sustentável, por meio de ações focadas e coerentes. A construção dos *Objetivos do Desenvolvimento do Milênio para 2015*, estabelecidos por 189 nações no ano 2000, foi um marco histórico. Tais objetivos eram: 1) reduzir a pobreza; 2) atingir o ensino básico universal; 3) estabelecer a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4) reduzir a mortalidade na infância; 5) melhorar a saúde materna; 6) combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7) garantir a sustentabilidade ambiental; 8) estabelecer uma Parceria Mundial para o Desenvolvimento (UNITED NATIONS, 2015).

Observa-se que os objetivos, embora importantes, eram bastante vagos e não tratavam de modo mais abrangente dos pilares econômico, social, ambiental e de governança que devem nortear o desenvolvimento sustentável. Era preciso ousar, aliás, o desenvolvimento sustentável exige ousadia e, ao mesmo tempo, responsabilidade.

Na busca dos almeçados Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, ocorreram três anos de discussões entre as nações até a elaboração do emblemático documento *Transformando nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* (UNITED NATIONS, 2015). O documento, que teve o seu texto discutido e aprovado na Cúpula das Nações Unidas realizada em Nova York, entre os dias 25 e 27 de setembro de 2015, possui 17 objetivos e 169 metas construídos sob o alicerce dos *Objetivos do Desenvolvimento do Milênio*. Todavia, assumiu contornos com dimensões mais amplas de sustentabilidade e abordou o

desenvolvimento sustentável de modo mais detalhado e descritivo. A Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. O pacto internacional visa fortalecer a paz entre as nações com a ampliação das liberdades e a erradicação da pobreza em sentido amplo, incluindo a pobreza extrema. Dimensões econômica, social, ambiental e de governança do desenvolvimento sustentável estão integradas no documento de maneira indivisível e harmônica.

Os *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável* são de natureza global e, como fonte do direito internacional, devem dialogar com as fontes legislativas constitucionais e infraconstitucionais nacionais, regionais e locais. Políticas públicas implementadas pela União, pelos Estados e pelos Municípios brasileiros estão vinculadas a tais objetivos e metas do desenvolvimento sustentável. O Estado, no âmbito dos Três Poderes, o Ministério Público, ONGs e o setor privado estão atrelados ao cumprimento dessa Agenda. Além deles, órgãos internacionais, como o *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)* estão engajados no controle e na fiscalização do cumprimento dessas metas e desses objetivos.

Os objetivos eleitos demonstram uma grande evolução no âmbito do direito internacional e são objeto de experiências e observações realizadas no âmbito das nações, nas últimas quatro décadas, sobre o desenvolvimento sustentável. Não se distinguiram no documento nações ricas e pobres; todas aderiram aos *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável* conjuntamente. Essa medida, além de racional – pois o desenvolvimento sustentável precisa ser pensado de modo global, para além das fronteiras –, facilitou o acordo político entre as nações. Os 17 objetivos, conforme o PNUD, podem ser divididos nos chamados “5 P’s” do desenvolvimento sustentável: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria. Tem-se o P de pessoas, quando se pretende erradicar a pobreza e a fome de todas as maneiras e garantir a dignidade e a igualdade; o P de planeta, no sentido da proteção dos recursos naturais e do clima da

Terra para as futuras gerações; o P de parceria, para implementar a agenda por meio de uma parceria global sólida; o P de paz, para promover sociedades pacíficas, justas e inclusivas; e, finalmente, o P de prosperidade, para garantir vidas prósperas e plenas, em harmonia com a natureza. São estes os *17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável*:

- a) acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;
- b) acabar com a fome, alcançar segurança alimentar e melhorar a nutrição;
- c) assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos;
- d) garantir educação inclusiva, equitativa e de qualidade;
- e) alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas;
- f) garantir disponibilidade e manejo sustentável da água;
- g) garantir acesso à energia barata, confiável e sustentável;
- h) promover o crescimento econômico sustentável;
- i) construir infraestrutura resiliente e promover a industrialização inclusiva;
- j) reduzir a desigualdade entre os países e dentro deles;
- k) tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros e resilientes;
- l) assegurar padrões de consumo e produção sustentáveis;
- m) tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima;
- n) conservar e promover o uso sustentável dos oceanos;
- o) proteger, recuperar e promover o uso sustentável das florestas;
- p) promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável;
- q) fortalecer os mecanismos de implementação e revitalizar a parceria global.

Deveria ter sido incluído entre os *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável* o combate à corrupção. Muitos programas financiados por organismos internacionais, pela iniciativa privada e por governos locais para a tutela do meio ambiente e para a melhoria do desenvolvimento humano da população mais carente têm recursos desviados pela corrupção nos países em desenvolvimento, impedindo a promoção efetiva de políticas sustentáveis. No mesmo sentido, a garantia do acesso à justiça para a promoção do desenvolvimento sustentável deveria ter sido incluída entre os objetivos, uma vez que as políticas públicas nos países em desenvolvimento frequentemente não funcionam a contento e a população necessita da intervenção do Poder Judiciário para a tutela de direitos fundamentais, como à saúde e à educação, e do meio ambiente equilibrado.

Realizada essa breve crítica, os 17 objetivos e as 169 metas do desenvolvimento sustentável complementam o conceito de desenvolvimento sustentável previsto na Constituição Federal de 1988 e devem integrá-lo em sede interpretativa. Cabe ao intérprete do Direito considerá-los no âmbito do Direito interno e internacional. Seria incoerente negá-los ou ignorá-los, porquanto a eles o Brasil, expressamente, não apenas aderiu, mas ajudou a construí-los no âmbito da ONU. Esses objetivos e essas metas vinculam normativamente pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado, no âmbito interno. Processos de tomada de decisão nas searas administrativa, legislativa e judicial devem observar o desenvolvimento sustentável, seus objetivos e suas metas de modo englobado e integrado.

2. Laudato Si e o Desenvolvimento Sustentável

A Encíclica *Laudato Si* (FRANCISCO, 2015), para além da *Encíclica Pacem in Terris* (1963), do Papa João XXIII, da *Carta Octogesima Adveniens*, do Papa Paulo VI (1971), da *Carta Redemptor hominis* (1979), do Santo Papa João Paulo II, e do

Discurso ao Bundestag(2011), do Papa Bento XVI, trouxe poderosos argumentos morais para a defesa do desenvolvimento sustentável dentro de um conceito de *ecologia integral*. Está presente nessa Encíclica, além de preceitos religiosos, morais, éticos e filosóficos, uma base científica indiscutível, especialmente na abordagem das contribuições humanas para as mudanças climáticas. O título traduzido lembra o cântico de São Francisco de Assis “*Louvado sejas, meu Senhor*”(263). No cântico, o Santo de Assis referia-se à Terra como a nossa casa comum, comparada com uma irmã com a qual se partilha a existência, ou a boa mãe, que acolhe os filhos nos seus braços.

A Encíclica inicia pela célebre advertência de que a Irmã Terra:

[...] clama contra o mal que lhe provocamos por causa do uso irresponsável e do abuso dos bens que Deus nela colocou. Crescemos a pensar que éramos seus proprietários e dominadores, autorizados a saqueá-la. A violência que está no coração humano ferido pelo pecado, vislumbra-se nos sintomas da doença que notamos no solo, na água, no ar e nos seres vivos.(FRANCISCO,2015)

Lembrando passagem do patricarca Bartolomeu, a Encíclica avança sobre as causas humanas do desenvolvimento insustentável ao referir que “todos, na medida em que causamos pequenos danos ecológicos, somos chamados a reconhecer a nossa contribuição – pequena ou grande – para a destruição do ambiente”. Nesse sentido, assevera:

[...] quando os seres humanos destroem a biodiversidade na criação de Deus; quando os seres humanos comprometem a integridade da terra e contribuem para a mudança climática, desnudando a terra das suas florestas naturais ou destruindo suas zonas úmidas; quando os seres humanos contaminam as águas, o solo, o ar [...] tudo isso é pecado. Porque um crime contra a natureza é um crime contra Deus(FRANCISCO, 2015).

A Encíclica avança sobre o tema da poluição e das mudanças climáticas e refere que a exposição aos poluentes atmosféricos produz uma vasta gama de efeitos sobre a saúde, particularmente dos mais pobres, provocando milhões de mortes prematuras pela inalação de elevadas quantidades de fumaça produzida pelos combustíveis utilizados para preparar alimentos e pelo aquecimento. A essa poluição, alerta o Papa, juntam-se outras, causadas pelos transportes, pelas fumaças das indústrias e descargas de substâncias que contribuem para a acidificação do solo e da água, pelos fertilizantes, inseticidas, fungicidas, pesticidas e agrotóxicos em geral (FRANCISCO, 2015).

Em boa hora, consta na Encíclica que a poluição é produzida por centenas de milhões de toneladas de resíduos, muitos deles não biodegradáveis: resíduos domésticos e comerciais, detritos de demolições, resíduos clínicos, eletrônicos e industriais, resíduos altamente tóxicos e radioativos. Destarte, “a Terra, nossa casa, parece transformar-se cada vez mais num imenso depósito de lixo”(FRANCISCO, 2015). Esses problemas ambientais são causados, para o Vaticano, pela cultura do descarte e complementa-se de modo deprimente pelo consumo desenfreado e irresponsável.

Sobre as mudanças climáticas causadas pela ação humana, a Encíclica reconhece:

[...] um consenso científico muito consistente de que estamos perante um preocupante aquecimento climático. Nas últimas décadas, esse aquecimento foi acompanhado por uma elevação constante do nível do mar, sendo difícil não o relacionar ainda com o aumento de acontecimentos meteorológicos extremos.(FRANCISCO, 2015)

Ou seja, espraíam-se em um ritmo alucinante catástrofes ambientais, como enchentes, secas, incêndios, tempestades tropicais, ciclones e furacões. E, por consequência, a humanidade é chamada “a tomar consciência da necessidade de mudanças de

estilo de vida, de produção e de consumo, para combater esse aquecimento ou, pelo menos, as causas humanas que o produzem ou o acentuam”(FRANCISCO, 2015). Reconhece, ainda, que o aquecimento global “é agravado pelo modelo de desenvolvimento baseado no uso intensivo de combustíveis fósseis, que está no centro do sistema energético mundial”(FRANCISCO, 2015). E denuncia a “prática crescente das mudanças na utilização do solo, principalmente o deflorestamento para finalidade agrícola”(FRANCISCO, 2015).

Observa-se que *Laudato Si* prega oportunamente o desenvolvimento sustentável, com respeito às suas dimensões humana, ambiental, econômica e de boa governança. A crise ambiental é motivo de preocupação constante na Encíclica, como se pode observar, entre outras passagens: no seu capítulo 1, em que aborda a poluição e as mudanças climáticas, a questão da água e a perda da biodiversidade; no capítulo 3, no qual avalia a crise do antropocentrismo moderno² e as suas consequências; no capítulo 7, em que faz alusão à Trindade e à relação entre as criaturas – não apenas entre os seres humanos, é claro, mas entre eles e os seres vivos não humanos.

O aspecto humano do desenvolvimento é evidenciado no capítulo 1, ao se analisar a deterioração da qualidade da vida humana, a degradação social e a desigualdade planetária; no capítulo 3, ao incluir a necessidade de defesa dos valores do trabalho; no capítulo 4, ao clamar pela adoção de um estilo de vida sustentável, pela educação para a aliança entre a humanidade e o ambiente (educação ambiental), pela alegria e pela paz (qualidade de vida e direito à felicidade, sem guerras) e pelo respeito aos

² Observa-se importante crítica ao antropocentrismo na obra de Lutzemberger, para quem a ética antropocêntrica está na base de um modelo de progresso insustentável, cujo apocalipse pode abater-se sobre a humanidade em curto espaço de tempo, caso não sejam redirecionadas as bases do atual modelo de produção. Ver: LUTZEMBERGER, José. *Crítica ecológica do pensamento econômico*. Porto Alegre: L&PM, 2009.

sinais sacramentais e ao descanso celebrativo (importância da prática da fé religiosa e do repouso semanal).

Considerações sobre governança ficam evidenciadas ao se abordar, no capítulo 1, a fraqueza das reações políticas dos povos às dificuldades ambientais, econômicas e sociais; no capítulo 3, ao se tratar da tecnologia nos aspectos de criatividade e poder (sua democratização e utilização para bons propósitos), da globalização do paradigma tecnocrático (com valores que priorizem mais o ser humano e não o lucro), da inovação biológica a partir da pesquisa (respeito à ciência, quando não colidir com os valores pregados na Encíclica); no capítulo 5, quando defende o diálogo democrático acerca do meio ambiente na política internacional e nas políticas nacionais e locais e quando enfatiza a importância da transparência nos processos decisórios que afetam o ambiente e o diálogo necessário a ser desenvolvido entre política e economia para a plenitude humana.

Enfim, a presença da boa governança no conceito de *ecologia integral* da Igreja fica evidenciada quando a Encíclica dispõe que:

[...] se tornou urgente e imperioso o desenvolvimento de políticas capazes de fazer com que, nos próximos anos, a emissão de dióxido de carbono e outros gases altamente poluentes se reduza drasticamente, por exemplo, substituindo os combustíveis fósseis e desenvolvendo fontes de energia renovável.(FRANCISCO, 2015)

Evidente que essas decisões sustentáveis apenas podem ser tomadas por políticas que emanam da boa governança e do *compliance* de regras e princípios que levem o desenvolvimento sustentável a sério.

É no capítulo IV, contudo, na abordagem direta da *ecologia integral* pregada, que a Encíclica é expressa em integrar o processo de desenvolvimento com governança em suas dimensões humana, ambiental e econômica de modo mais abrangente. Bem observa a Igreja que “o crescimento econômico tende a gerar automatismos e

a homogeneizar, a fim de simplificar os processos, e a reduzir os custos”(FRANCISCO, 2015), em uma visão tradicionalmente utilitária combatida nesta obra. Nesse sentido, passa a ser necessária “uma ecologia econômica, capaz de induzir e considerar a realidade de forma mais ampla”(FRANCISCO, 2015). Para atingir tal finalidade, “a proteção do meio ambiente deverá constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada isoladamente”(FRANCISCO, 2015). Grifa, ainda, “a necessidade imperiosa do humanismo, que faz apelo aos distintos saberes, incluindo o econômico, para uma visão mais integral e integradora”(FRANCISCO, 2015), no sentido holístico, certamente.

Não foge a Encíclica – embora critique o antropocentrismo, alertando para a sua crise – do antropocentrismo alargado, ao referir que “a análise dos problemas ambientais é inseparável dos contextos humanos, familiares, laborais, urbanos e da relação de cada pessoa consigo mesma, que gera um modo específico de se relacionar com os outros e com o meio ambiente”(FRANCISCO, 2015). O ecocentrismo e o biocentrismo não prevalecem na Encíclica, ainda que às vezes nela apresentem os seus traços. O homem, de modo realista, é o epicentro da preocupação do Vaticano no processo produtivo de desenvolvimento.

O Papa, em *Laudato Si*, faz o necessário, obrigatório e expresso vínculo dos conceitos de desenvolvimento sustentável e de justiça intergeracional, como bem demonstrado no capítulo 4. Isto é, “[...] a noção de bem comum engloba também as gerações futuras”(FRANCISCO, 2015), visto que as crises internacionais demonstraram de maneira atroz “os efeitos nocivos que trazem consigo o desconhecimento de um destino comum, do qual não podem ser excluídos aqueles que virão depois de nós”(FRANCISCO, 2015). Assim, “[...] já não se pode falar de desenvolvimento sustentável sem uma solidariedade intergeracional”(FRANCISCO, 2015). O desenvolvimento sustentável, por conseguinte, necessariamente precisa contemplar os direitos das futuras gerações dentro da visão da Igreja Católica

em consonância com o que há de moderno no âmbito do direito ambiental internacional e previsto, aliás, no próprio art. 225 da Constituição Federal brasileira.

Extraí-se da Encíclica *Laudato Si* um conceito atualizado de *ecologia integral* que engloba economia, direitos humanos, governança e proteção ambiental. Outro ponto importante que se pode extrair dessa passagem é a impossibilidade de se pretender alcançar o desenvolvimento sustentável com guerras – algumas de conquista – entre as nações e com crises ambientais, ambas geradoras de morte, fomes e sedes coletivas, sofrimento e da moderna figura dos milhões de seres humanos que são obrigados a abandonar os seus países. Sem paz, e com refugiados bélicos, do terrorismo e ambientais, não existe desenvolvimento sustentável global.

No mesmo sentido, podem ser extraídos de outras religiões, como o budismo³, o judaísmo⁴ e o islamismo (CLARK, TITTENSOR, 2014), elementos morais justificadores do princípio do desenvolvimento sustentável. Aliás, religiões têm um papel de referência na educação ética e moral dos povos, no sentido de habilitá-los para a promoção do desenvolvimento sustentável (CLARK, 2013, p. 66).

3. O Acordo de Paris: redução das emissões e o desenvolvimento sustentável

A plenária da 21ª Conferência do Clima das Nações Unidas (COP21) aprovou, em dezembro de 2015, em Paris, com anuência de 195 países, responsáveis por mais de 90% das emissões dos

³ Sobre a importância contemporânea de Buddha e a relevância do budismo na promoção da sustentabilidade, ver: SEN, Amartya. The contemporary relevance of Buddha. *Ethics & International Affairs*, Cambridge, v. 28, n. 1, p. 15-27, 2014.

⁴ Sobre judaísmo e desenvolvimento, ver: CLARK, Matthew. Judaism: a cry for justice. In: CLARK, Matthew. *Handbook of research on development and religion*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 66-78.

gases de efeito estufa na Terra, acordo de extensão global que, nos seus termos, apresenta efeitos *legalmente vinculantes* pela primeira vez. Ao contrário do Protocolo de Quioto, as nações decidiram de modo unânime pela assinatura de um documento. Os países comprometeram-se em organizar estratégias para limitar o aumento médio da temperatura da Terra bem abaixo dos 2°C, envidando esforços para atingir um aumento de 1,5°C, até 2100, trazendo como referência inicial o período pré-industrial(UNITED NATIONS, 2015).

Superou-se em parte o obstáculo do *princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas*⁵, uma vez que as nações desenvolvidas e em desenvolvimento devem promover a redução das emissões em igual proporção. Durante muito tempo, países em desenvolvimento defenderam um maior prazo e uma maior cota para a emissão de gases de efeito estufa a fim de que pudessem atingir níveis de desenvolvimento similares aos países desenvolvidos, responsáveis por um passado de emissões intensas, causadoras de poluição atmosférica.

Posner e Weisbach, antes da COP21, afirmavam que “as nações ricas estavam atentas às emissões de gases de efeito estufa e expressavam a disposição de reduzi-las”. Em sentido oposto, referiam que “países em desenvolvimento avaliavam a redução das emissões como uma prioridade relativamente baixa”(2010, p. 189). A COP21, entretanto, demonstrou que essa afirmação estava equivocada, pois todas as nações, ricas e pobres, comprometeram-se com o corte das emissões com iguais objetivos e com o mesmo prazo final. De fato, todos os países devem diminuir as suas emissões, pois elas aumentam as temperaturas globalmente e causam catástrofes e danos ambientais transfronteiriços. De outro lado, é evidente, como reconhecido na COP21, que os países ricos devem contribuir com a grande maioria dos recursos financeiros e

⁵ Para uma visão mais aprofundada sobre o *princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas*, ver: SEGGER, Marie-Claire Cordonier Segger; KHALFAN, Ashfaq. *Sustainable development law: principles, practices and prospects*. New York: Oxford University Press, 2004.

tecnológicos necessários para a diminuição das emissões e a adoção de medidas de adaptação e resiliência pelas nações em desenvolvimento.

O princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas foi adotado em uma versão soft pela COP21. Ao tempo em que refere que os Estados Unidos e União Europeia devem prover com recursos fundos verdes para o financiamento de medidas de resiliência e adaptação a serem adotadas pelos países em desenvolvimento, por outro lado prevê que todas as nações, ricas e pobres, devem buscar alcançar igualmente a redução das emissões e a decorrente diminuição das temperaturas. O documento não torna o compromisso de corte nas emissões obrigatório e verificável, tampouco traça metas percentuais de transição e periódicas de corte nas emissões até que se atinja o aumento de temperatura final almejado no ano de 2100.

Será alocada a quantia mínima de U\$ 100 bilhões por ano, a partir de 2020, para fundos verdes, até o ano de 2025, com a finalidade de custear projetos de adaptação e resiliência necessários para o enfrentamento dos efeitos das mudanças climáticas em curso pelos países em desenvolvimento. Esses recursos deverão ser disponibilizados pelos Estados Unidos e pela União Europeia, com o encorajamento das demais nações para fazerem o mesmo. A China declarou, por exemplo, que vai contribuir com o Fundo Climático Verde da ONU com a quantia de U\$ 3,1 bilhões.

Multinacionais, governos e investidores, que participaram do evento como assistentes, mostraram-se mobilizados pelo combate ao aquecimento global. Cerca de 500 investidores, que representam cerca de US\$ 3,4 trilhões do PIB mundial, anunciaram que vão retirar suas aplicações e seus investimentos dos projetos calcados nos combustíveis fósseis (NICOLLETTI, HISAMOTO, 2015). Esse procedimento, chamado de *divestment*, tem sido objeto de grande debate também nas ricas universidades que compõem a *Ivy League* nos Estados Unidos. Alunos, ativistas e

professores têm protestado contra o investimento de recursos por essas instituições de ensino em ações de companhias que produzem e exploram combustíveis fósseis, as quais não raras vezes fazem grandes doações para membros desta mesma *Ivy League*.⁶ Empresas comprometeram-se com investimentos bilionários em desenvolvimento tecnológico para energia limpa e anunciaram metas com o balanço positivo de carbono em 2017 e o fim das emissões líquidas de gases em toda a cadeia de valor na próxima década, com o objetivo de alcançarem a neutralidade nas emissões (NICOLLETTI, HISAMOTO, 2015).

Importante grifar que o próprio FMI divulgou relatório, poucos meses antes da COP21, com um forte apelo para que as nações parassem de subsidiar a indústria dos combustíveis fósseis. De acordo com o Fundo, tal medida pode salvar milhões de vidas em todo o planeta. O aumento da taxaço sobre combustíveis fósseis e a eliminação dos subsídios para essa indústria poderiam reduzir mortes prematuras de seres humanos causadas pela poluição em até 55%, o que representaria um grande avanço. Apenas no ano de 2012, conforme a Organização Mundial de Saúde, 3,7 milhões de pessoas perderam suas vidas prematuramente em decorrência da poluição. Entre as práticas condenáveis dos países, em consonância com o FMI, está a não taxaço dos combustíveis e a sua comercialização abaixo do preço, em virtude dos subsídios públicos. Globalmente, os subsídios estatais para a energia suja alcançam U\$ 5,3 trilhões, ou 6,5% do PIB mundial. Esses valores seriam suficientes, por exemplo, para a

⁶ Pode-se observar a preocupação do Presidente da Universidade de Harvard com o aquecimento global de um lado, mas de outro a intenção de continuar por ora investindo nas companhias emissoras de gases de efeito estufa. Ver: HARVARD UNIVERSITY. *Fossil fuel divestment statement*. Cambridge, 2013. Disponível em: <<http://www.harvard.edu/president/news/2013/fossil-fuel-divestment-statement>>. Acesso em: 20 dez. 2015. De modo mais progressista, o Presidente Lee C. Bollinger, da *Columbia University*, montou uma Comissão no ano de 2015 para tratar do *divestment* dos recursos da universidade nas companhias que produzem combustíveis fósseis e aumentam o aquecimento global com sua atividade. Ver: COLUMBIA UNIVERSITY. *Statement on divestment*. New York, 2015. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/content/statement-divestment.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

construção de cinco cidades semelhantes a Boston anualmente. A China, como maior emissora de gases de efeito estufa, é responsável por quase metade desse valor total, U\$ 2,3 trilhões, e os Estados Unidos por U\$ 699 bilhões, sendo o segundo maior emissor. Somente com o corte dos subsídios estatais alocados para a indústria dos combustíveis fósseis seria possível diminuir as emissões de CO₂ em patamares superiores a 20% ao ano (THE NEW YORK TIMES, 2015).⁷

Outro benefício para os governos seria o consequente aumento da receita com a tributação sobre os combustíveis fósseis, o que possibilitaria maiores investimentos na saúde, na energia renovável, nos transportes públicos de massa e em outros serviços de amplo acesso à população. Alguns países, como a Índia, já estão implementando políticas públicas como a sugerida, com a finalidade de conter o déficit orçamentário e diminuir a poluição, como no exemplo do corte do subsídio ao óleo diesel no varejo.

Em conformidade com o decidido na COP21: a- o compromisso firmado deve ser revisto pelas nações a cada cinco anos; b- as metas de cortes de cada país *INDCSs* são voluntárias. Essas, aliás, metas de cortes voluntárias, foram uma condição política imposta pelos Estados Unidos, uma vez que a administração Obama enfrentou intransponíveis dificuldades para aprovar legislação para o corte de emissões no Congresso dominado pelo partido republicano, cujos parlamentares recebem grandes contribuições financeiras da indústria do petróleo e do carvão.⁸

⁷ Ver também: WEDY, Gabriel. Subsídios públicos e os combustíveis fósseis. *Zero Hora*, Porto Alegre, 17 jun. 2015. Editoria de Opinião, p. 18. E, por fim, o relatório do FMI sobre os subsídios públicos para os combustíveis fósseis: INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Counting the cost of energy subsidies*. Washington, 2015. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2015/NEW070215A.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

⁸ Diante da dificuldade de aprovar leis para o combate ao aquecimento global no Congresso, o Governo Obama elaborou o *The Clean Power Plan*, que tem o objetivo de diminuir em 32% as emissões de gases de efeito estufa, especialmente nas usinas elétricas movidas a carvão, até o ano de 2030, levando em consideração níveis de emissões de 2005. Esse plano é calcado basicamente nas atividades regulatórias da EPA – *Environmental Protection Agency*. *The National League Cities*, que

Pode-se afirmar que os pontos principais do acordo são: a) objetivos de longo prazo; b) descarbonização; c) metas nacionais de corte das emissões; d) financiamento aos países pobres; e) reparação dos danos; f) proteção de florestas e combate ao desmatamento.

Os objetivos de longo prazo eleitos no documento significam manter o aquecimento global bem abaixo de 2°C, devendo haver uma descontinuação no uso dos combustíveis fósseis até 2050. A descarbonização consiste em se atingir um pico de emissões tão logo quanto possível, para mais tarde os Estados implementarem as emissões negativas e a despoluição da atmosfera. Metas nacionais de emissões serão objeto de balanço e revisão em 2023. No ano de 2018, haverá um diálogo facilitador para sua avaliação. Não haverá intromissão nem punição internacional em caso de descumprimento das metas; os países ricos terão a obrigação de cumpri-las primeiramente.

O financiamento para medidas de adaptação, resiliência e produção de energia limpa a ser endereçado aos países em desenvolvimento será baseado no referido piso de US\$ 100 bilhões anuais a partir de 2020, a ser custeado prioritariamente pelos

representa 19.000 cidades nos Estados Unidos, entrou, em dezembro de 2015, como *amicus curiae* em processo na *U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit* em defesa do *The Clean Power Plan*, tendo como procurador o Professor de Direito Ambiental e Vice-Diretor do *Sabin Center for Climate Change Law* da *Columbia Law School*, Michael Burger. Na ação judicial, 26 Estados, companhias e a *U.S. Chamber of Commerce* impugnaram o proceder administrativo da EPA e o próprio *The Clean Power Plan*, tendo como um dos argumentos justamente a invasão de competência legislativa do Congresso. Ver: VOLCOVICI, Valérie. *Cities join defense of EPA's key carbon rule*. Washington, 2015. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-climatechange-usa-cleanpowerplan-idUSKBN0U520H20151222>>. Acesso em: 02 jan. 2016. Possível também acessar a notícia e a peça processual assinada pelo Professor BURGER, Michael. *Cities nationwide join litigation to support implementation of EPA clean power plan*. New York: Columbia Law School: Sabin Center for Climate Change Law, 2015. Disponível em: <http://www.law.columbia.edu/null/download?&exclusive=filemgr.download&file_id=614006>. Acesso em: 02 jan. 2016. O Presidente Donald Trump, outrossim, anunciou a retirada do Acordo de Paris por parte dos Estados Unidos, medida que terá efeitos nulos, pois a maioria dos grande Estados, Cidades e corporações norte americanas continuam comprometidas com a COP 21. Ver: THE NEW YORK TIMES. *States and Cities Compensate for Mr. Trump's Climate Stupidity*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/06/07/opinion/climate-change-cities-states.html>. Acesso em: 09.09.2017.

países desenvolvidos, que terão de reportar aos demais países o cumprimento desse compromisso. Esse piso anual será rediscutido a partir de 2025.

A previsão de recursos financeiros para ajudar vítimas de desastres é mencionada em destaque no compromisso, na forma de perdas e danos, como exigiam os países mais vulneráveis às mudanças climáticas.⁹ Essa disposição, no entanto, não pode ser invocada como base legal para a cobrança de indenizações ou compensações dos países ricos e emissores. Em matéria de florestas, o papel dos biomas naturais como sumidouro de carbono restou reconhecido, mas sem detalhamento sobre como recursos financeiros poderão promover sua conservação e restauração.

De acordo com o art. 4º, parágrafo 1º, do documento, para que seja alcançado o objetivo do limite de temperatura no longo prazo, as partes devem utilizar a melhor ciência disponível. Deve haver, na segunda metade do século, um rápido equilíbrio entre as emissões antropogênicas de gases de efeito estufa pelas fontes e a sua captura. Ou seja, cada tonelada de gás de efeito estufa emitida deve ser removida da atmosfera.

Segundo o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas de 2014 (*Fifth Assesment Report*), o uso de combustíveis fósseis gera 32 gigatons de dióxido de carbono por ano. Outras fontes, como o vazamento de metano, as fábricas de cimento e outros processos industriais são responsáveis por 5 a 7 gigatons de dióxido de carbono anuais. O desmatamento e a agricultura, especialmente a monocultura, adicionam 10 a 12 gigatons ao ano de dióxido de carbono na atmosfera. A soma dessas atividades humanas emite na atmosfera 49 gigatons de carbono. Os sumidouros de carbono, por sua vez, removem apenas

⁹ Entre os países mais ameaçados pelas mudanças climáticas, estão as Nações Ilhas, vulneráveis ao aumento do nível dos oceanos e a tsunâmis, como as Ilhas Marshall. Para um aprofundamento relativo à ameaça do aquecimento global sobre as Nações Ilhas e suas implicações legais, ver: GERRARD, Michael. *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

18 gigatons por ano, 8,8 vão para os oceanos e 9,2 para a terra. Para se alcançar o equilíbrio entre as emissões e a capacidade de absorção dos sumidouros de carbono, seria necessário acabar completamente com as emissões (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2015). Como esse é um objetivo difícil e o acordo demonstrou-se abstrato, já que o objetivo de redução das emissões e o conseqüente limite de temperatura a ser atingido podem ocorrer em um período de tempo indeterminado – de 2050 até 2099 –, novas medidas precisam ser adotadas.

Em consonância com o *World Resources Institute*, para se atingir o objetivo previsto no art. 2º do Acordo de Paris¹⁰, é preciso trazer as emissões de dióxido de carbono referentes à produção de eletricidade para valores aproximados a zero e, também, elevar para cerca de 25% o número de veículos movidos por energia elétrica (WORLD RESOURCES INSTITUTE, 2015). Já Gerrard sugere que existem apenas três formas de se continuar a usar combustíveis fósseis para a produção de energia elétrica na segunda metade deste século:

- a) capturar o carbono antes que ele seja emitido na atmosfera;
- b) elaborar e criar, em massiva escala, novas tecnologias para remover e sequestrar o carbono do ar;
- c) criar sumidouros de carbono, assim como acabar com o desmatamento em todo o mundo (2015).

Todas as três alternativas levantam a questão de como o carbono será armazenado. Não se sabe por quanto tempo o carbono ficará nos reservatórios. Por exemplo, qual o período de vida das árvores que o armazenam? Impossível saber. O que é certo é que, quando árvores são queimadas, cortadas e morrem, elas liberam o carbono armazenado imediatamente.

¹⁰ Emissões bem abaixo de 2°C e tentativa de limitá-las a 1,5°C.

De outro lado, as tecnologias para captura, sequestro e remoção do carbono do ar estão sendo desenvolvidas lentamente e sem grande incentivo e concessão de subsídios pelos governos. Não há dúvida, igualmente, de que a precificação do carbono criaria um incentivo para as pesquisas relativas a tais tecnologias (JACOBS, 2014, p. 481). Com a finalidade de solucionar o problema, Gerrard sugere a combinação de programas agressivos de eficiência e conservação energética com a instalação de novas usinas de energia renovável (e talvez nuclear) e a substituição dos veículos movidos a petróleo por carros elétricos ou movidos a hidrogênio (2015).

E o Brasil, como fica nesse cenário? De acordo com o próprio governo, o desmatamento na Amazônia aumentou 16% entre agosto de 2014 e julho de 2015.¹¹ Segundo fonte independente, o mês de fevereiro de 2015 teve um aumento de 282% no desmatamento na Amazônia se comparado ao mês de fevereiro de 2014.¹² O país possui uma economia calcada nos combustíveis fósseis e poucos investimentos orçamentários e científicos em energias renováveis. A participação da energia eólica¹³ e solar é, em matéria de produção, muito pequena quando comparada aos países desenvolvidos, especialmente os países nórdicos. Cabe ao Estado brasileiro virar esse jogo e optar pela sustentabilidade. Será preciso governança e transparência na

¹¹ O desmatamento atingiu 5,831 Km² segundo o próprio governo, com um aumento de 16% medido de agosto de 2014 a julho de 2015. GIRARDI, Giovana. Desmatamento na Amazônia aumenta 16% em um ano. *Estadão*, São Paulo, 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,desmatamento-na-amazonia-sobe-16-em-um-ano-e-atinge-5831-km,1802729>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

¹² Um novo mapeamento do Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon) detectou 42 km² de desmatamento no bioma em fevereiro de 2015. Isso representa um aumento de 282% em relação ao índice constatado no mesmo mês em 2014. DESMATAMENTO da Amazônia aumentou 282% em um ano. *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 mar. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/desmatamento-da-amazonia-aumentou-282-em-um-ano-15653073#ixzz3v6bfxBZ3>>. Acesso em: 20 dez. 2015.)

¹³ Sobre as vantagens da energia eólica e a sua regulação nos Estados Unidos, ver: FIRESTONE, Jeremy; KEHNE, Jeffrey. Wind. In: GERRARD, Michael. *The law of clean energy: efficiency and renewables*. New York: American Bar Association, 2011. p. 361-368.

gestão dos recursos que serão alocados pelos fundos verdes ao Brasil, que necessita, por sua vez, superar a cultura da corrupção, do patrimonialismo e da má gestão dos recursos públicos por políticos e burocratas. O Estado e todos os setores da sociedade têm uma grande responsabilidade a assumir. A Amazônia é, em parte, brasileira, mas vital para toda a humanidade; é o pulmão do mundo.

Existe, com muitas omissões e imperfeições técnicas, a Lei 12.187/09, que cria a Política Nacional da Mudança do Clima. É preciso implementá-la onde for possível, suprimindo suas evidentes omissões, complementando-a. Os instrumentos reconhecidamente mais eficazes para o combate às mudanças climáticas estão longe de ser implementados, mas precisam ser regulamentados, como a tributação, a precificação do carbono e o *cap-and-trade* (esse último por uma legislação que possa lhe dar concretude) (WEDY, 2015, p. 180). Não se pode pensar em concretizar o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável se o país não estiver engajado no compromisso jurídico assumido pelas nações na COP21 para o combate ao aquecimento global e aos seus trágicos efeitos.

Conclusão

Os recentes marcos do desenvolvimento sustentável deixam evidenciado que este possui como pilares a inclusão social, o desenvolvimento econômico, a tutela ambiental e a governança. Não se pode cogitar em manter um conceito desatualizado de desenvolvimento sustentável, como aquele que foi fixado, há mais de 30 anos, pelo Relatório Brundtland. Imperioso adicionar às dimensões social, econômica e ambiental do desenvolvimento sustentável, a novel dimensão da boa-governança. Outrossim, o princípio do desenvolvimento sustentável, que pode ser considerado também um direito e um dever fundamental, precisa estar inserido na atual Era das mudanças climáticas e

comprometido com o conceito de Ecologia Integral de Laudato Si, com os 17 objetivos e 169 metas previstos na Agenda 2030 da ONU e, muito especialmente, com a integralidade do cumprimento do previsto no Acordo de Paris. As presentes e, em especial, futuras gerações possuem o direito à vida digna, a ser gozada e usufruída em um meio ambiente saudável, livre de extremos climáticos causados por fatores antrópicos.

Referências

- BURGER, Michael. *Cities nationwide join litigation to support implementation of EPA clean power plan*. New York: Columbia Law School: Sabin Center for Climate Change Law, 2015. Disponível em: <http://www.law.columbia.edu/null/download?&exclusive=filemgr.download&file_id=614006>. Acesso em: 02 jan. 2017.
- CLARK, Matthew. Judaism: a cry for justice. In: CLARK, Matthew. *Handbook of research on development and religion*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 66-78.
- CLARK, Matthew; TITTENSOR, David. *Islam and development: exploring the invisible aid economy* Farnham: Ashgate, 2014.
- CLARK, Matthew. Judaism: a cry for justice. In: CLARK, Matthew. *Handbook of research on development and religion*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 66-78.
- COLUMBIA UNIVERSITY. *Statement on divestment*. New York, 2015. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/content/statement-divestment.html>>. Acesso em: 20 dez. 2016.
- FIRESTONE, Jeremy; KEHNE, Jeffrey. Wind. In: GERRARD, Michael. *The law of clean energy: efficiency and renewables*. New York: American Bar Association, 2011. p. 361-368.
- FRANCISCO, Papa. *Carta encíclica Laudato Si sobre o cuidado da casa comum*. Roma, 24 maio 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

FRANCISCO DE ASSIS, Santo. *Cantico delle creature*: Fonti Francescane, 263. Disponível em: <w2.vatican.va>. Acesso em: 22 set. 2016.

GERRARD, Michael. *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GERRARD, Michael B. *What the Paris agreement means legally for fossil fuels*. New York City: Columbia Law School: SIPA, 2015. Disponível em: <http://energypolicy.columbia.edu/sites/default/files/energy/Gerrard_What%20the%20Paris%20Agreement%20Means%20Legally%20for%20Fossil%20Fuels.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

GIRARDI, Giovana. Desmatamento na Amazônia aumenta 16% em um ano. *Estadão*, São Paulo, 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,desmatamento-na-amazonia-sobe-16-em-um-ano-e-atinge-5831-km,1802729>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

HARVARD UNIVERSITY. *Fossil fuel divestment statement*. Cambridge, 2013. Disponível em: <<http://www.harvard.edu/president/news/2013/fossil-fuel-divestment-statement>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Counting the cost of energy subsidies*. Washington, 2015. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2015/NEW070215A.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Fifth assesment report*. Geneva, 2015. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/report/ar5/>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

JACOBS, Wendy. Carbon capture and sequestration. In: GERRARD, Michael; FREEMAN, Jody (Ed.). *Global climate change and U.S. law*. 2. ed. New York: American Bar Association, 2014. p. 481-520.

JOÃO XXIII, Papa. *Carta encíclica Pacem in Terris*. Roma, 11 abr. 1963. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 22 de set. 2016.

JOÃO PAULO II, Papa. *Carta encíclica Redemptor Hominis*. Roma, 04 mar. 1979. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_04031979_redemptor-hominis.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

LUTZEMBERGER, José. *Crítica ecológica do pensamento econômico*. Porto Alegre: L&PM, 2009.

NICOLLETTI, Mariana; HISAMOTO, Bruno Toledo. Regras para um jogo colaborativo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 dez. 2015. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/12/172_0987-cop21-trara-avancos-no-combate-ao-aquecimento-global-sim.shtml?mobile>. Acesso em: 20 dez. 2015.

O GLOBO. Desmatamento da Amazônia aumentou 282% em um ano. *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 mar. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/desmatamento-da-amazonia-aumentou-282-em-um-ano-15653073#ixzz3v6bfxBZ3>>. Acesso em: 20 dez. 2016.)

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2015.

PAPA BENTO XVI, Papa. *Discurso do Papa Bento XVI*. Palácio Reichstag de Berlim, 22 set. 2011. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html>. Acesso em: 22 set. 2016.

PAULO VI, Papa. *Carta apostólica Octogésima Adveniens*. Roma, 14 mar. 1971. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/apost_letters/documents/hf_p-vi_apl_19710514_octogesima-adveniens.html>. Acesso em: 22 de set. 2016.

POSNER, Eric A.; WEISBACH, David. *Climate change justice*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

SEN, Amartya. The contemporary relevance of Buddha. *Ethics & International Affairs*, Cambridge, v. 28, n. 1, p. 15-27, 2014.

SEGGER, Marie-Claire Cordonier Segger; KHALFAN, Ashfaq. *Sustainable development law: principles, practices and prospects*. New York: Oxford University Press, 2004.

THE NEW YORK TIMES. The high cost of dirty fuels. *The New York Times*, New York, 21 maio 2015. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/05/21/opinion/the-high-cost-of-dirty-fuels.html?_r=0>. Acesso em: 20 dez. 2016.

THE NEW YORK TIMES. *States and Cities Compensate for Mr. Trump's Climate Stupidity*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/06/07/opinion/climate-change-cities-states.html>. Acesso em: 09.09.2017.

UNITED NATIONS. *Report of the United Nations conference on sustainable development*. [S.l.], 2012. Disponível em: <http://www.uncsd2012.org/content/documents/814UNCSD%20REPORT%20final%20revs.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

UNITED NATIONS. *The millennium development goals report 2015*. New York: United Nations, 2015. Disponível em: [http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%201\).pdf](http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%201).pdf). Acesso em: 01 out. 2015.

UNITED NATIONS. *Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development*. [S.l.], 2015. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

VOLCOVICI, Valerie. *Cities join defense of EPA's key carbon rule*. Washington, 2015. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/us-climatechange-usa-cleanpowerplan-idUSKBN0U520H20151222>. Acesso em: 02 jan. 2017.

WEDY, Gabriel. Subsídios públicos e os combustíveis fósseis. *Zero Hora*, Porto Alegre, 17 jun. 2015.

WORLD RESOURCES INSTITUTE. *COP 21*. Washington, 2015. Disponível em: <http://www.wri.org/our-work/project/cop-21>. Acesso em: 20 dez. 2016.

WEDY, Gabriel. Brasil e governança pós-COP21. *Zero Hora*, Porto Alegre, 15 dez. 2015. Editoria de Opinião, p. 18.

O estabelecimento da democracia ambiental e a participação social no deslinde da problemática socioambiental

*Giovani Orso Borile*¹

*Cleide Calgaro*²

*Draiton Gonzaga de Souza*³

Introdução

O estudo ora apresentado demonstra uma análise acerca da democracia e a sua aplicação na resolução das questões ambientais, pretende-se com o presente trabalho apresentar o

¹ Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Integrante do Grupo de Pesquisas Metamorfose Jurídica. CV: <http://lattes.cnpq.br/9063196599611399>. E-mail: goborile@ucs.br

² Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Atualmente é Professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado - e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

³ Bacharel em Filosofia e em Direito. Realizou o mestrado em Filosofia e em Direito. Concluiu o doutorado em Filosofia pela Universidade de Kassel (Alemanha), em 1998, com bolsa CAPES-DAAD. Realizou pós-doutorado na Universidade de Tübingen (Prof. Dr. Otfried Höffe) e no Hegel-Archiv, da Universidade de Bochum (Prof. Dr. Walter Jaeschke), como bolsista da Fundação Alexander von Humboldt. Recebeu, em 2003, prêmio do DAAD, e, em 2013, da Fundação Alexander von Humboldt (Humboldt-Alumuni-Preis) devido ao engajamento na cooperação acadêmica Brasil-Alemanha. É Professor Titular e Decano da Escola de Humanidades da PUCRS, atuando, na graduação e na pós-graduação, como Professor Permanente no PPG em Filosofia e no PPG em Direito da PUCRS. É Advogado, Tradutor Público e Intérprete Comercial concursado para o idioma alemão e Vice-Diretor do CDEA (Centro de Estudos Europeus e Alemães - UFRGS-PUCRS-DAAD)

conceito e dimensão de democracia, bem como, estabelecer uma necessária relação entre a problemática questão ambiental e a imperiosa necessidade de participação popular por intermédio da comunidade local. O método utilizado no presente trabalho é o analítico. Pode-se concluir que a democracia ambiental se constitui em importante meio para o deslinde e resolução da crescente problemática ambiental que permeia a atualidade.

Assim, o meio ambiente se constitui na casa de todos os seres humanos, bem como, dos demais seres vivos, assim, toda e qualquer intervenção no ambiente gerará reflexos sejam sociais ou ambientais e, portanto, necessitam de medidas eficazes para a resolução da problemática, desse modo, a necessidade das mais variadas medidas de proteção ambiental são demandadas, assim, a Democracia Ambiental ganha espaço.

No que se refere a questão da democracia trata-se de uma construção aprofundada, fundamentada em acontecimentos históricos e processos de construção da própria identidade do homem e de suas civilizações, embasados no princípio de governo e participação, consistindo em um meio e instrumento hábil para uma efetiva realização dos requerimentos de uma sociedade.

A consolidação dos princípios e valores imprescindíveis ao bom andamento da sociedade e convivência social somente concretizam-se através da presença da democracia, onde pelas diversas revoluções e movimentos sociais primou-se pela justiça e direitos para os cidadãos. As referidas lutas sociais deram impulso aos ideais democráticos e os objetivos reclamados foram atendidos, propondo-se a renovação das formas de governo, a garantia de direitos e uma governabilidade limpa, todos esses ideais contribuíram para a concretização da democracia e foram arquitetadas, portanto, pela aspiração humana em prol do desenvolvimento das formas de governo e sistemas sociais.

Os ideais democráticos vêm para consolidar, reafirmar e prestar suporte para as formas e estruturas de política, domínio e gerência social, implicando-se em um importante meio de

estabelecer-se o desenvolvimento político, econômico e principalmente ambiental. A questão do meio ambiente vêm tornando-se em um novo campo de atuação para a democracia, a crescente e constante problemática ambiental na atualidade configurou-se em um tema amplo e que reclama as mais variadas formas de solucionamento de questões, sendo marcada pela interdisciplinaridade e demandando-se cada vez mais a intervenção de profissionais e estudiosos das mais variadas áreas do conhecimento, como forma de procurar-se o melhor meio de resolução da problemática.

Tem-se, contudo, que a participação popular é o melhor meio de organizar-se a plena e perfeita resolução da problemática ambiental, o que será averiguado por meio desse estudo onde adota-se o método analítico como forma de pesquisa e estruturação dos resultados ora entendidos.

1 Conceito e dimensão de democracia e participação social

Não há dúvidas quanto ao conceito de democracia ser fundado nas perspectivas sociais e políticas de governo do povo e para o povo, e portanto desempenhado pelo povo, as dimensões e ideais democráticos passaram por uma construção ideológica que permitiu o desenvolvimento e desdobramento da democracia em múltiplas faces, ou seja, pode-se arguir que a existência da democracia especializada como real e plenamente vivenciável nos dias atuais.

A instauração democrática levou ao despertar global para as demandas sociais e iniciou uma série de movimentos sociais em prol de direitos e garantias, como fora transmitido anteriormente, e assim, permitiu o desenvolvimento de um governo verdadeiramente mais aberto e uma participação maior da coletividade.

As atividades governamentais foram mais flexibilizadas, dando ao cidadão a oportunidade de ter vez e voz nas questões

pertinentes à sua localidade. Isso permite que o cidadão se sinta pertence ao espaço local em que vive.

Alexander Dunlop Lindsay afirma que:

Toda a democracia representa uma tentativa de combinar a eficiência e o controle popular. Os governos democráticos variam, com o aumento ou redução da pressão das circunstâncias, a busca de uma ação rápida e eficiente. Uma forma de assegurar que o governo não agirá contra a vontade do público é dar a este abundantes oportunidades de veto àquilo que o governo pretende fazer. Isso significa que o governo pode ser impedido, praticamente, de fazer coisas muito erradas. (LINDSAY, 1964, p.99)

A democracia possui ligação exclusiva com o exercício direto e pessoal dos cidadãos na participação da tomada de decisões de caráter fundamental da comunidade, onde são manifestadas pelos indivíduos suas vontades de modo a permitir-se que as decisões tivessem a parcela de anuência e concordância de todos os participantes da sociedade.

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori afirma que:

A democracia não pode ser definida através de um princípio central – ela não é um modo de existir da sociedade inteira – mas necessita primordialmente da autonomia da sociedade política e cumpre um papel mediador entre Estado e sociedade civil [...], a primeira condição da democracia é o reconhecimento da sociedade civil (2006, p. 94-95).

A possibilidade de o indivíduo expressar as suas vontades e opiniões se constitui na verdadeira materialização da democracia, ou seja, a vontade e a voz dos cidadãos que se encontram reunidos foi o modo e a maneira adequada de se submeter os anseios estatais ao crivo do povo, permitindo-se, assim, que as decisões governamentais fossem submetidas à sugestão e aceitação popular.

Assim, após a justificação da população o Estado poderia, embasado nas considerações e interferências da vontade popular, tomar todas as decisões e desenvolver todas as atividades e práticas que lhe são inerentes, como titular formal do poder público, sendo que, os próprios cidadãos também acabam por possuir essa titularidade, mesmo que de modo informal.

Com base no exposto acima a democracia representa um instrumento de concretização da vontade popular, além de servir para que haja o sentimento de pertencimento ao espaço local. Portanto, com a atuação do governo local, onde seria inserida a participação popular na discussão de temas que vão caracterizar a necessidades concretas e pertinentes, permite-se que o federalismo possa se consolidar de forma mais ampla. De outro modo, existe a perspectiva de que a figura do Estado não seja visto apenas como um “corpo estranho” e imóvel, além do que, também a cidadania não seja vista sob uma ótica puramente burocrática. Deste modo as atividades estatais precisam ser compreendidas “em relação às comunidades menores e aos particulares” (BARACHO, 1996, p.40). Com isso a democracia se concretiza e dá azo a participação.

Essa participação precisa ser realizada forma consciente onde o cidadão tenha a plena certeza que os demais vão colaborar, visto quer todos são pessoas razoáveis e racionais, além do que, a sua participação deve ser respeitada e entendida como mecanismo de melhora dos problemas apresentados nos espaços locais e manutenção da cidadania.

A participação das comunidades de forma eficaz permite que possa haver um resgate da confiança na democracia e na cidadania, onde isso se torna crucial para a manutenção do Federalismo e da figura do Estado. Portanto, podem ocorrer mudanças através de iniciativas advindas e mesmo promovidas pelos governos locais, onde haverá o estabelecimento de uma nova relação entre o Estado e a sociedade civil. Com isso os cidadãos se sentirão estimulados a participar, haja vista que, o princípio da subsidiariedade se concretiza. De acordo com Baracho (1996, p.46),

o princípio da subsidiariedade deve ser interpretado como “inerente a preservação das individualidades, dentro dos vários agrupamentos sociais”, neste contorno, a estrutura governamental deve refletir os elementos da subsidiariedade, estabelecendo a autoadministração das unidades locais.

O princípio da subsidiariedade permite que o Estado tenha função subsidiária, despontando em duas feições importantes: na questão da ajuda e da realização supletória. A ajuda manifesta-se mediante a criação de condições que permitam a atuação das comunidades intermediárias. Já, a realização supletória, verifica a missão da comunidade, suprindo suas deficiências, quando elas não realizarem adequadamente sua função. (DROMI *apud* Baracho, 1996, p.50).

Afirma-se que para que haja a subsidiariedade, existe a necessidade de um colaboração mútua do Estado, bem como da comunidade - onde todos os cidadão participem - e dos governantes locais. A subsidiariedade se concretiza somente no Município tornando o cidadão como um ser concreto, o qual vai agir e interagir política e socialmente na comunidade, não sendo mais somente um ser abstrato, o qual sente que sua participação não consegue se efetivar. Com isso se pode atingir a democracia no espaço local, em direção à inclusão sociopolítica e mesmo socioambiental.

Assim, o princípio da subsidiariedade almeja restituir aos cidadãos seus atributos concretos e fortes baseados na dignidade da pessoa humana e em outras garantias constitucionais, fazendo com que se fomente a cultura da autonomia e o desenvolvimento da responsabilidade social do cidadão. Baracho entende que a ideia de subsidiariedade não reclama um nivelamento absoluto, mas uma “relativa repartição de bens” apta a garantir, para cada cidadão, as mínimas condições para o exercício de suas liberdades. O objetivo é que os grupos de cidadãos estejam habilitados a financiar a redistribuição social com menor interferência (ou dependência) da instância nacional, de maneira que a autonomia

dos grupos individuais contribua para uma atuação mais eficaz e para o melhor atendimento das necessidades decorrentes do interesse geral (1996, p.66).

Na ótica de Hermany “a efetividade dos espaços de democracia participativa está diretamente relacionada à consolidação da cidadania e à consequente participação no processo de obtenção do consenso.” (HERMANY, 2007. p. 250). E, vai além afirmando que o empoderamento local “implica os agentes a participarem de forma atuante na busca de soluções para os problemas sociais, assim, percebe-se que somente se pode falar de cidadania se houver aumento do espaço discursivo, permitindo aos indivíduos e grupos participarem na constituição de transformações sociais”. (HERMANY, 2010. p. 78).

Desse modo, daqui por diante, buscar-se fazer uma análise acerca da Democracia Ambiental, como forma de gerenciamento popular das constantes ambientais que tanto permeiam a sociedade atual. Verifica-se que se passa por transformações recorrentes e graves que permeiam não somente a sociedade mas o meio ambiente, com isso necessita-se de uma nova democracia pautada no meio ambiente para o deslinde dessas problemáticas.

2 O estabelecimento da nova democracia ambiental

A sociedade moderna vive uma crise onde se observa uma visão antropocêntrica de meio ambiente, sendo que o mesmo não é um ente em si, mas sim um objeto. Esse objeto é de uso comum, onde as pessoas e a sociedade pode dispor com a ressalva de que o Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, o que não retira o antropocentrismo colocado na Constituição, embora se fale em “ecologicamente equilibrado”. Na visão de Weschenfelder, “a palavra equilíbrio tem significado de igualdade de força entre duas ou mais coisas ou pessoas, grupos.” (2012, p. 38-39). Com isso não

significa a integral proteção do meio ambiente, o qual continua sendo explorado e espropriado pelo atual sistema.

O problema é que a sociedade moderna está alterando o meio ambiente onde existem uma série de impactos causados por esse desequilíbrio de acordo com Butzke, Ziembowicz, Cervi:

Neste momento ainda cabe considerar o planeta Terra como nosso mundo ambiente, nosso mundo referencial, que, em todos os seus quadrantes, está se ressentindo, de alguma forma, os impactos gerados pela ação antropogênica, em especial em nossos dias. Uma análise, ainda que rápida, mostra que na mesma velocidade das conquistas e da geração de bens, estamos marchando para o esgotamento de grande parte de nossos recursos naturais. Estamos gerando níveis insuportáveis de poluição; estamos perdendo nossa biodiversidade e nossa água potável. Talvez devamos redimensionar nosso *modus vivendi* e até mesmo nosso paradigma de desenvolvimento, buscando a sustentabilidade. (2006, p.15).

O planeta Terra vive um momento de grandes transformações, a humanidade de certa maneira tomou a consciência dos abusos cometidos contra a natureza, em nome do poder econômico, que move a sociedade. Mas isso não é o suficiente, é preciso que se tome alternativas concretas para o deslinde dos problemas advindos dessa transformação, onde ainda o planeta sofre com a crise civilizatória. Como afirma Condesso,

(...) o planeta terra encontra-se, hoje, perante o dilema de viver uma “civilização” industrial e agrícola poluidora, conter uma população que cresce a um ritmo galopante e ter um patrimônio e recursos naturais, incessantemente, degradados pela humanidade, à escala mundial. Como vemos, os problemas ambientais situam-se, hoje, entre as principais questões mundiais. (2001, p.39).

Já para Félix Guattari “o planeta Terra vive um período de imensas transformações técnico-científicas, em contrapartida das

quais engendram-se fenômenos de desequilíbrios ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a vida em sua superfície”. (GUATTARI, 2004, p. 03). E, continua afirmando que “paralelamente a tais perturbações, os modos de vida humana individuais e coletivos evoluem no sentido de uma progressiva deterioração”. (GUATTARI, 2004, p. 03).

É preciso encontrar uma alternativa para essa problemática, assim, a democracia de caráter ambiental tende a ser o braço da grande democracia e pode contribuir imensamente para a resolução da problemática ambiental, consistindo-se em um meio hábil de construção do diálogo ambiental e da discussão ecológica.

A conscientização acerca das questões ambientais tem tomado um espaço cada vez maior, sendo de grande relevância que medidas sejam tomadas, assim, a Democracia Ambiental ao abrir espaço para o gerenciamento participativo da problemática ecológica permite uma desenvoltura maior no tocante à questão ora trabalhada, fundada numa maior interação e em uma participação maior das populações locais. Cláudio Di Mauro traz a afirmação que a

democracia floresce quando as pessoas organizam-se para proteger suas comunidades, seus direitos e ficam atentas às ações de seus representantes políticos eleitos. Ao invés de se transferirem as responsabilidades governamentais para corporações globalizadas, deve ser buscado um modelo que atenda às necessidades essenciais da população e das comunidades. Em outras palavras, não é possível o fortalecimento das corporações globais com o enfraquecimento das populações locais. As comunidades locais devem ter o poder político e econômico para decidir tudo aquilo que as afetar e ao seu território. Esse é o caminho para garantir a autonomia das municipalidades, que também precisam estar articuladas em suas relações de interdependência com as outras localidades. Toda decisão de assunto que diga respeito a um município, nele deve ser tomada. (MAURO, 2012, p.30).

Há de se mencionar que a democratização da administração ambiental pode se perpetuar de inúmeras formas, seja por um Comitê de Bacia Hidrográfica que exige em sua composição a participação dos usuários das respectivas águas, ou ainda, uma Audiência Pública ambiental que requeira a opinião pública como forma de se conhecer o melhor meio de solução e a opinião do povo. Tem-se ainda uma lei de iniciativa popular na sara ambiental e ainda o viés judicial, que também comporta a participação popular, seja em uma Ação Popular, um Mandado de Segurança Coletivo ou ainda um Mandado de Injunção, todos esses meios se constituem em caminhos aplainados para a Democracia Ambiental, uma nova forma de participação ou ainda um modo especializado, que permite a interação do cidadão nas questões socioambientais.

A Democracia acaba por desenvolver um amplo trabalho nessa conjuntura ambiental e pode-se afirmar que “sua colaboração para o aprimoramento da democracia na gestão ambiental é importante no contexto deste estudo” (FURRIELA, 2002, p. 59) e, portanto, acaba por criar um terreno propício ao desenvolvimento de novos movimentos ambientais, sendo, dessa forma, imposta ao governo a necessidade de medidas para se coibir as práticas lesivas ao meio ambiente, Luciana Betiol adverte ser necessário

o compromisso dos governos em garantir o tripé acesso à participação, à informação e à justiça nas questões ambientais [...] para atender ao chamado de uma democracia ambiental. Essa questão ganha relevância diante de casos concretos de violação a esses direitos, nos mais recentes embates ambientais contra a realização de obras de grande impacto socioambiental, como [...] os direitos de acesso à informação, à participação pública e à justiça são essenciais para o desenvolvimento sustentável, e vêm sendo cobrados, internacionalmente, em diversos foros[...]. (2014, p. 43).

Assim, a Democracia Ambiental se constitui em importante meio para materializar-se de forma concreta a proteção ambiental e a gestão ambiental, lembrando-se, contudo, que a participação social é o melhor caminho a ser escolhido.

3 A participação da comunidade no deslinde da problemática ambiental

A alienação dos indivíduos se constitui em um grande problema na atualidade, sendo que para o bom deslinde das questões ambientais faz-se necessária, como anteriormente demonstrado, a participação popular como forma de se obter a melhor solução possível, sendo que aqueles que participam das mais variadas situações em seu cotidiano possuem uma disposição e sensibilidade muito maior para a causa. Essa participação popular permite que o cidadão se sinta pertencente ao espaço local em que vive, fazendo assim, que as decisões tomadas sejam efetivas e eficazes, pois representam a concordância das soluções para as problemáticas vividas no espaço local dos Municípios e das cidades.

Essa nova Democracia Ambiental se conecta profundamente com a ideia de participação social ou popular, tendo muito em si da democracia participativa como forma de solução da problemática ambiental, essa participação não fora constituída agora, mas tornou-se a projeção de uma evolução da sociedade e civilização como forma de se permitir uma aderência melhor aos questionamentos populares.

Nesse sentido se manifesta Otfried Höffe no sentido de que:

As democracias participativas do mundo atual são o resultado de um longo processo evolutivo, um processo de civilização que tem sido apoiado por instituições bem-intencionadas, tais como grêmios e constituições esclarecidos, e também através de virtudes cívicas bem-intencionadas. No caso ideal, a democracia se torna um plebiscito que se repete todos os dias. O conceito

oposto seria a atitude do tipo “não contem comigo”. (2005, p. 132).

Portanto, no desenrolar desse processo evolutivo se trouxe a necessidade crescente de participação como a própria essência da Democracia em sentido amplo, e mais especificamente, a Democracia Ambiental no fato de a participação social ser de grande valia para a efetivação da proteção ambiental.

A recepção da opinião e do pensamento dos cidadãos e da comunidade local são de grande valia para uma efetiva resolução da problemática ambiental, visto que, os interesse dos cidadãos são levados em consideração e esse é o principal ideal democrático, o governo do povo, ou seja, a gerência e participação de todo e qualquer cidadão como forma de estabelecer-se um diálogo acerca da conjuntura atual e a necessidade de mudanças, por conseguinte, toda a problemática ambiental será sanada gradativamente e, assim, obter-se-á um meio ambiente ecologicamente equilibrado para toda a população, seja para as presentes ou futura.

De acordo com Küfner:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos. (KÜFNER, 2000, p. 170).

Assim, a participação permite que as questões ambientais possam ser dirimidas de forma a minimizar os problemas que se está enfrentando. Deste modo, existe a necessidade de uma

cooperação social entre todos, onde

é preciso acordar para o fato de que o futuro da humanidade não é a evolução da natureza. As proposições de futuro devem considerar relações de alteridade e um diálogo de saberes. A relação com o outro, o que inclui as futuras gerações, se dá ordem do ser e o saber. Trata-se de uma relação de deferência com o outro ser, mesmo que ainda ele não exista. (LEMOS, 2014, p. 79).

Há a necessidade de uma nova racionalidade e de uma nova consciência para a preservação ambiental e para que se atinja a democracia. Para Nalini deve haver consciência, além de ter limite da forma de degradação, entendendo que o meio ambiente está cada dia mais poluído e degradado. Para ele, “sem uma consciente conservação ética direcionada a proteção ambiental, não haverá alternativa para o habitante deste planeta injuriado, no limite de sua degradação e fornecendo contínuos sintomas de esgotamento” (2003, p.38).

Arendt (2001), entende que todo o ser humano precisa viver em comunidade, ou seja, em sociedade, mas, é necessário que este homem compreenda o sistema natural, ou seja, compreender que é parte desse sistema, que é parte da complexidade que envolve esse sistema.

Para Penna, “o que deveria ser apenas um meio está sendo cada vez mais confundido com os objetivos últimos, que são o desenvolvimento humano, a sobrevivência e o bem-estar presente e futuro da nossa espécie e daquelas que conosco partilham a biosfera” (1999, p.130-131). Portanto, a democracia participativa pode ser uma alternativa para o deslinde dos problemas ambientais, com a cooperação de todos e uma nova racionalidade que permita a retomada de uma consciência plena se atinge os objetivos propostos.

Entende-se que existe a necessidade de se valorizar o capital social. Esse elemento “refere-se, a redes, normas e valores que favorecem a cooperação entre as pessoas em busca de

objetivos comuns, incluindo aspectos da estrutura social e da dimensão psicológico cultural.” (SCHMIDT. In. BAQUERO, 2004, p.147.)

O elemento central na relação entre capital social e democracia é a *comunidade cívica* ou *compromisso cívico*. A comunidade cívica segundo Putnam se caracteriza pela existência de fortes obrigações dos cidadãos com a comunidade, expressas em intensa participação, mecanismos de igualdade política, sentimentos de solidariedade, de confiança e de tolerância, e densas redes de associações. O compromisso cívico se expressa no empenho dos cidadãos em prol de bens públicos. (SCHMIDT. In. BAQUERO, 2004, pp.149-150.)

Assim, o capital social também está diretamente ligado com o sentimento de solidariedade que uma pessoa, ou um grupo, sente pelos outros, que se desencadeiam mediante o uso de *redes sociais*. (ROBISON; SILES. In. ATRIA; SILES, 2003, p.52). Valorizando os cidadãos se consegue implementar a democracia participativa, principalmente ne esfera ambiental.

Conclusões

Por fim, conclui-se que a Democracia Ambiental vêm para reestabelecer e consolidar a cidadania e ainda reafirmar o conceito de sujeito de direitos e deveres, uma vez que, o exercício pleno e completo da democracia permite que o indivíduo participe fidedignamente das relações sociais que o cercam, bem como, permite a plena conscientização acerca dos problemas políticos e ambientais. Isso faz com que esse cidadão se sinta pertencente ao espaço em que vive, permitindo assim, que o mesmo se sinta valorizado na tomada de decisões.

A necessidade de se prestar suporte para a atividade administrativa e governamental colabora para o controle da

atividade estatal no que tange a negligência da proteção ambiental e preservação dos recursos naturais.

As formas e a estruturação da Democracia permitiram que esse novo desdobramento, a Democracia Ambiental, pudesse se desenvolver de modo a configurar um novo instrumento de proteção à natureza, sendo de suma importância que os cidadãos que dispõem desse meio tão importante não negligenciem a oportunidade de exercício desse direito que à todos é assegurado.

A questão do meio ambiente ao tomar o vulto que tem tomado na atualidade demandou uma série de instrumentos e procedimentos para impedir-se a propagação da degradação ambiental, por conseguinte, surgiu a Democracia Ambiental, e assim, a necessidade de participação popular emanou pela grande demanda proveniente da constante problemática ambiental na atualidade.

Ao se instituir a participação popular deve-se, sem dúvidas, estabelecer dois princípios básicos, a conscientização e a mobilização, onde cada cidadão será advertido acerca da necessidade de participação em seu âmbito de atuação e ainda, em se tratando de questões ambientais, como os reflexos e resultados dessa participação irão render dividendos para toda a comunidade.

Isto posto, lograr-se êxito na tão almejada conservação e preservação ambiental, efetivando-se de modo definitivo, pelo viés popular e democrático, e não puramente governamental e estatal, a garantia universal de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para não somente as presentes gerações como também para aquelas futuras.

Assim, a necessidade de desenvolvimento irá conviver com a constante atual da preservação ambiental efetiva, do grau mais baixo, o cidadão, ao mais alto, o Estado, que através dos seus três poderes em conjunto com a população desenvolverá uma Democracia Ambiental efetiva.

Referências

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**. Conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BETIOL, Luciana Stocco. **Democracia ambiental: estamos prontos?** n. 87. ago. 2014. p. 43. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/pagina22/article/view/30297/29139>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Caxias do Sul: Educus - Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2006.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**. Curitiba: Juruá, 2006.
- CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do Ambiente**. Portugal: Almeidinha, 2001.
- FURRIELA, Rachel Biderman. **Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente**. São Paulo: Annablume, 2002.
- GUATTARI, Élix. **As três ecologias**. Trad. Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, São Paulo: Papyrus, 2004.
- HERMANY, Ricardo. **(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch**. Santa Cruz do Sul: Edunisc/IPR, 2007.
- HERMANY, Ricardo. **O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais**. In. HERMANY, Ricardo (Org.). Empoderamento social local. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.
- HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

LINDSAY, Alexander Dunlop. **O estado democrático moderno**. Tradução de Waltencir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

MAURO, Cláudio Di. Construção da nova democracia ambiental: democracia sem fim. **Boletim Campineiro de Geografia**, Campinas, v.2, n.1, 2012, p. 30. Disponível em: <<http://agbcampinas.com.br/bcg/index.php/boletim-campineiro/article/view/45/2012-1-dimauro>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Milenium, 2003.

PENNA, Carlos Gabaglia. **O estado do planeta: sociedade de consumo e degradação ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

ROBISON, Lindon J.; SILES, Marcelo E.; SCHMID, A. Allan. **El capital social y la reducción de la pobreza: hacia un paradigma maduro**. In. ATRIA, Raúl; SILES, Marcelo (Org.). **El capital social y la reducción de la pobreza en America Latina y en Caribe**. Santiago de Chile: CEPAC, 2003.

SCHMIDT, João Pedro. **Os jovens e a construção de capital social no Brasil**. In. BAQUERO, Marcello(Org.). **Democracia, juventude e capital social no Brasil**. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

WESCHENFELDER, Paulo Natalício. **Do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado**. Caxias do Sul: Educs, 2012.

O direito ambiental e desenvolvimento socioambiental: emancipação dos movimentos sociais rurais e a importância da função social da propriedade

Jean Lucca de Oliveira Becker¹
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger²

Introdução

A *utopia* está no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a *utopia*? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar. O termo *utopia*, como o delineado por Eduardo Galeano, ao mesmo tempo em que implica uma crítica profunda as atuais condições sociais de vida, decorre de um projeto de mudança como contraposição e melhoria da situação presente. É este o espírito do trabalho, que procura refletir acerca do desenvolvimento sustentável e da possibilidade de indivíduos e movimentos sociais, representativos de Outras formas de vida societária,

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG.: jeanbecker@live.com.pt

² Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora dos cursos de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professora visitante na FURB- Universidade de Blumenau. Pesquisadora CNPq, CAPES e FAPERGS.

transcenderem as limitações da complexidade moderna, procurando estabelecer uma estratégia possível para (sobre)vivência à (in)coerência do processo globalizatório.

A referência central da reflexão, que recairá sobre o papel do Direito Ambiental como instrumento de emancipação dos Movimentos Sociais Rurais, igualmente pretende destacar a importância da Função Social da Propriedade como fator de desenvolvimento socioambiental. Assim, pergunta-se qual a efetiva contribuição que o Direito, sobretudo o Ambiental, pode proporcionar a estes movimentos enquanto projeto de Alteridade? Alteridade frisa-se, como aquela definida por Luis Warat em *A Rua Grita Dionísio!* Pois, o que se verifica é que, diante da crise da sociedade contemporânea no que diz respeito ao seu modelo de desenvolvimento econômico, a ecologização da propriedade e da sua função social, objeto de luta por parte destas Outras alternativas societárias, adquire contornos construtivos de um novo modelo cultural baseado em uma sociedade mais democrática.

1. O desenvolvimento como um caminho socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado

O desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Esse enfoque contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento como crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração desse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida (SEN, 2010).

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de provação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância excessiva de Estados repressivos. Em síntese, a ausência de liberdade vincula-se a pobreza econômica, a carência de serviços públicos e assistência social, além das restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade. Segundo Amartya Sen (2010, p.18), a liberdade é central para o desenvolvimento por duas razões: a) a razão avaliatória: a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento da liberdade das pessoas; b) a razão da eficácia: a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas. A condição de agente livre e sustentável emerge como sendo fundamental do desenvolvimento. A livre condição de agente não só é em si uma parte constitutiva do desenvolvimento, mas também contribui para fortalecer outros tipos de condições de agentes livres. (SEN, 2010, p.18).

A importância de considerar a liberdade o principal fim do desenvolvimento pode ser ilustrada com o seguinte exemplo: no contexto das visões mais restritas do desenvolvimento, como crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB) ou industrialização, frequentemente se pergunta se determinadas liberdades políticas ou sociais, como a liberdade de participar ou as oportunidades de receber educação básica são ou não conducentes ao desenvolvimento. Ressalta-se que esses elementos estão entre os componentes constitutivos do desenvolvimento, pois contribuem indiretamente para o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB) ou para a promoção da industrialização (SEN, 2010).

Não se pode esquecer que um número imenso de pessoas em todo o mundo é vítima de várias formas de privação de liberdade. Fomes coletivas continuam a ocorrer em determinadas regiões, além do pouco acesso a serviços de saúde, saneamento básico ou água tratada, considera-se ainda a carência de

oportunidades de educação e emprego remunerado, negação a política e aos direitos civis básicos. (SEN, 2010).

Nesse sentido para este autor

Desenvolver e fortalecer o sistema democrático é um componente essencial do processo de desenvolvimento. A importância da democracia reside em três virtudes distintas: 1) sua importância intrínseca, como a capacidade de participação social e política; 2) suas contribuições instrumentais, como as reivindicações de necessidades econômicas; 3) seu papel construtivo, como na compreensão das necessidades econômicas em um contexto social. Nenhuma avaliação da forma de governo democrático pode ser completa sem considerar cada uma dessas virtudes (SEN, 2010).

Assim, o desenvolvimento se produz quando a capacidade criativa do homem se volta para a descoberta de suas potencialidades, e ele se empenha em enriquecer o universo que o gerou. Este somente se efetiva quando a acumulação conduz á criação de valores que se difundem na coletividade. A ciência do desenvolvimento preocupa-se com dois processos de criatividade. O primeiro diz respeito á técnica, ao empenho do homem de dotar-se de instrumentos, de aumentar sua capacidade de ação. O segundo refere-se ao significado de sua atividade, aos valores com que o homem enriquece seu patrimônio existencial (FURTADO, 1998). É específico da civilização industrial o fato de que a capacidade inventiva humana haja sido canalizada para a criação de técnicas, ou seja, para abrir novos caminhos ao processo de acumulação, o que explica a formidável força expansiva dessa civilização. E também explica que, no estudo do desenvolvimento, o ponto focal dominante haja sido a lógica da acumulação. Deve-se perceber que os principais obstáculos á passagem da modernização ao desenvolvimento propriamente dito cimentava-se na esfera social. O avanço da acumulação nem sempre produziu transformações nas estruturas sociais capazes de modificar significativamente a distribuição de renda, pois produziu nas

regiões periféricas efeitos totalmente diversos, como a marginalização social.

Salienta-se que a qualidade de vida nem sempre melhora com o avanço da riqueza material, pois se percebe que em vários segmentos populacionais, embora conheçam uma significativa elevação do seu nível de vida material, continuam prisioneiros de estreitos padrões culturais.

A reflexão sobre esses temas conduziu a uma visão crítica dos modelos de desenvolvimento que vinham sendo preconizados a partir dos anos 50. Esses modelos se fundam na idéia de que a lógica da acumulação, no nível do sistema de forças produtivas, deve prevalecer sobre o conjunto de fatores que conformam o processo social. Quando se refere a nossa identidade cultural, o que temos em conta é a coerência de nosso sistema de valores. Esse é o círculo maior que deve abarcar a política de desenvolvimento, tanto econômico como social. Somente uma clara percepção da identidade pode dar sentido e direção aos esforços da sociedade em mudar o presente e construir um futuro mais igualitário as diferentes comunidades (FURTADO,1998).

Não se pode confundir desenvolvimento com crescimento econômico, que constitui apenas uma das suas contradições, porém não suficiente. Apenas haverá verdadeiro desenvolvimento onde existir um projeto social subjacente. O desenvolvimento depende da cultura, não pode se limitar unicamente aos aspectos sociais e econômicos, ignorando as complexas relações da sociedade humana e a evolução da biosfera.

O desenvolvimento deve ser socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado no tempo, de maneira a não comprometer o futuro da humanidade. Postula-se a necessidade de buscar um novo paradigma científico, capaz de substituir o industrialismo, o crescimento econômico, socialmente perverso que se alimenta das desigualdades sociais crescentes.

Verifica-se, assim que só a partir do surgimento de diferentes movimentos ambientalistas, houve a definição de uma nova visão, que se pode definir como o homem centrado no planeta como sua morada, ou seja, a visão ecocêntrica, baseada numa ética ambiental³.

Essa nova filosofia ecocêntrica e a conscientização fazem com que o ser humano passe a se preocupar com suas ações, entendendo que ele faz parte da natureza, que é possível sobreviver em harmonia com os demais seres vivos. Desta forma desenvolverá uma visão holística do mundo, trazendo a necessidade de desenvolver uma conduta ética com a Natureza, formando uma real ligação entre homem-natureza.

Entende-se que é com a visão ecocêntrica que o ser humano passa a entender a sua atuação e responsabilidade para com os demais seres vivos, pois contrapõe a visão antropocêntrica que só incentivou a degradação ambiental. Vive-se atualmente um processo de desenvolvimento desequilibrado, com a valorização excessiva do princípio do mercado, ou seja, do desenvolvimento a qualquer custo. Há uma crise do paradigma de desenvolvimento atual diante dos problemas que, através dele vêm surgindo ao longo dos anos.

A dominação da natureza pelo homem, conduziu uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais, causando o surgimento de diferentes problemas ambientais. Essa dominação é fruto do capitalismo, que além de ser um modo de produção global, também é um processo social, econômico, político e cultural de amplas proporções, complexo, contraditório e avassalador.

³ As correntes da ética ambiental são o antropocentrismo e o ecocentrismo. Sendo o antropocentrismo relacionado ao pensamento ou a organização que faz do homem o centro do universo, em que redor gravitam os demais seres em papel meramente condicionado. Enquanto que o ecocentrismo está relacionado às preocupações científicas, políticas, econômicas e culturais voltadas para o planeta Terra considerado casa comum, ou seja, um sistema vivo (MILARÉ, 2004).

Assim a construção do desenvolvimento ocorre com as relações entre os homens, e deles com a natureza. Mas os interesses humanos em apropriar-se dos bens naturais não têm limite fixo, seja em relação à intensidade da utilização desses recursos, seja quanto ao tempo de exploração dos mesmos; daí a crescente inquietude relativa às conseqüências de um desenvolvimento econômico sem uma dimensão temporal adequada.

Importante destacar ainda que a ideia de desenvolvimento sustentável envolve uma dimensão temporal e um esforço coletivo para prever as conseqüências do futuro das decisões que se toma no presente. Além disso, considerações éticas, juntamente com práticas racionais e sustentáveis, também alimentam o princípio dando-lhe corpo e alma. Salienta-se que a efetivação do princípio do desenvolvimento sustentável não é um processo simples, uma vez que exige a construção de um novo paradigma ecológico, voltado à relação homem/natureza. À medida que se entender a profunda relação de interdependência de todos os fenômenos que compõem o grande organismo vivo que é a Terra, ter-se-á a capacidade de adotar novas posturas individuais e coletivas e exigir mudanças estruturais na sociedade local e global. (CORRÊA; BACKES, 2006).

2. O Direito Ambiental: da regulação à emancipação social

Autores com matriz interdisciplinar tem procurado desenvolver teorias acerca das relações sociais que sejam capazes de dar conta da complexidade moderna. Para Guy Debord (2003), por exemplo, a vida das sociedades nas quais reinam as condições modernas de produção se anuncia como uma imensa acumulação de *espetáculos*. Desde a forma dos objetos hoje produzidos, da exposição geral da racionalidade do sistema e a maneira com que o setor econômico avança sobre a realidade individual, torna o *espetáculo* a principal produção da sociedade atual, levando-se a uma evidente degradação do *ser* em *ter*. Não só, o êxito deste

sistema desencadeou a ordenação do território: não obstante o autofagismo do meio urbano provocado pela tomada do meio ambiente natural e humano pelo capitalismo que, ao desenvolver-se em sua lógica de dominação absoluta, refez a totalidade do espaço como o seu próprio cenário; o campo traduz, diante desta lógica, o isolamento e a separação – dando origem, para o autor, a um campesinato fictício, recriado pelas condições de *habitat* e de controle *espetacular* no atual território ordenado.

Já para Adorno (2008), ao procurar estabelecer um conceito dialético de sociedade e da mediação do indivíduo com ela, institui que a socialização, isto é, a simples rede de relações sociais tecidas entre os homens, se torna cada vez mais *densa*. Cita como exemplo a seguinte situação: quando se viajava ao campo, aproximadamente há cerca de cinquenta anos atrás – era tão grande a diferença em relação à cidade, assim como certa independência da preservação da vida no campo em relação às formas de preservação da vida no espaço urbano, comercial e industrial, que havia a sensação de uma relação relativamente débil entre ambos. Nesta época, prossegue o autor, havia no campo e na província inúmeros agricultores que nunca foram à cidade e que dirigiam olhares de respeito às cidades grandes e mesmo às médias situadas em suas redondezas. Hoje, contudo, tal situação seria inimaginável porque a rede entre a cidade e o campo se encontra tecida de um modo incomparavelmente mais *denso*, não apenas devido aos meios de comunicação, mas também em decorrência dos processos econômicos – como a transferência de muitas indústrias ao campo.

É preciso então, antes de tudo, refletir acerca do que une os dois autores. Guy Debord situa o *espetáculo* como um elemento a serviço do capitalismo e que faz com que a vida das sociedades seja sem autenticidade, baseada na *alienação*. Theodor, por sua vez, diante da mesma lógica, trabalha com a ideia de que vivemos numa totalidade que reúne os homens entre si unicamente graças à sua *alienação*.

Quando lhes afirmei que a sociedade vigente é medida apenas pela individualização, há nisso inclusive o sentido crítico, não tão enfatizado por mim no anteriormente exposto, de que, justamente através do *principiumindividuationis*, ou seja, através do fato de que nas formas sociais em vigor os homens individuais procuram o lucro, procuram sua vantagem individual, de que precisamente através dessa insistência no princípio de individuação o todo se conserva vivo e se reproduz, sob gemidos e suspiros e à custa de inomináveis sacrifícios (ADORNO, 2008, p. 128).

Se o que nos une são os interesses antagônicos do homem na densidade espetacular alienante e que “por isso se introduz de modo constituinte nessa sociedade da troca racional, a partir de sua raiz, um momento de irracionalidade, que a todo o momento ameaça explodi-la (ADORNO, 2008, p.128)”, questiona-se acerca do impacto deste fenômeno aos povos de regiões agrárias, uma vez que a essência – no sentido de leis singulares, que se manifestam e são relevantes para o destino dos indivíduos – dos movimentos representativos deste campesinato perdem a sua condição de sujeitos sociais coletivos.

O Direito, por sua vez, não pode ser estaque a tal estágio de (im)perfeição do paradigma moderno. Há que se estabelecer uma estratégia possível para (sobre)vivência à (in)coerência do processo globalizatório. Enquanto a rua grita Dionísio, metáfora utilizada por Warat (2010), para tratar o ser humano em sua dimensão afetiva e desejanteem suas aspirações de liberdade, igualdade e dignidade; no meio jurídico, também não faltam autores preocupados com a alteridade, com o Outro e mesmo com o meio ambiente. Ao lado de movimentos alternativistas e que segundo algumas teses se abrigam no “garantismo jurídico”, apresentado pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, há que se citarem movimentos nacionais que se encontram em consonância com a evolução dos processos históricos e as formas de vida social,

como o *Direito Achado na Ruada* de Roberto Lyra Filho e José Geraldo de Souza Junior, o *Pluralismo Jurídico* de Antônio Carlos Wolkmer, o *Direito de Passargada* de Boaventura Sousa Santos, dentre tantos outros expoentes que encaram o Direito não apenas como produto da sociedade, mas também como um espaço construtivo de emancipação e crítica social.

Neste contexto, o Direito Ambiental, diante das diversas ramificações que a Ciência Jurídica faz-se presente na sociedade, há que se pautar pelo reconhecimento de princípios mínimos e normas claras que permitam aos que investem tanto no ambiente acadêmico, quanto aos que advogam no prático-jurídico, dialogar em torno de reflexões capazes de demonstrar a presença dos Movimentos Sociais Rurais como uma forma de organização em que se testam Outras alternativas societárias, já que ampliam enormemente as perspectivas de transformações sociais. Afinal, não se tratam de projetos globais de discutida aplicação, mas sim de experiências localizadas e concretas.

Deste modo, estar-se-ia falando de formas de organizações, representada pelos seus movimentos e subsidiadas pelo Direito Ambiental através de relações jurídicas, como expressões de lutas no que se referem à conquista do espaço e o reconhecimento de resistência às ameaças de destruição ao longo do tempo e pela condição de protagonistas dos processos sociais. Como afirmam Fernandes, Medeiros e Paulilo (2009, p. 12), “o campesinato, forma política e acadêmica de reconhecimento constitucional de produtores familiares, sempre se constituiu, sob modalidades e intensidades distintas, um ator social da história do Brasil”.

Para Scherer Warren (2014), a ideia diretriz da argumentação é a de que os Movimentos Sociais – nos quais estão inclusos os Rurais,

[...]almejam atuar no sentido de estabelecer um novo equilíbrio de forças entre Estado (aqui entendidos como o campo da política institucional: do governo, dos partidos e dos aparelhos

burocráticos de dominação) e a sociedade civil (campo de organização social que se realiza a partir das classes sociais ou de todas as outras espécies de agrupamentos sociais fora do Estado enquanto aparelho), bem como no interior da própria sociedade civil nas relações de força entre dominantes e dominados, entre subordinantes e subordinados (2014, p. 49-50).

O que se verifica é que o equilíbrio acima proposto torna-se de suma importância diante da crise de representatividade das instituições do Estado. A modernidade, como já indicava Max Weber citado por Cardoso (2013, p.80-100), calcada na racionalização, privilegiou dois espaços: o mercado e o estado (leia-se a economia e a política). Desta forma, a crise da modernidade revela a aniquilação das instituições estatais, de forma a perder sua vitalidade, na medida em que não mais corresponde às exigências que os cidadãos lhes fazem, tanto ao nível das práticas democráticas, quanto do exercício dos mais diversos direitos. Assim, trazem-se à luz Outras articulações de demandas e de propostas sociais.

Por isto, concorda-se com os autores, acerca da diversidade da condição camponesa que inclui os proprietários e os posseiros de terras públicas e privadas; os extrativistas que usufruem os recursos naturais como povos das florestas, agroextrativistas, ribeirinhos, pescadores artesanais e catadores de caranguejos que agregam atividade agrícola, castanheiros, quebradeiras de coco-babaçu, açazeiros; os que usufruem os fundos de pasto até os pequenos arrendatários não-capitalistas, os parceiros, os foreiros e os que usufruem a terra por cessão; quilombolas e parcelas dos povos indígenas que se integram a mercados; os serranos, os caboclos e os colonos assim como os povos das fronteiras no sul do país; os agricultores familiares, desde os mais simples aos mais especializados, integrados aos modernos mercados, e os novos poliprodutores resultantes dos assentamentos de reforma agrária. (FERNANDES & MEDEIROS & PAULILO, 2009, p. 11).

Cabe ao Direito Ambiental, então, caso esteja disposto a responder afirmativamente ao questionamento formulado por Boaventura de Sousa Santos de que “Poderá o Direito ser emancipatório?”, subsidiar uma atenção especial aos Movimentos Sociais, sobretudo os Rurais, para que seja reconhecida tanto a compreensão micro desta alternativa societária - desde a sua especificidade de organização interna à família trabalhadora e gestora dos meios de produção alocados - quanto à compreensão macro do mundo cultural, político, econômico e social em que o camponês produz e se reproduz.

Aliás, a observação crítica de fatos históricos revela que o modelo político-econômico brasileiro das últimas décadas tem se pautado a partir de uma ampla aliança entre Estado, capital estrangeiro e capital nacional, “que visa à utilização máxima dos recursos naturais disponíveis e o desenvolvimento agropecuário de grande porte (SCHERER-WARREN, 2014, p. 100).” Assim, o que se verifica é que grandes investimentos são destinados à construção de obras de infraestrutura, a projetos nos setores estratégicos, dentro outras ocupações agropecuárias no território rural. Entretanto, tais propostas, na maioria dos casos, não integram as populações camponesas e indígenas mais carentes em que são implantados. Pelo contrário. As excluem. Cabe, então, ao Direito Ambiental oferecer suporte, seja principiológico ou normativo, aos movimentos representativos deste povo, articulando-se a luta pela sobrevivência com a luta em defesa do meio ambiente.

Mutatis mutandis, por outro lado, cabea eles o desenvolvimento de uma consciência ecológica mais abrangente - condição de sobrevivência do próprio grupo. Já que nestes locais, quando a luta pela própria sobrevivência se expressa na luta contra a expropriação do próprio *habitat*, da terra e de outros meios de produção, contra a ameaça à identidade como aquela definida por Bauman (2005), seja cultural e/ou comunitária, tal luta deve vir, necessariamente, acompanhada da preservação do meio ambiente,

decorrendo daí a possibilidade histórica de ecologização de seus movimentos.

3. A ecologização da propriedade e da sua função social

Os fundamentos dorsais do Direito Ambiental, em oposição ao que se dava com as disciplinas jurídicas clássicas, encontram-se, em maior ou menor medida, expressamente apresentados em um crescente número de Constituições modernas. É o que leciona Canotilho e Leite (2012, p. 91-92), pois, a partir delas, é que se deve montar o edifício teórico da disciplina:

Coube à Constituição – do Brasil, mas também de muitos outros países – reprender e retificar o velho paradigma civilístico, substituindo-o, em bora hora, por outro mais sensível à saúde das pessoas (enxergadas coletivamente), às expectativas das futuras gerações, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos em longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como aos benefícios tangíveis e intangíveis do seu uso-limitado (e até não uso). O universo dessas novas ordens constitucionais, afastando-se das estruturas normativas do passado recente, não ignora ou despreza a natureza, nem é a ela hostil.

Por conseguinte, o que se observa em Constituições mais recentes é um movimento com nítida preocupação com a indicação, já no próprio texto constitucional, de certos direitos e deveres relacionados à eficácia do Direito Ambiental e de seus respectivos instrumentos, visando evitar que as normas infra e constitucionais assumam uma feição retórica, isto é, gentil à distância, mas irrelevante na prática.

Assim, uma vez subsidiado pela Constituição, cabe ao Direito Ambiental ser uma disciplina jurídica de resultado, justificado pelo que alcança concretamente no quadro social da complexidade moderna. Decorrendo daí a necessidade de empoderamento aos Movimentos Sociais Rurais, representativos

de Outras formas de vida societárias. Para isto, faz-se necessário também uma adequada institucionalidade, que garanta a participação daqueles em piores condições socioeconômicas, defendendo e promovendo seus interesses em consonância com os objetivos inclusos do Estado.

A partir de então poderemos falar de uma rede de proteção ao equilíbrio ecológico, situando-se no campo da justiça social, da promoção da democracia, da garantia dos direitos humanos e do desenvolvimento sustentável, (re)organizando o relacionamento do ser humano com a natureza, “indicando o intuito de assegurar no amanhã um planeta em que se mantenham e se ampliem, quantitativamente e qualitativamente, as condições que propiciam a vida em todas as suas formas (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 93)”.

A rua, que anteriormente gritou Dionísio neste trabalho, fez-se ouvir também pelo direito de propriedade, de forma a torná-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente, isto é, a refundá-lo sob a ótica da sustentabilidade. Desta forma, esboça-se em escalas variáveis, como bem dissertados por Canotilho e Leite (2012), uma nova dominialidade dos recursos naturais, seja pela alteração direta do domínio de certos recursos naturais ambientais (água, por exemplo), seja pela mitigação dos exageros degradadores do direito de propriedade - com a ecologização de sua função social.

Tal processo, em consonância com a ecologização da própria Carta Magna, teve o intuito de instituir um regime de exploração limitada e condicionada (leia-se sustentável) da propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental. A função social da terra seria reconhecida, protegida, promovida e provida pela Constituição de 1988, Capítulo III – Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, artigos 5, 184 e 186:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...] Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

[...] 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. (BRASIL, 2012).

O modo como se define uma crise e se identificam os fatores que a causam tem um papel decisivo na escolha de medidas que a superem e na distribuição dos custos sociais que estas possam causar. Fica então evidenciado o fim redistributivo do Direito Ambiental, reorganizando o endereçamento dos benefícios e custos ambientais. Trata-se da inversão da violenta colonização de ontem sucedânea à violenta injustiça socioambiental de hoje, que, na sua essência, não deixa de ser uma apropriação indevida (e, agora, também constitucionalmente desautorizada) de atributos ambientais, “em que os benefícios são monopolizados por poucos (= os poluidores) e os custos são socializados entre todos (= a coletividade, presente e futura) (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 99)”.

Sob tais circunstâncias, a constituição de condição camponesa, representativa de seus Movimentos Sociais Rurais, torna o agente que lhe corresponde o portador de uma percepção

de justiça entendida aqui não apenas como a possibilidade de exploração econômica dos ecossistemas constitucionalmente protegidos, reconhecendo-se a obrigação do proprietário de preservar o espaço e os recursos naturais, mas também como uma experiência baseada em modos de coexistência, isto é, sob formas de comunidade camponesa, na luta diária pela (sobre)vivência, na relação com a própria natureza e até mesmo nas práticas costumeiras para a manutenção e a reprodução de um modo de vida compatível com a ordem constitucional estabelecida.

Para além da norma constitucional, instrumento da ecologização da propriedade e da sua função social, o grito Dionísico também se irradiou para o mundo literário. “Assim, os direitos humanos devem deixar de serem vistos desde uma perspectiva exclusivamente normativista (WARAT, 2010, p. 112)”.

Preocupado com a impotência da lei, Eduardo Galeano (2011), *Em Bocas do Tempo*, procura erradicar a injustiça social presente do microssomo à humanidade. Com pequenos fatos cotidianos o autor recriou a história oficial contada para aqueles que nem tez voz. Dedicou sua vida para inverter a perversa ordem.

Os pobres de tudo estão formando fila. A lei acorda cedo, e hoje o doutor atende a partir da primeira hora. O advogado vê que na fila está esperando uma anciã com um cacho de crianças e um bebê nos braços. Quando chega a sua vez, ela mostra seus papéis. As crianças não são seus netos: aquela mulher tem trinta anos e nove filhos. Vem pedir ajuda. Ela havia levantado um barraco de lata e madeira em algum lugar das fraldas do Morro de Montevideo. Achava que era terra de ninguém, mas era de alguém. E agora vão expulsá-la pois chegou essa coisa que chamam de lançamento. O advogado escuta. Examina os papéis que ela trouxe. Balança a cabeça, demora a falar. Engole saliva e diz, olhando para o chão: – Lamento muito minha senhora, mas... não há nada que se possa fazer. Quando ergue o olhar, vê que a filha mais velha, uma menina com ar de espanto, está tapando as orelhas com as mãos (GALEANO, 2011, p. 231).

Devida menção também há que se fazer a Charles Kiefer (2006) e sua obra-prima *Quem faz Gerner a Terra*, objeto de estudo de diversos trabalhos acadêmicos e adaptada para o teatro. Cicatriz mais visível da iniquidade socioeconômica brasileira, a trama é baseada na defesa da função social da terra. A partir de sua leitura, consubstanciando-se com os demais pressupostos deste trabalho, verifica-se que o Estado deve ser o principal garante da participação e da distribuição: que os diferentes sejam tratados de forma diversa no que se referem à promoção da equidade e da justiça participativa, devendo ambos os pilares da democracia aristotélica ser protegidos, promovidos e providos pela autoridade pública, como bem assegurou Milton Filho. Decorre que tanto ecologização da propriedade, quanto a sua função social, convém estarem em primeiro lugar os interesses daqueles em situação de maior vulnerabilidade de direitos e que sua participação na elaboração das políticas públicas seja garantida para a equidade social e democrática.

Lembrando que estes são apenas alguns dos inúmeros ‘tratados’ literários existentes acerca dos Movimentos Sociais e da emancipação de Outras formas de organização societária. Deveriam ser objeto de estudo obrigatório e de debates permanentes nas Faculdades de Direito, interessadas em avaliar a formação de juristas acurados com a garantia não só do direito de propriedade, mas também para que o mesmo, diante do caso concreto em análise, atente aos critérios e graus de exigência estabelecidos em lei para o cumprimento de sua função social enquanto fator de desenvolvimento socioambiental.

Conclusão

Este texto procurou refletir acerca do papel do Direito, sobretudo o Ambiental, como instrumento de emancipação dos Movimentos Sociais Rurais em torno de duas perspectivas: uma é o objetivo específico em torno do qual se trava a luta, como a

ecologização da propriedade e da sua função social; a outra perspectiva é a *utopia* de construção de uma nova sociedade, a qual é concebida como um processo em que novas relações comunitárias e societárias vão sendo constituídas.

Esta análise discursiva mostrou-se de suma importância na medida em que revelou a centralidade da luta no campo por uma cidadania integral: mais justa do ponto de vista social, na qual o direito a terra para quem nela trabalha e vive, entre outros (cidadania social), seja respeitado; mais participativa e democrática, na qual os trabalhadores tenham suas organizações e formas de representação conhecidas e consideradas (cidadania política); e na qual haja respeito à diversidade cultural (modo de vida camponês) – como bem assegurado por Ilse Warren. Em síntese, pretendeu-se explorar em que medida existe uma questão ética na articulação entre *natureza* (expressa nas lutas ecologistas) e *humanidade* (expressa nas lutas pela sobrevivência).

Cabe destacar que a finalidade deste artigo não é oferecer respostas e soluções para essa problemática tão desafiadora, mas sim tecer considerações que possam contribuir para o despertar da complexidade das discussões que se apresentam.

Referências

- ADORNO, Theodor W. **Introdução à sociologia**. Tradução Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARDOSO, Matêus Ramos. Racionalização e Modernidade em Max Weber. **Revista Húmus**. Maranhão, v. 3, n. 9, p. 80-100, 2013.

CORRÊA, Darcísio e BACKES, Elton. **Desenvolvimento sustentável:** em busca de novos fundamentos. In: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Jayme Paviani (orgs). Direito ambiental: um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária. Caxias do Sul: EDUCS, 2006.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo.** Ebooks Brasil, 2003.

FERNANDES, Bernardo Mançano & MEDEIROS, Leonilde Servolo de & PAULILO, Maria Ignez. **Lutas camponesas contemporâneas: condições, dilemas e conquistas.** V. 2: a diversidade das formas das lutas no campo. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2009.

FURTADO, Celso. **O Capitalismo Global.** 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

GALEANO, Eduardo. **Bocas do tempo.** Porto Alegre, RS: L&PM, 2011.

KIEFER, Charles. **Quem faz gemer a terra.** Rio de Janeiro: Record, 2006.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente:** doutrina, jurisprudência, glossário. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais.** Coimbra, v. 65, p. 3-76, 2003.

SCHERRER-WARREN, Ilse. **Redes de Movimentos Sociais.** São Paulo: Edições Loyola, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

O argumento dos casos marginais e o problema por ele suscitado nas concepções morais exclusivamente humanas

Luiz Felipe Dossena¹

Waleska Mendes Cardoso²

Clodoveo Ghidolin³

Introdução

O debate acerca de quais indivíduos possuem direitos morais, isto é, fazem parte da comunidade moral é quase tão antigo quanto a própria filosofia. Desde a década de 70, quando o movimento pelos direitos dos animais não-humanos ganhou grande consistência filosófica, uma famigerada discussão deu-se início. Os animais não-humanos devem fazer parte da comunidade moral?

Nesse debate, muitos são os argumentos que têm sido levantados. Um deles – o objeto do presente artigo – podemos

¹ Acadêmico do curso de Filosofia – Licenciatura da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos dos Animais – GPDA/UFSM. E-mail: felipedossena_@hotmail.com

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestra em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria. Especialista em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bracharela em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Maria. Docente do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria. Professora Pesquisadora do NUDMARX/UFSM e Professora Pesquisadora/Co-orientadora do GPDA/UFSM. E-mail: waleska.cardoso@gmail.com

³ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: cghidolin@gmail.com

denominar de *argumento dos casos marginais* (AMC, Argument from Marginal Cases), segundo o qual não é possível uma teoria moral incluir todos os seres humanos e excluir todos os animais não-humanos sem recorrer a arbitrariedades ou especismo.

No presente artigo busca-se desenvolver o argumento dos casos marginais e verificar a sua força para o fim de rebater teorias morais que pretendem excluir os animais da consideração moral e, ao mesmo tempo, resguardar os interesses de todos os humanos.

Este estudo pretende contribuir com a reflexão acerca das teorias que defendem direitos morais aos animais e pode, se o argumento dos casos marginais se demonstrar forte, inclusive servir para romper com o especismo nas teorias do Direito e ser utilizado para demonstrar o erro de reconhecer direitos básicos apenas e a todos os humanos, enquanto animais são relegados à posição de coisa.

Utiliza-se do método de abordagem dedutivo, apresentando-se inicialmente o argumento dos casos marginais como premissa maior e os argumentos das teorias morais exclusivas para humanos como premissa menor, de modo a concluir pela pertinência ou não destes argumentos em face do argumento dos casos marginais.

O artigo está dividido em 3 seções. Na primeira, apresenta-se o argumento dos casos marginais e expõe-se outros conceitos importantes para a compreensão do presente artigo. Na segunda seção, apresentam-se duas importantes teorias morais que excluem os animais do âmbito de consideração moral, aqui chamadas de teorias exclusivistas. Rawls e Kant foram selecionados pela sua proeminência no campo da filosofia e também por seu reconhecimento e influência no campo jurídico. Na terceira seção, os argumentos que buscam excluir os animais da consideração moral e incluir, ao mesmo tempo, todos os seres humanos, serão postos à prova tendo como parâmetro o argumento dos casos marginais. Por fim, na terceira seção,

apresentam-se e rebatem-se os contra-argumentos ao argumento dos casos marginais.

1 O argumento dos casos marginais e algumas definições

O argumento dos casos marginais, também conhecido como o argumento dos humanos não-paradigmáticos defende que não é possível, em uma teoria moral, defender que todos e somente os seres humanos possuem direitos (ou importam moralmente), e ao mesmo tempo excluir outros animais do âmbito desta proteção, sem incorrer em arbitrariedades ou em preconceito especista⁴.

Isso porque qualquer que seja a característica (ou conjunto de características) que uma determinada teoria moral pressuponha como pré-requisito para que um indivíduo faça parte da comunidade moral, só é possível que todos os seres humanos a possuam em caso de muitos animais não-humanos também a possuírem.

Esse argumento tem sido defendido por diversos filósofos dos direitos animais, tanto consequentialistas, como Peter Singer, quanto dentologistas, como Tom Regan.

No entanto, tal argumento não possui uma forma única, sendo defendido de maneiras variadas. Desse modo, cabe formalizar aqui a versão da qual o artigo tratará.

Premissa 1: Para um determinado indivíduo possuir estatuto moral, ele deve possuir determinada característica (ou conjunto de características) A.

⁴ Especismo é um termo cunhado por Richard Ryder, autor de *Victims of Science*, para explicitar um preconceito que praticamos com outras espécies animais, valorando positivamente os indivíduos da nossa espécie e relegando todas os indivíduos das outras a uma posição de inferioridade. Este preconceito se apoia em critério arbitrário e moralmente irrelevante de pertencimento em uma espécie biológica para determinar a importância moral de determinado indivíduo e possui a mesma estrutura lógica do racismo e do sexismo.

Premissa 2: Qualquer que seja a característica (ou conjunto de características) A, só é possível que todos os indivíduos humanos a possuam em caso de muitos indivíduos animais também a possuírem.

Conclusão: Logo, não é possível defender que todos os indivíduos humanos – e somente esses – possuem estatuto moral.

Embora, por si só, o argumento não advogue pela inclusão dos animais não-humanos na comunidade moral⁵, ele possui grande peso pelo fato de poucos de nós estarem dispostos a defender ou aceitar a exclusão de alguns seres humanos da comunidade moral. Assim, o argumento põe em xeque todas as teorias morais que propõem uma ética exclusiva para seres humanos, desde o kantismo até teorias contemporâneas.

Devido ao fato de o presente artigo desenrolar-se mediante um conceito não muito claro, cabe explicitar uma definição acerca de quem são os humanos marginais. Roger Scruton (2000, p. 42) distingue os humanos marginais em três categorias: os pré-morais (aqueles indivíduos que não são agentes morais, mas possuem potencial para sê-los, isto é, bebês e crianças); os pós-morais (aqueles indivíduos que foram agentes morais, mas que por alguma razão, como doença ou velhice, não são mais); e, finalmente, os não-morais (aqueles indivíduos que por algum motivo, como doença ou acidente, nunca foram nem nunca serão agentes morais).

Por fim, cumpre esclarecer outros conceitos importantes para o desenvolvimento deste artigo: sujeitos morais, agentes morais e pacientes morais. São considerados sujeitos morais, todos

⁵ Alguns autores como Tom Regan fazem uma distinção entre duas versões do argumento, a categórica (chamada por Regan de versão forte) e a bicondicional (chamada por Regan de versão fraca). A primeira afirma que os animais possuem direitos porque os humanos marginais *possuem* direitos, enquanto a segunda é a aqui defendida: “se for o caso de os humanos possuírem direitos, então os animais que possuem as características necessárias para a posse de direitos também os possuem.” A versão categórica de fato advoga diretamente pelos direitos animais, no entanto a custo de dar excessivo peso às intuições.

aqueles indivíduos que são parte da comunidade moral. Dito de outro modo, são todos aqueles indivíduos que possuem peso moral, que importam moralmente. Por muito tempo (e ainda hoje esse é o caso para teorias exclusivistas), apenas eram considerados sujeitos morais aqueles indivíduos considerados agentes morais. São agentes morais todos aqueles indivíduos capazes de agir moralmente, de conformar seu comportamento a normas morais. Dito de outro modo, são aqueles indivíduos que consideramos serem capazes de responder por suas ações. Por outro lado, pacientes morais são todos aqueles indivíduos que não possuem capacidade para agir moralmente, mas que são capazes de sofrerem as consequências das ações dos outros.

Uma ética que inclua na comunidade moral apenas os sujeitos que são agentes morais, exige a reciprocidade entre os agentes. Uma ética que inclui pacientes morais dentre os seus sujeitos, considera que estes são protegidos moralmente mesmo que não possam respeitar os direitos dos outros sujeitos.

2 Teorias morais exclusivamente humanas

É importante frisar que o AMC de fato suscita um desafio real a qualquer corrente ética que alegue que animais não-humanos não possuem *status* moral ou que esse *status* seja inferior. Apesar disso, muitos são os influentes autores que pensam a ética como limitada a seres humanos. A fim de ilustrar esse problema, analisaremos brevemente como John Rawls e Immanuel Kant lidam com o AMC.

2.1 O neo-contratualismo de rawls

A obra *Uma Teoria da Justiça* de Rawls, publicado em 1971, é talvez a mais influente obra da Filosofia Moral e Política do Século XX. Nela, o autor defende uma concepção contratual segundo a qual a igualdade se fundamenta na “personalidade

moral”. Para Rawls, personalidade moral significa ter a capacidade para um senso de justiça e, portanto, ser capaz de justificar ou fornecer razões morais para uma determinada conduta.

Rawls defende uma visão contratualista da justiça, na qual os indivíduos devem ser livres para promoverem seus próprios interesses e buscarem suas próprias concepções de bem, sendo regidos apenas por certos preceitos gerais (princípios da justiça). Tais princípios regem a estrutura social e definem os termos fundamentais da associação entre os indivíduos. Porém, para que os princípios eleitos sejam os melhores, mais justos e afastados de quaisquer interesses individuais, Rawls apresenta a teoria do equilíbrio reflexivo através de um procedimento deontológico chamado de “posição original” em que o sujeito situado atrás do véu da ignorância acabam elegendo os princípios com base em condições gerais de justiça.

Todavia, é preciso identificar quem são os sujeitos de direito na teoria de Rawls. A esse respeito o autor diz

Temos de considerar a que tipos de seres se devem conceder as garantias da justiça. Isso nos leva ao terceiro nível, onde surge a questão da igualdade. A resposta natural parece ser a de que são precisamente as pessoas éticas que têm direito à justiça igual. Distinguímos as pessoas éticas por duas características: primeiro, elas são capazes de ter (e supõe-se que tenham) uma concepção de seu próprio bem (expressa por um plano racional de vida); e, segundo, são capazes de ter (e supõe-se que adquiram) um senso de justiça, um desejo normalmente efetivo de aplicar os princípios da justiça e de agir segundo as suas determinações, pelo menos num grau mínimo. Usamos a caracterização das pessoas na posição original para determinar o tipo de seres aos quais se aplicam os princípios escolhidos. Afinal de contas, considera-se que as partes adotam esses critérios para regular suas instituições comuns e sua conduta em relação umas às outras; e a descrição de sua natureza está incluída no raciocínio que conduz à seleção desses princípios. Assim, a justiça igual é um direito daqueles que têm a capacidade de participar da

situação inicial e de agir de acordo com o respectivo entendimento comum. (RAWLS, 2000, 561)

Na passagem supracitada, parece claro que Rawls realiza uma ação típica da tradição contratualista⁶: une a questão de quem cria os princípios da justiça com a questão de para quem os princípios são criados (exigindo reciprocidade, portanto). Assim, como somente indivíduos com personalidade moral possuem capacidade para postular os princípios da justiça, somente a eles são destinados os princípios e, portanto, somente eles possuem direitos que podem reivindicar.

Se Rawls estiver certo, os animais não-humanos de fato estão fora da concepção de igualdade, pois nenhum deles possuiria personalidade moral. No entanto, como argumentado na introdução, qualquer que seja a característica ou conjunto de características moralmente consideradas, se for o caso que nenhum animal a possui, também será o caso de que alguns humanos não a possui. Assim, também é verdade que alguns seres humanos não possuem personalidade moral (os humanos pré-morais, pós-morais e não-morais, ou seja, todos os casos marginais humanos).

É exatamente essa a objeção levantada por Singer a Rawls,

Ainda mais séria é a objeção de que não é verdade que todos os seres humanos são pessoas morais [...] Ao lado de indivíduos com problemas mentais, os bebês e as crianças carecem do necessário senso de justiça.

Diremos, então, que todos os seres humanos são iguais, com exceção dos muito jovens ou dos mentalmente incapacitados? (SINGER, 2002, p. 28).

⁶ Embora a noção de contratualismo dos jusnaturalistas seja mais restrita que a de Rawls, ou seja, para eles – Hobbes, Locke e outros –, os princípios de justiça são axiomas determinados pelo direito natural e não uma construção como propõe Rawls.

Em resposta ao AMC (argumento dos casos marginais), Rawls utiliza o argumento da potencialidade para a personalidade moral. Nesse sentido, o indivíduo não precisaria necessariamente possuir personalidade moral, bastando que possuísse a potencialidade de desenvolvê-la.

Tal argumento, no entanto, está sujeito a objeções conhecidas. A primeira dificuldade para Rawls é que o argumento, mesmo que se demonstrasse consistente, não cobriria todos os casos marginais humanos (o argumento diz respeito apenas aos seres pré-morais, mas não aos pós-morais ou não-morais). O segundo problema consiste em que o argumento da potencialidade precisa ser justificado, pois não é uma regra ou axioma. Um X em potencial não necessariamente tem o mesmo valor que um X, é necessário que se mostre *porque* naquela situação específica, a potencialidade deve ser levada em conta.

2.2 O projeto moral kantiano e a fórmula da humanidade

Immanuel Kant é, sem dúvidas, um dos maiores nomes de toda a História da Filosofia. Com grandes influências em diversas áreas da Filosofia, o filósofo alemão conta também com grande influência na Filosofia Moral e no Direito. A concepção ética de Kant também se restringe somente a seres humanos enquanto portadores de direitos morais, pois somente seres humanos seriam seres racionais (no sentido que ele próprio confere ao termo) e somente seres racionais são fins em si mesmos. Sobre isso, diz

Todas as coisas na natureza operam segundo leis. Apenas um ser racional possui a faculdade de agir *segundo a representação das leis*, isto é, segundo princípios, ou, por outras palavras, só ele possui uma *vontade*. E, uma vez que, para das leis derivar as ações, é necessária a *razão*, a vontade outra coisa não é senão a razão prática. (KANT, 1964, p. 17)

Desse modo, os seres racionais, para Kant, são os agentes morais, indivíduos capazes de pensar moralmente e de agir em nome de uma determinada regra através da autonomia da vontade. Quanto aos pacientes morais, indivíduos sem essas capacidades, Kant aponta que “[o]s seres cuja existência não depende precisamente da nossa vontade, mas da natureza, quando são seres desprovidos de razão, só possuem valor relativo, valor de meios e por isso se chamam coisas” (KANT, 1964, p. 28).

Na visão kantiana, portanto, apenas os agentes morais são indivíduos que possuem valor intrínseco, que se constituem em fins em si mesmos e perante quem possuímos deveres diretos.

Quanto aos nossos deveres para com os animais, Kant adota uma visão de deveres indiretos:

Na medida em que consideramos os animais, não temos deveres diretos para com eles. Animais não são autoconscientes e são meros meios para um fim, Este fim é o homem. Nossos deveres envolvendo os animais são meramente deveres indiretos para com a humanidade. (KANT, 1963, p. 239-41) (Tradução livre)

Conforme assevera o filósofo nessa passagem, qualquer dever que possamos ter para com algum animal não humano será indireto, sendo, na verdade, um dever para com algum agente moral. Assim, não devemos ser cruéis com os animais, mas não pelo mal causado ao próprio animal, mas porque atitudes cruéis com esses seres poderiam, com o tempo, levar a atitudes cruéis com outros seres humanos.

Se Kant estiver certo, isto é, se apenas indivíduos capazes de pensar a moralidade e agir por regras possuem valor intrínseco, e se apenas indivíduos que possuem valor intrínseco são fins em si mesmos e perante quem temos obrigações morais diretas, então isso significaria a exclusão dos animais não-humanos desse âmbito. Ou seja, que não temos obrigações diretas para com eles.

Novamente, no entanto, esbarramos no problema dos casos marginais. Se o que impede os animais não-humanos de

serem sujeitos morais é a incapacidade de fazer julgamentos morais e agir de acordo com o imperativo categórico, isso também é verdade para muitos seres humanos (os pacientes morais humanos que são também os casos marginais humanos). Para humanos muito jovens e bebês, Kant parece usar o argumento da pessoa em potencial, até porque defende a educação moral. No entanto, o argumento da potência é problemático, como visto acima e não é satisfatório para justificar a existência de deveres diretos presentes perante indivíduos que possam vir a ser pessoas. Além disso, esse argumento, como visto, só se aplica a seres humanos pré-morais, deixando os pós morais e os não-morais “a descoberto”. Devemos, portanto, considerar que temos apenas deveres indiretos com esses seres humanos? Essa é uma das objeções lançadas por Regan à teoria kantiana,

Disso se segue que não cometemos erro moral direito perante pacientes morais humanos. Tudo o que pode ser dito sobre nossas relações morais com esses humanos é que nossos deveres envolvendo estes humanos são deveres indiretos aos seres racionais. Então, eu não cometo nenhum erro moral perante uma criança se eu a torturo por horas a fim. Os fundamentos morais para objetar a minha conduta devem ser procurados em outro lugar – ou seja, nos efeitos decorrentes de fazer isso no meu caráter, me tornando bruto em minhas relações com agentes morais humanos, como supõe a visão de Kant. Mas, suponha-se que eu torture apenas pacientes morais a minha vida inteira. Embora eu esteja enjoado no início, suponha-se que guarde toda a minha habitual sensibilidade e use toda a minha imaginação para causar horror a uma criança. E suponha-se que, tendo me satisfeito tudo o que eu achava ser verdade – ou seja, que eu não tenho prazer em torturar – eu libero minha refém e nunca mais torturo um ser humano de novo. O hábito de crueldade não encontra abrigo em meu peito. Podemos então dizer que eu não fiz nada de errado com a vítima? Por mais improvável que possa parecer, a posição de Kant implica a resposta afirmativa. (REGAN, 2004, p. 182)

A objeção põe a teoria kantiana em xeque, e deixa margem para apenas duas opções: ou se aceita a concepção de que somente indivíduos racionais (agentes morais) são fins em si mesmos e se aceita a concepção de que os pacientes morais humanos possuem “apenas um valor relativo”, sendo meros meios ou coisas; ou se abandona a fórmula da humanidade.

Ao analisar brevemente as concepções morais de Rawls e Kant, dois dos mais importantes filósofos que defendem uma ética limitada aos seres humanos, percebemos como suas teorias são problemáticas quando confrontadas com o AMC e que não possuem respostas suficientemente convincentes para o argumento. Vejamos agora o que outros filósofos contrários ao AMC e que se dedicaram exclusivamente a ele têm a dizerem.

3 Os contra-argumentos ao amc

Devido à influência do AMC, muitos contra-argumentos têm sido propostos por outros filósofos contrários a este argumento. Em geral, esses contra-argumentos atacam a primeira premissa do argumento em questão.

Analisa-se quatro dos principais e mais conhecidos contra-argumentos.

3.1 O argumento da comunidade de carl cohen

Cohen, um dos principais críticos dos direitos animais, afirma que estes não possuem direitos porque “o conceito de direito é essencialmente humano” (COHEN, 2010, p. 70). Para o autor (2010), o que distingue os seres humanos dos animais é que temos “autonomia moral”. Somente nós podemos deixar de executar uma ação por entendermos que essa ação é errada. Mas o que Cohen afirma a respeito dos seres humanos que não possuem essa capacidade, a saber, os casos marginais?

Ele (2010) argumenta que não é a posse individual de determinadas características que confere direitos aos indivíduos. Ao contrário, o filósofo defende que existem esferas em que os direitos se aplicam e esferas em que não se aplicam. Assim, como “os direitos surgem apenas numa comunidade de seres morais” (COHEN, 2010, p. 74), e como a única comunidade de seres morais é a comunidade humana, os direitos se aplicam apenas à esfera humana. Ou seja, para Cohen (2010), não é a capacidade de entender os direitos ou de os reivindicar que importa, mas simplesmente fazer parte da comunidade em que surgem.

Tom Regan (2010), em um artigo que responde a Cohen, defende que o argumento da comunidade possui um erro básico: o de determinar o âmbito de aplicação de uma ideia simplesmente a partir da origem dessa ideia. Regan diz que “há uma distinção entre (1) a origem de uma ideia e (2) o âmbito de aplicação de uma ideia” (REGAN, 2010, p. 117). E acrescenta que é necessário determinar o âmbito de aplicação da ideia independente da sua origem.

Para demonstrar isso, Regan (2010) nos fornece dois exemplos. Ideias como “sistema nervoso central” e “gene” surgem apenas entre seres humanos. Mas é claro que esses conceitos não se aplicam apenas a nós – caso contrário, poderíamos seguramente dizer que cães não possuem sistema nervoso central ou que macacos não podem ter genes.

Desse modo, fica evidente a fraqueza do argumento de Cohen e que ele não fornece uma resposta adequada ao AMC.

3.2 O argumento da normalidade na espécie

Tibor R. Machan, em seu livro *Putting Humans First: Why We Are Nature's Favorite*, propõe um novo contra-argumento ao AMC. Machan (2004) ataca a primeira premissa do AMC, defendendo que não é a característica ou conjunto de características individuais que devem ser analisadas, mas sim o que é normal dentro de determinada espécie. Desse modo, os casos marginais,

apesar de não possuírem determinadas características moralmente relevantes, devem ser tratados como se as possuíssem, pois pertencem a espécie cujos membros normalmente possuem.

Esse argumento é fortemente confrontado por Rachels (2010) com um experimento mental. Imagine, diz Rachels, que um chimpanzé aprendesse a ler, falar nosso idioma e que acabasse se interessando por ciência, literatura e moralidade. Suponha ainda que, depois, o chimpanzé anseie por estudar em uma universidade.

Rachels (2010) admite que poderia haver bons argumentos contra permitirmos a entrada do chimpanzé na universidade, mas que esse não seria o caso de um argumento que defendesse que não deveríamos permiti-lo pelo fato de os chimpanzés normalmente não terem essa capacidade. Em última instância: o argumento nos levaria a concluir que não devemos deixar um chimpanzé fazer algo que exija leitura, simplesmente porque os outros chimpanzés não sabem ler. E isso, afirma Rachels (2010), é tão injusto quanto irracional.

O argumento da normalidade na espécie também é avaliado por Peter Singer. Singer (2002) alega que é contraditório defendermos esse argumento para justificar um tratamento superior para os membros de nossa espécie, quando rejeitamos de prontidão uma forma desse argumento que defendesse um tratamento diferente baseado no que é normal dentro de uma raça ou sexo. “Não podemos insistir em que os seres sejam tratados como indivíduos [em um] caso, e como membros de um grupo no outro”, assegura Singer (2002, p. 86). Assim, recai aos defensores do argumento demonstrar – se é que há como – por que o argumento não poderia ser utilizado para justificar também essas diferenças de tratamento.

3.3 O argumento da ladeira escorregadia

Peter Carruthers (1992), embora não negue que os animais não-humanos têm uma certa importância moral, ele nega que os

animais não-humanos possuam estatuto moral devido ao fato de não serem agentes morais. Simultaneamente, porém, Carruthers (1992) defende que todos os seres humanos possuam estatuto moral. A fim de justificar a presença de humanos marginais na comunidade moral – que claramente não são agente morais –, Carruthers (1992) recorre ao argumento da ladeira escorregadia.

O argumento defende que não é possível traçar uma linha nítida entre pacientes morais humanos (os casos marginais) e agentes morais humanos. Assim, tão logo retirássemos os direitos morais (*direitos* no sentido de *possuidor de estatuto moral*) dos humanos marginais, estaríamos inevitavelmente arremessados em uma ladeira escorregadia na qual os agentes morais humanos correriam significativo risco de acabarem também perdendo seus lugares na comunidade moral. Desse modo, o melhor a fazer seria continuar considerando os pacientes morais humanos como membros da comunidade moral.

A primeira coisa a se notar no argumento apresentado acima é que o motivo para se considerar moralmente os seres humanos marginais é meramente indireto. Similarmente ao que Kant defendia para os animais não-humanos, o argumento parece admitir que usar seres humanos marginais como cobaias em testes para a indústria cosmética não é errado pelos danos causados aos próprios indivíduos, mas meramente pelo fato de que tal uso importaria a possibilidade de, no futuro, passar-se a utilizar seres humanos normais – e somente a esses seria diretamente errado pelos danos causados.

Outro ponto notado por David DeGrazia (1996) é o perigo de basear-se em uma premissa empírica para daí extrair os membros da comunidade moral. Pois, se a sociedade fosse suficientemente sagaz – ou se definíssemos uma linha suficientemente nítida – a ponto de que não deixássemos a exclusão dos seres humanos marginais da comunidade moral interferir no estatuto moral dos agentes morais humanos, então não haveria problema algum em tal exclusão.

Seja como for, a simples possibilidade de ocorrer uma determinada situação “B” em decorrência de uma determinada ação “A”, não parece ser suficiente para impedir-nos de realizar tal ação. É necessário que a possibilidade seja significativa e não meramente possível. Dizer que legalizar o aborto, por exemplo, traz consigo a possibilidade de aumentar os casos de infanticídio não é suficiente para que continuemos a considerar o aborto ilegal, pois seria preciso que se apontasse dados e evidências mais palpáveis e significativas de que há boas chances de ocorrer o aumento dos infanticídios em decorrência da legalização do aborto. Somente assim o argumento da ladeira escorregadia torna-se uma advertência preciosa e considerável.

3.4 O argumento das relações especiais

Outro contra-argumento ao AMC sustenta que, embora os seres humanos marginais possam não ter determinadas capacidades moralmente relevantes assim como os animais não-humanos, nós temos relações especiais com esses seres humanos que não temos com os animais não-humanos. Essa visão sugere que não há nada de errado em sermos parciais a favor dos membros de grupos com os quais temos certas relações/ligações/afeições especiais.

Singer (2002) questiona o excessivo peso que essa concepção moral destina aos nossos sentimentos, de modo que nossas obrigações morais para com um determinado indivíduo dependeria desses sentimentos. Para descartar de vez o argumento, Singer (2002) aponta que caso pensássemos a moralidade tão dependente das afeições como essa concepção parece assumir, ficaríamos sem uma base sólida o suficiente para rejeitarmos o argumento racista de que estaríamos justificados em dar maior peso às preferências dos membros de nossa própria raça, uma vez que temos relações naturais/especiais para com eles que não temos com os demais seres humanos.

Singer conclui afirmando que “a ética não exige que eliminemos as relações pessoais e as afeições parciais”, mas que devemos levar em conta as reivindicações morais dos que são afetados por nossas ações, “e que o façamos com um certo grau de independência de nossos sentimentos por eles” (SINGER, 2002, p. 87).

Considerações finais

Nas páginas anteriores, foram apresentados e analisados diversos contra-argumentos ao AMC e verificou-se que nenhum deles se demonstrou consistente. Todos eles se provaram excessivamente problemáticos e falhos. Se a análise a qual o presente artigo dedicou-se estiver correta, isso significa que as concepções e teorias morais que não levam em conta os animais não-humanos – tais como a de Rawls e a de Kant aqui analisadas – devem ser vistas sob um novo olhar, com um agravamento e um alerta. Pois, ao excluírem os animais, elas estarão inevitavelmente excluindo alguns seres humanos. Para aqueles que rejeitarem essa consequência, não resta nada além de abandonar de vez a própria concepção, pois ela se demonstra contraditória e/ou arbitrária. Para aqueles que desejam resguardar os direitos dos seres humanos, é preciso uma radical reformulação de suas bases, de modo a abarcar os animais não-humanos que são semelhantes aos humanos marginais (não paradigmáticos).

Por fim, o argumento dos casos marginais não deve mais ser encarado como uma mera objeção dos animalistas (partidários dos direitos animais), mas sim como um problema real que não pode mais ser negligenciado por nenhum filósofo que se proponha a discutir a quem pertence o *status* de membro da comunidade moral e os direitos morais.

E as consequências de uma séria e honesta reflexão sobre este argumento no campo jurídico deve levar à consideração dos

animais como seres portadores de direitos, e a um ajuste das categorias jurídicas mais elementares.

Referências

CARRUTHERS, Peter. **The Animals Issue: Moral Theory in practice.** Cambridge: Cambridge University Press, 1992, reimp. 1994.

COHEN, Carl. Os Animais Têm Direitos? In: GALVÃO, Pedro. (Org.) **Os animais têm direitos?** Perspectivas e Argumentos. Lisboa: Dinalivro, 2010. p. 63-82.

DEGRAZIA, D. **Taking Animals seriously: Mental Life and Moral Status.** Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

DOMBROWSKI, Daniel A. Is the Argument from Marginal Cases Obtuse? **Journal of Applied Philosophy.** Vol. 23, Nº 2, 2006.

FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos direitos animais: seu filho ou o cachorro?** Campinas: Unicamp, 2013.

KANT, Immanuel. Duties to Animals and Spirits **In Lectures on Ethics.** Harper & Row, Publishers: New York, 1963. Disponível em <[https://www.uta.edu/philosophy/faculty/burgess-jackson/Duties%20Towards%20Animals%20and%20Spirits%20\(1930,%201963\).pdf](https://www.uta.edu/philosophy/faculty/burgess-jackson/Duties%20Towards%20Animals%20and%20Spirits%20(1930,%201963).pdf)>. Acesso em 28 ago. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

MACHAN, Tibor R. Why Human Beings May Use Animals. **The Journal of Value Inquiry** 36: 9-14, 2002.

RACHELS, James. Dawin, Espécie e Moralidade. In: GALVÃO, Pedro. (Org.) **Os animais têm direitos?** Perspectivas e Argumentos. Lisboa: Dinalivro, 2010. p. 177- 200.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REGAN, Tom. Objecções e Respostas. In: GALVÃO, Pedro. (Org.) **Os animais têm direitos?** Perspectivas e Argumentos. Lisboa: Dinalivro, 2010. p. 97-120.

REGAN, Tom. **The Case for Animal Rights**. 2ª Ed. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2004.

ROTHBARD, Murray N. **A Ética da Liberdade**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

SCRUTON, Roger. **Animal Rights and Wrongs** [s. l.]: Demos, [].

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

TANNER, Julia. Marginal Humans, The Argument From Kinds and The Similarity Argument. **Philosophy, Sociology and Psychology**. Vol. 5, No1, 2006, pp. 47 - 63.

Proteção constitucional ecológica projetada e atual: perspectiva comparada¹

Magno Federici Gomes²
Ariel Augusto Pinheiro dos Santos³

1 Introdução

A Constituição da República de 1988 (CR/88) é considerada a Constituição Cidadã. Tal característica se deve a dois motivos principais: a presença dos institutos democráticos no corpo constitucional, contrapondo ao período anterior de exceção e a participação de diversos setores da sociedade da construção da norma.

¹ Trabalho financiado pelo Edital nº 05/2016 (Projeto nº FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC MINAS, resultante dos Grupos de Pesquisas: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESp e CEDIS (FCT-PT).

² Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESp)/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

³ Mestrando em Gestão Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara e em Gestão Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4017595982199951>>. Endereço eletrônico: ariel5002@hotmail.com

Essa construção ocorreu a partir do texto da Comissão Afonso Arinos, em 1986 (CAA/86). Essa comissão reuniu pessoas de notável saber para a elaboração de um texto que serviria como base para os debates sociais. O resultado desses debates foi diferente do texto inicial. Assim, o trabalho visa comparar os dois textos e mostrar qual deles apresenta um nível maior de proteção ambiental.

A hipótese é que o processo de participação proporcionou uma melhora nos institutos de proteção ambiental, tendo em vista a organização de setores sociais afinados com a causa ambiental.

Foi utilizada concatenação jurídico-sociológica como linha teórico-metodológica, uma vez que o fenômeno constitucional ultrapassa os limites do Direito. Prova disto é a participação de cientistas políticos, escritores, economistas e religiosos na Comissão Afonso Arinos.

O raciocínio usado foi o dialético, uma vez que comparou a tese (CR/88), com a antítese (Comissão Afonso Arinos), chegando-se a uma síntese.

Como linha investigatória jurídica foi utilizado a jurídica-comparativa, levando em consideração a necessidade de comparar dois textos dentro do mesmo contexto social.

As duas obras fundamentais da pesquisa foram a CR/88 e CAA/86, tendo em vista a necessidade de comparação do texto inicial e da norma final. Todavia, para melhor compreensão dos temas tratados foram utilizadas obras específicas do tema, além do conjunto normativo temático.

O segundo capítulo tratou dos institutos arrolados no art. 225 da CR/88, fazendo uma correlação com diplomas normativos ordinários expedidos para a regulamentação. Além de traçar rapidamente um histórico da matéria ambiental em Constituições brasileiras.

O terceiro capítulo tratou do texto da Comissão de Afonso Arinos, promovendo uma ligação com o texto final, proporcionando um debate sobre os temas ambientais.

2 Institutos da CR/88

A Emenda Constitucional (EC) nº 1 de 1969 foi a primeira a incluir no corpo constitucional um termo relativo ao Direito ambiental e a proteção ambiental, o ecológico.

Tratava-se do art. 172: “art. 172. A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Govêrno” (BRASIL, 1969).

Ainda que tal dispositivo constitucional fosse anterior a Estocolmo-1972, já se mostrava certo dever de cuidado com o meio ambiente. A norma obrigava o estudo prévio de determinadas áreas agrícolas sujeitas a ação massiva da natureza, e caso não fosse realizado, o dono da terra poderia ser penalizado pelo Governo. Trata-se de um dispositivo que não é capaz de proteger juridicamente o meio ambiente, todavia já se mostrava um avanço na causa ambiental em territórios brasileiros.

A CR/88 elevou as normas gerais do Direito ambiental ao patamar constitucional, promovendo uma ampla inserção dos temas nas vidas cotidianas dos cidadãos e na agenda do Poder Público e dos partidos. Isso propiciou um amplo debate sobre os temas ambientais, que antes eram praticamente ignorados. O art. 225 da CR/88 foi esse marco:

Art. 225 da CR/88. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas (BRASIL, 1988).

Trata-se de um artigo extenso da CR/88, que aborda inúmeras facetas do meio ambiente e do Direito ambiental. Possui seis parágrafos, sendo que o primeiro tem sete incisos. Importante notar que a matéria ambiental não está adstrita ao art. 225 da CR/88, outros dispositivos constitucionais são imprescindíveis para a interpretação constitucional do Direito ambiental.

O estudo neste momento demonstrará os principais institutos contidos nos dispositivos do art. 225 da CR/88 e os desdobramentos legais.

2.1 Caput

A primeira oração já arrola o direito ao meio ambiente como um direito subjetivo (MACHADO, 2015, p. 147). Já foi alvo de inúmeros debates a questão de o direito ao meio ambiente não ser direito fundamental, uma vez que não se encontra no capítulo dos direitos fundamentais. Segundo Hupffer e Naime (2012) “a Constituição de 1988, principalmente no seu art. 225, faz uma clara opção pelo direito fundamental do indivíduo e da coletividade, consagrando a proteção ambiental” (HUPFFER; NAIME, 2012, p. 221-222).

Dentre as várias fundamentações se destacam duas. O direito ao meio ambiente é fundamental para a vida⁴ e a saúde⁵ humana, impossibilitando a separação dos institutos. Tal argumentação apresenta uma carga antropocêntrica. A outra tese refere-se à sistematização constitucional. Não é necessário um tópico exclusivo para os direitos fundamentais, estes estão espalhados pela CR/88 e outros documentos⁶. Já está pacificado

⁴ Art. 5º da CR/88. 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 [...] (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 6º da CR/88. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

⁶ Tal hipótese está arrolada no art. 5º, § 2º e 3º, da CR/88.

que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um direito fundamental.

Nesta mesma oração tem-se a noção de meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este instituto refere-se à manutenção da harmonia ecológica mesmo com a ação humana. Esta produz uma larga quantidade de intromissões positivas e negativas, assim o presente instituto tem o condão de orientar a ação humana para garantir uma relação harmoniosa entre o meio ambiente e o ser humano.

A locução “bem de uso comum do povo” (BRASIL, 1988) é alvo de intensos debates sobre a natureza do bem ambiental. A posição majoritária defende tratar-se de bem difuso, isto é, toda a coletividade é titular do bem ambiental. Importante notar que o dano ambiental também apresenta características difusas, não é possível afirmar com total exatidão as vítimas de uma ação destrutiva ambiental, novos desdobramentos são constantemente descobertos, propiciando o conhecimento de outras vítimas.

Como dito anteriormente, o meio ambiente equilibrado é essencial para a vida humana e não-humana, sendo que a destruição da biosfera poderá levar a extinção da espécie humana. Reforça-se a ideia de direito fundamental essencial para a existência da vida e sociedade humana. Tal instituto tem a ideia de proteger a biosfera de intromissões que possam conduzir para uma extinção. Notadamente esse instituto tem um condão antropocêntrico, ocorre que do ponto de vista ético o ser humano não pode proporcionar uma vida degradante para os demais seres-vivos presentes na biosfera, especialmente os animais.

Após assegurar o direito ao meio ambiente, o art. 225 da CR/88 informa do dever de proteção do bem ambiental pelo Poder Público e pela coletividade. Por Poder Público entende-se o primeiro setor, o Estado. No caso brasileiro, todos os entes (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) têm responsabilidade na proteção do bem ambiental. Também têm o dever de proteção a Administração Direta e a Indireta (autarquias, fundações,

empresas públicas e sociedades de economia mista). Já o termo coletividade engloba tanto o mercado, usualmente chamado de segundo setor, como o a sociedade civil organizada, o denominado terceiro setor. No limite, todas as pessoas naturais, jurídicas e entes despersonalizados têm o dever de proteger e preservar o meio ambiente. Trata-se de um dever universal. Essa obrigação tem uma vinculação com a característica difusa do bem ambiental, uma vez que se todos podem sofrer com condutas danosas, todos têm o dever de cuidar.

A última parte do *caput* diz a respeito ao caráter intergeracional. A presente geração deve garantir um meio ambiente para a geração futura. Trata-se de uma solidariedade intergeracional. A sustentabilidade de Machado (2015) exemplifica essa situação:

A noção de sustentabilidade funda-se em pelo menos dois critérios: primeiro, as ações humanas passam a ser analisadas quanto à incidência de seus efeitos diante do tempo cronológico, pois esses efeitos são estudados no presente e no futuro; segundo, ao se procurar fazer um prognóstico futuro, haverá de ser pesquisado que efeitos continuarão e quais as conseqüências de sua duração (MACHADO, 2015, p. 59).

Percebe-se que a atuação humana da geração atual não pode inviabilizar as gerações seguintes, a conduta deve ser sustentável. Essa parte do artigo está profundamente relacionada com a manutenção do equilíbrio ecológico. Sistemas desequilibrados tendem a insustentabilidade. Silva (2011) conclui sobre o tema debatido: “isso importa na imposição a toda a coletividade do dever de proteger e preservar o meio ambiente, bem como de buscar a sua reparação, de forma a manter a integridade do planeta” (SILVA, 2011, p. 119).

O *caput* do art. 225 da CR/88 é o núcleo duro do Direito ambiental brasileiro. Através dos dizeres do artigo, toda a conduta

humana deve ser interpretada. Os parágrafos e os incisos seguintes passam a pormenorizar situações específicas.

2.2 Primeiro Parágrafo e seus incisos

O §1º do art. 225 da CR/88 proporciona efetividade ao *caput* através da obrigatoriedade da conduta estatal. Reafirma a qualidade do Estado como um condutor da proteção ambiental. Importante salientar que se trata de rol exemplificativo, o Estado não poderá se furtar de realizar outras atividades de proteção ambiental, alegando que não estão arroladas no art. 225.

O inciso I, do §1º, do art. 225 da CR/88, trata da preservação e recuperação dos ecossistemas e a promoção do manejo ecológico. A primeira parte pode ser considerada uma base da responsabilidade civil do Estado. Este deverá recuperar ecossistemas degradados para possibilitar o equilíbrio ecológico contido no *caput*. Importante ressaltar que a obrigação de recuperar também pertence ao particular nos casos específicos. Nota-se também que a ideia principal é preservar e caso ocorra algum dano, a tarefa é a recuperação. A segunda parte do inciso informa sobre o manejo ecológico. A Lei nº 9.985/00 diz no art. 2º, inciso VIII: “manejo: todo e qualquer procedimento que vise assegurar a conservação da diversidade biológica e dos ecossistemas” (BRASIL, 2000). Observa-se que são ações coordenadas de proteção ambiental. A mesma lei trata do Plano de Manejo, no art. 2º, inciso XVII:

Art. 2º, inciso XVII, Lei nº 9.985/00. Plano de manejo: documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade (BRASIL, 2000).

Este plano visa estabelecer diretrizes para a proteção de determinadas áreas que possuem atributos específicos. O referido inciso está em total consonância com o *caput* do art. 225, uma vez que evidencia meio de promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O inciso II, do §1º, do art. 225 da CR/88, trata do Biodireito e a biogenética. Tal campo de estudo tem sido explorado com grande magnitude, tendo em vista a potencialidade da manipulação genética. A primeira parte do inciso refere-se à proteção das espécies da extinção. O extermínio de uma espécie é uma violação constitucional, devendo o Estado promover a integridade do patrimônio genético brasileiro. A segunda parte atribui ao Poder Público o exercício do poder de polícia sobre entidade pesquisadoras do tema. O legislador infraconstitucional, na necessidade de regulamentar a matéria, expediu a Lei nº 11.105/05, a Lei de Biossegurança. Essa lei regulamenta a questão dos organismos geneticamente modificados, além de estabelecer limites à atividade de manipulação genética. Entre esses limites está a criação do Conselho Nacional de Biossegurança, que tem a prerrogativa de formular e implementar a Política Nacional de Biossegurança.

O inciso seguinte (inciso III, do §1º, do art. 225 da CR/88) trata da criação de unidades especiais de proteção. O meio ambiente deve ser protegido e preservado como um todo, contudo determinadas áreas apresentam atributos específicos que devem ser protegidos de forma mais rígida, tendo em vista a especialidade. Assim o inciso três proporcionou uma proteção constitucional para essas áreas. A lei ordinária que regula esse inciso é a já citada Lei nº 9.985/00 – Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). A lei criou doze espécies de unidades de conservação, separados em dois gêneros. Essa variedade de enquadramentos acomoda uma proteção maior, já que a proteção será de acordo com as características do local. Marcon (2014) conclui sobre o tema Unidade de Conservação:

[...] consta a obrigação de definir espaços territoriais especialmente protegidos, o que se efetiva, sobretudo, pela criação de Unidades de Conservação, conforme se percebe pela própria ementa da Lei do SNUC, ao dispor que a mesma tem como função regulamentar, dentre outros dispositivos, o inciso III do §1º do artigo 225.

Contudo, apesar dessas serem as expressões mais claras do cumprimento dessa exigência, enfatiza-se que a norma fixou como função definir espaços territoriais especialmente protegidos, e não apenas definir Unidades de Conservação (MARCON, 2014, p. 178).

A CR/88 criou uma família, que são os espaços territoriais especialmente protegidos. A Lei nº 9.985/00 informou sobre a existência do gênero Unidade de Conservação e as diversas espécies.

O inciso IV, do §1º, do art. 225 da CR/88, expressa o instituto do Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Tal instrumento é essencial para mensurar os efeitos de determinadas atividades humanas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coroa os princípios da prevenção e da precaução na questão ambiental. Esta previsibilidade proporcionada pelo estudo é essencial para a elaboração de condutas capazes de mitigar ou compensar o dano. A depender do grau de impacto no meio ambiente, a atividade deve ser considerada inviável, impedindo assim sua realização. Ponto essencial no tema é a parte final do inciso, que garante a publicidade do estudo, ou seja, os interessados na proteção ambiental (Poder Público e coletividade) terão acesso ao estudo. Tal iniciativa promove o princípio democrático contido na CR/88. A possibilidade de o indivíduo conhecer o debate é ponto essencial, mas não exclusivo, para a participação democrática.

O inciso seguinte (inciso V, do §1º, do art. 225 da CR/88) informa sobre o poder de polícia da Administração Pública sobre eventuais atividades que possam promover danos ao equilíbrio ecológico. Este dispositivo guarda uma relação íntima com o inciso

II, uma vez que este pode incluir atividade potencialmente danosa. Oliveira (2009) disserta sobre o tema:

[...] adotou como premissa o reconhecimento dos riscos à qualidade de vida e ao meio ambiente decorrentes das atividades humanas, incumbindo-se ao Poder Público o poder-dever de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Consagrava-se, assim, o princípio da precaução, no inciso V do §1º do artigo 225 do Texto Constitucional, afeta à biossegurança (OLIVEIRA, 2009, p. 185).

O Estado tem o poder-dever de fiscalizar toda produção humana que possa potencialmente apresentar riscos a vida humana e ao equilíbrio do meio ambiente.

O inciso VI, do §1º, do art. 225 da CR/88, é mais uma parte da equação democrática. Além do acesso aos estudos de impacto ambiental, o indivíduo deve compreender o texto escrito. Essa compressão se dará através da escrita mais simples e principalmente da capacitação do indivíduo através da educação ambiental. Esta tem um caráter emancipatório do sujeito. O Poder Público é responsável pela promoção da educação ambiental dos indivíduos. O legislador ordinário, no exercício das atribuições, expediu a Lei nº 9.795/99, que dispõe sobre a Educação Ambiental e estabelece diretrizes. Tal diploma normativo deve ser interpretado junto com a Lei nº 9.394/96 que trata das diretrizes educacionais. Importante salientar que o ensino ambiental ocorrerá em todos os níveis educacionais⁷. Linhares e Piemonte

⁷ Art. 9º, Lei nº 9.795/99. Entende-se por educação ambiental na educação escolar a desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas, englobando:

I - educação básica:

a) educação infantil;

b) ensino fundamental e

c) ensino médio;

II - educação superior;

III - educação especial;

IV - educação profissional;

V - educação de jovens e adultos (BRASIL, 1999).

(2010) alegam que a “educação não é um fim em si mesma; é, sobretudo, um direito fundamental e, portanto, instrumento chave para mudar valores, comportamentos e estilos de vida” (LINHARES; PIEMONTE, 2010, p. 106). A segunda parte do inciso trata da conscientização pública da questão ambiental. Essa obrigatoriedade visa à criação de inúmeros fiscais das atividades humanas. Garante-se, assim, uma proteção ambiental mais abrangente.

O último inciso (VII, do §1º, do art. 225 da CR/88) discorre especificamente da proteção da fauna e flora. Estes são considerados vulneráveis frente à atuação humana, assim necessitam de um regime diferenciado de proteção. O inciso trata especificamente da extinção de espécies e condutas cruéis com os animais. A Lei nº 9.985/00 traz essa proteção da fauna e da flora, através do estabelecimento de unidades de conservação e a Lei nº 9.605/98 estabelece condutas penais para a proteção.

Como dito anteriormente o primeiro parágrafo e os incisos estabelecem condutas gerais para a atuação estatal. Os parágrafos seguintes também apresentam institutos relevantes para a proteção ambiental

2.3 Demais Parágrafos

O §2º do art. 225 da CR/88 trata da responsabilidade civil do explorador de minério. A atividade minerária possui um elevado grau de impacto na natureza, a “abertura da cava, a mina a céu aberto implica a movimentação de toneladas de estéril e rejeito e a adução de grande volume de água, o que afeta a biodiversidade local e as comunidades próximas” (VIANA, 2015, p. 91). A atividade é notavelmente degradadora, contudo os minerais extraídos são essenciais para o modo de vida da sociedade, além disto a atividade gera riquezas para a localidade. Assim o dispositivo visa responsabilizar o explorador do minério pelo impacto ambiental. Tal medida respeita os critérios de justiça, como o explorador

aufere o bônus da exploração, também deverá arcar com o ônus da recuperação ambiental. Salienta-se que a recuperação deverá ter contornos sociais, tendo vista o impacto social do fechamento de uma mina na economia local. O art. 225 da CR/88 como um todo oferece uma base principiológica de responsabilização da conduta danosa. Essa atitude visa garantir uma efetiva proteção ambiental. O parágrafo seguinte pode ser considerado o coração de base de responsabilização.

Esse parágrafo (§3º, do art. 225 da CR/88) arrolou no ordenamento jurídico brasileiro a tríplice responsabilização e a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. Informa que os causadores de dano ambiental são responsáveis penal e administrativamente pelos danos, além da necessidade de reparar os sinistros causados. Portanto, são responsáveis civil, penal e administrativamente. Essa necessidade de perseguição do dano ambiental decorre da característica difusa do bem. Como todos podem sofrer com os desdobramentos, o responsável deve arcar com isso, evitando assim uma socialização do custo do dano. Foi alvo de intensos debates a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. O argumento contrário era a falta de consciência para cometer atos ilícitos. Contudo a tese foi derrotada e atualmente é possível a responsabilização. A pena deverá ser adequada, impedindo assim penas privativa de liberdade para a pessoa jurídica. Salienta-se que os administradores da empresa poderão ser responsabilizados e estes poderão receber penas privativas de liberdade.

O dispositivo (§4º, do art. 225 da CR/88) elenca a “Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira” (BRASIL, 1988) como patrimônio nacional. Tal regime jurídico não desapropriou as terras particulares existentes nesses territórios, apenas colocou certas restrições para a utilização. É o respeito à função socioambiental da propriedade.

O §5º, do art. 225 da CR/88, trata da indisponibilidade de determinados tipos de propriedade, tendo em vista o caráter imprescindível de proteção dos ecossistemas naturais e manutenção do equilíbrio ecológico. Essa característica de impossibilidade visa proporcionar uma preservação maior desses ecossistemas, uma vez que, dificultará qualquer atividade econômica potencialmente degradadora.

O último parágrafo do art. 225 da CR/88, o §6º, trata da questão nuclear. Informa que será necessária uma lei federal para delimitar o local de implantação das usinas nucleares. Tal atividade apresenta um grande risco à vida humana e ao meio ambiente em geral, contudo apresenta características interessantes:

A seu favor conta o fato de, quando usada para a produção de energia elétrica, ser uma forma de energia que independe das condições climáticas, impacta um território reduzido e não emite GEE ou outros gases que causam chuva ácida, poluição urbana ou diminuição da camada de ozônio. Além disso, as usinas nucleares podem ser construídas relativamente próximas aos principais centros consumidores, como ocorreu no Brasil, reduzindo as perdas energéticas e os impactos das linhas de transmissão (VIANA; TAVARES; LIMA, 2015, p. 147).

Mesmo apresentando qualidades, o risco de utilização dessa matriz é muito grande, assim coloca-se nas atribuições da União o manejo desse tipo energético.

3 Institutos do projeto da comissão afonso arinos e seus artigos

O texto da CAA/86 pode ser considerado um anteprojeto da CR/88. Foi apresentado em 1986 e alvo de intensos debates de diversos grupos sociais e atores diversos. O texto promulgado pela Assembleia Nacional Constituinte foi a já conhecida CR/88. A comissão era composta por pessoas notáveis nos mais diversos

campos de estudos brasileiros. Foi chefiada por Afonso Arinos de Melo Franco. Dentre os notáveis pode-se citar o cientista político Bolívar Lamounier, o economista Celso Furtado, o religioso Guilhermino Cunha, o escritor Jorge Amado e os juristas José Afonso da Silva, José Paulo Sepúlveda Pertence e Miguel Reale.

O texto constitucional apresentava 436 artigos e 32 artigos das Disposições Transitórias. A temática ambiental estava presente nos arts. 36, 74, inciso VII, 75, inciso XXI, 127, inciso V, 407 a 412. Assim como a CR/88, o tema ambiental transitou por diversos dispositivos, elencando uma porção para tratar o núcleo duro do tema. Na CR/88 foi o Capítulo VI, do Título VIII e na CAA/86, o Título VIII, disperso em seis artigos.

É necessário ressaltar que o texto da CAA/86 tinha a seguinte redação no art. 36, elencado no Capítulo II, intitulado “Dos direito e garantias”:

Art. 36 da CAA/86. Todos têm direito a meio ambiente sadio e equilíbrio ecológico, à melhoria da qualidade de vida, à preservação de paisagem e da identidade histórica da coletividade e de pessoa.

§ 1º. Garante-se ao consumidor a qualidade dos bens e serviços, a fiscalização da oferta, dos preços e da veracidade ia propaganda.

§ 2º. É assegurada a legitimação do Ministério Público, de pessoa jurídica qualificada em lei e de qualquer do povo, para ação civil pública, visando à proteção dos interesses sociais a que se refere o presente artigo (BRASIL, 1986).

O debate sobre o direito fundamental ao meio ambiente seria completamente desnecessário, tendo em vista a construção tópica da CAA/86. Além disso, a melhoria de vida, o direito a paisagem e cultura dos povos. Outro ponto interessante é a legitimação do indivíduo ajuizar uma ação civil pública para a proteção desses direitos.

O núcleo duro refere-se ao art. 407 até 412, diversos temas são tratados nessa porção da CAA/86.

Informa o art. 407 da CAA/86:

Art. 407 da CAA/86. São deveres de todos e, prioritariamente, do Estado, a proteção ao meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida.

Parágrafo único – A proteção a que se refere este artigo compreende, na forma da lei:

- a) a utilização adequada dos recursos naturais;
- b) o equilíbrio ecológico;
- c) a proteção da fauna e da flora, especificamente das florestas naturais, preservando-se a diversidade do patrimônio genético da Nação;
- d) o combate à poluição e à erosão;
- e) a redução dos riscos de catástrofes naturais e nucleares (BRASIL, 1986).

Inicialmente coloca-se como dever de todos a proteção ambiental, todavia coloca uma obrigatoriedade maior sobre o Estado. Essa obrigatoriedade maior poderia ser utilizada pelo particular como matéria de defesa na responsabilização ambiental. Outro ponto interessante do *caput* é a correlação entre proteção do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida. É evidente que o anteprojeto apresenta uma característica antropocêntrica, em maior grau que o texto promulgado.

O parágrafo único do art. 407 da CAA/86 informa o dever do legislador ordinário de editar leis sobre os temas arrolados. O rol apresenta caráter exemplificativo, uma vez que o anteprojeto não teria capacidade de esgotar as necessidades ambientais.

Os itens escritos nas alíneas apresentam correlação com os institutos da CR/88, tais como a proteção da fauna e flora. Em outros foram elaboradas leis sobre o tema, mesmo sem a obrigatoriedade da CR/88, cita-se a redução de catástrofes naturais e a Lei nº 12.608/12⁸. Importante notar que a proteção do

⁸ Instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos

patrimônio genético é um tema recorrente, tendo em vista o caráter estratégico.

A redação do art. 408 da CAA/86 é:

Art. 408 da CAA/86. Incumbem ao Poder Público, entre outras medidas, a ação preventiva contra calamidades; a limitação às atividades extrativas e predatórias; a criação de reservas, parques e estações ecológicas; a ordenação ecológica do solo; a subordinação de toda política urbana e rural à melhoria das condições ambientais; o controle das áreas industrializadas, a informação sistemática sobre a situação ecológica (BRASIL, 1986).

Assim como o texto final, foi destacada uma parte para os deveres do Poder Público na proteção ambiental. Lembra-se que esse tem uma obrigação especial de proteção.

Verifica-se que a CAA/86 tinha um especial apreço pela questão dos desastres ambientais. Outro ponto é obrigatoriedade de espaços territoriais distintos para a proteção de determinados ecossistemas. Também é necessário ressaltar a interpretação das políticas rurais e urbanas, através da questão ambiental. Não seria possível dissociar o desenvolvimento das cidades da questão ambiental. Ressalta-se ainda a obrigatoriedade de prestação de informações sobre a situação ambiental. Esse dispositivo atua no sentido de proporcionar um *accountability* vertical da temática ambiental. Pode-se relacionar esse dispositivo com a conscientização ambiental da CR/88.

Diz o art. 409 da CAA/86: “A ampliação ou instalação das usinas nucleares e hidroelétricas e das indústrias poluentes, suscetíveis de causar dano à vida ou ao meio ambiente, dependem de prévia autorização do Congresso Nacional” (BRASIL, 1986).

Talvez esse dispositivo seja o mais polêmico da CAA/86. Praticamente toda grande iniciativa deveria ter o crivo do Congresso Nacional. Tal limitação poderia ser interpretada com uma total falta de livre iniciativa (art. 316, inciso II, CAA/86). Toda grande indústria deveria ter a autorização do Poder Legislativo federal. O texto final quedou-se apenas com as usinas nucleares.

Ensina o art. 410 da CAA/86: “e (sic) vedada no território nacional, na forma da lei, a prática de atos que afetem a vida e a sobrevivência de espécies, como a da baleia, ameaçadas de extinção” (BRASIL, 1986).

Esse dispositivo reforça o dever de proteção da fauna brasileira, citando um exemplo de uma espécie que na época estava ameaçada de extinção. Segundo o Ministério do Meio Ambiente as baleias ainda continuam na lista de espécies ameaçadas (BRASIL, 2008, p. 690). Informa:

As maiores ameaças às baleias são o retorno da caça comercial em águas internacionais, se a moratória for revogada, seguida dos efeitos da prospecção sísmica nas rotas de migração e nas áreas de reprodução e da colisão com embarcações, sem falar na poluição em geral, que degrada os ambientes marinhos (BRASIL, 2008, p. 689).

A proteção da baleia não entrou *ipsis litteris*, no texto final. Nota-se que a proteção das espécies e do patrimônio genético tem um grande respaldo no texto da CAA/86, assim como no texto final da CR/88.

Está escrito no art. 411 da CAA/86: “A Floresta Amazônica é patrimônio nacional, Sua (sic) utilização far-se-á na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação de sua riqueza florestal e de seu meio ambiente” (BRASIL, 1986).

Os q̄.i0006252 o 419.58 595.38 reW* nBTZF15 12 Tfflo o 1 160.76 94.8

A CAA/86 tinha um ponto que, caso fosse agregado ao texto final, proporcionaria uma evolução do Direito ambiental de forma mais veloz. Caso fosse elencado no Título II da CR/88, “Dos direitos e garantias fundamentais”, não haveria o debate intenso sobre o direito ao meio ambiente, passando para a fase posterior de evolução mais rapidamente.

Possivelmente, um dos grandes triunfos do texto final foi a tríplice responsabilidade e imputabilidade penal da pessoa jurídica. Caso esses temas não fossem alçados ao texto original da CR/88, dificilmente haveria a aplicação desses institutos. A defesa dos poluidores seria no sentido de impossibilidade de sanção sobre a mesma conduta no primeiro caso e no segundo a inexistência de consciência da pessoa jurídica, impossibilitando o dolo ou culpa do ente.

Outro ponto que o processo constituinte melhorou foi a obrigatoriedade de proteção ambiental. O texto inicial colocava o Estado como o principal responsável para o dever, sem eximir a coletividade. Contudo, tal disposição poderia ser utilizada para livrar o particular da proteção ambiental. O texto final colocou todos em posição de igualdade na proteção ambiental.

Também foi importante para proteção ambiental o aumento dos ecossistemas considerados patrimônio nacional. O texto inicial elencava apenas a Floresta Amazônica, já o texto final apresenta outros quatro biomas de proteção especial.

Um ponto polêmico foi a questão da autorização do Congresso Nacional para a instalação de hidroelétricas e indústrias potencialmente danosas. Nesse ponto é essencial a noção de equilíbrio entre proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico da nação⁹. O texto final manteve apenas a questão nuclear, tendo em vista o potencial geométrico de dano ambiental.

⁹ Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: BIZAWU; GOMES, 2016, p. 18-21.

O estudo prévio de impacto ambiental foi inserido no corpo constitucional no texto final. Tal instrumento é de notável importância para a proteção ambiental em solo brasileiro.

Conclui-se que, no geral o processo participativo que a CR/88 passou, proporcionou um texto mais completo na questão da proteção ambiental, salvo a exclusão tópica do direito fundamental ao meio ambiente dos direitos e garantias fundamentais.

Referências

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species.

Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016.

Disponível em:

<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Anteprojeto constitucional (Comissão Afonso Arino). Anteprojeto

Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985.

"Publique-se, inclusive com as palavras que tive a oportunidade de proferir por ocasião da entrega do anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Ao Ministério da Justiça, para os fins previstos no Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. Em 24 de setembro de 1986."

Diário Oficial, Brasília, 26 set. 1986. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 out. 1988. **Diário**

Oficial, Brasília, 08 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1 de 17 out. 1969. Edita o novo texto da

Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial**, Brasília, 20 out. 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emco1-69.htm>. Acesso em: 27 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 fev.1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 abr. 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 28 abr. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm>. Acesso em: 18. nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 jul. 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 19 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm>. Acesso em: 18. nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 mar. 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 18. nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.608, de 10 abr. 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro

de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 11 abr. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Atos2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Livro vermelho da fauna brasileira ameaçada de extinção**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2008. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_publicacao/147_publicacao031032009031646.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2015. v. 2.

HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Vocação de diálogo do artigo 225 da Constituição Federal no conflito ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 9, nº 17, p. 213-243, jan./jul. 2012. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/241>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

LINHARES, Monica Tereza Mansur; PIEMONTE, Márcia Nogueira. Meio ambiente e educação ambiental à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, nº 13/14, p. 101-124, jan./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/192>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARCON, Victor Trevilin Benatti. A vinculação do poder público na criação de unidades de conservação. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, nº 22, p. 175-198, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/448>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

OLIVEIRA, Priscila Gonçalves. A juridicização dos riscos sobre os OGMs refletida no monitoramento pós-liberação comercial: o exercício do poder-dever estatal de controle sobre as atividades de risco positivado na Resolução Normativa CTNBio n. 5, 12 de março de 2008. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, nº 12, p. 175-198, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/169>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

SILVA, Marcela Vitoriano e. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do Direito para o futuro. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, nº 16, p. 115-146, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/179>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

VIANA, Maurício Boratto. Panorama do setor mineral: legislação e impactos socioambientais. In: GANEM, Roseli Senna (Org.). **Políticas setoriais e meio ambiente**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. p. 85-130. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politic as_setoriais_ganen.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 nov. 2015.

VIANA, Maurício Boratto; TAVARES, Wagner Marques; LIMA, Paulo César Ribeiro. Sustentabilidade e as principais fontes de energia. In: GANEM, Roseli Senna (Org.). **Políticas setoriais e meio ambiente**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. p. 131-176. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politic as_setoriais_ganen.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 nov. 2015.

Direito a água, ética e democracia

Pedro Roberto Jacobi¹

Renato Richter²

Edson Grandisoli³

Introdução

De acordo com Organização das Nações Unidas (ONU), o acesso à água potável e ao saneamento básico é um direito humano essencial, intrinsecamente ligado aos direitos à vida, saúde, alimentação e habitação, sendo responsabilidade dos Estados assegurarem esses direitos a todos os seus cidadãos (UNITED NATIONS, 2010). Absolutamente essencial à vida, a água enfrenta uma série de ameaças – desde as alterações climáticas, o consumo excessivo e a má gestão, até os conflitos entre países, regiões e populações. O debate ético sobre o uso da água implica uma

¹ Sociólogo, Mestre em Planejamento Urbano, Doutor em Sociologia e Livre Docente em Educação. Professor Titular da Faculdade de Educação e do Programa de Pós- Graduação em Ciência Ambiental/Instituto de Energia e Ambiente (IEE) da Universidade de São Paulo (PROCAM/IEE/USP). Coordenador do Grupo de Acompanhamento e Estudos de Governança Ambiental/IEE/USP- GovAmb. Editor da revista Ambiente e Sociedade. Coordenador do Grupo de Estudos Meio Ambiente e Sociedade do Instituto de Estudos Avançados da USP (IEA). Pesquisas com foco em Aprendizagem Social e Recursos Naturais, Educação Ambiental para a Sustentabilidade, Governança da Água e Participação Social.

² Doutorando em Ciência Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Tecnologia: Gestão, Formação e Desenvolvimento com concentração em Inovação e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza de São Paulo. Pesquisador no Grupo de Acompanhamento e Estudos em Governança Ambiental da Universidade de São Paulo. Professor titular do Centro Universitário Estácio de São Paulo.

³ Biólogo, ecólogo e doutorando em Educação para a Sustentabilidade pelo PROCAM-USP. Diretor educacional da Reconnecta, palestrante, formador de professores e consultor em Educação para a Sustentabilidade.

reflexão sobre os direitos de acesso e a distribuição equitativa de água limpa entre pessoas, grupos, regiões ou países, e sobre quem pode determinar estes direitos. Desde a perspectiva da ética, o nível de uso dos recursos naturais tem atingido níveis muito acima do que se considera adequado, e no que concerne à água a situação é cada vez mais preocupante.

Em 2009, foi definido um quadro com nove “limites planetários” – espaço operacional seguro para a manutenção da humanidade – por um grupo de cientistas ambientais, liderado por Johan Rockström do Stockholm Resilience Centre, na Suécia, sendo um deles é a utilização da água doce, e outro a acidificação dos oceanos. O dado mais preocupante é que estudo atualizado das fronteiras planetárias, publicado na revista *Science* em janeiro de 2015, revelou que já foram ultrapassadas as fronteiras de mudanças climáticas, de perda de integridade da biosfera, de mudança do sistema terrestre e de alteração de ciclos biogeoquímicos (fósforo e nitrogênio).

Cabe lembrar que a superfície terrestre está, na sua absoluta maioria, coberta pelas águas. No entanto, pequena parcela desta quantidade é adequada ao consumo humano. A sociedade humana tem mantido formas inadequadas de apropriação e uso deste bem essencial à vida. E como a água faz parte de sistemas interdependentes, as ações individuais afetam o coletivo.

Além das formas inadequadas e desiguais de consumo, no caso brasileiro e muitos outros países, a falta de saneamento básico e a poluição são problemas que só tem acentuado a perda de potencial de uso.

Cerca de 40% da população mundial depende de bacias hidrográficas que sofrem da escassez severa de água durante pelo menos um mês ao ano (HOEKSTRA *et al.*, 2012), não restrita apenas a falta física da água, mas também ao acesso à água potável e ao saneamento (RIJSBERMAN, 2006). Entre as razões que contribuem para a escassez de água estão o crescimento da população, o aumento da demanda, o rápido ritmo de urbanização,

a grande parcela de água utilizada na agricultura, o esgotamento dos aquíferos, as alterações climáticas, o desperdício do recurso, a poluição proveniente da agricultura, indústria e resíduos humanos, e, a má governança dos recursos hídricos (FALKENMARK; MOLDEN, 2008).

Nesta perspectiva, ao se abordar uma situação de crise hídrica, cabe também relacionar a questão que envolve a escassez de água ao desequilíbrio do acesso e a problemas no atual modelo de governança, assim como aos conflitos da disponibilidade que afetam principalmente a população mais carente (AGUDO, 2010). Na medida em que a defesa do direito humano à água prioriza o abastecimento humano em detrimento dos usos econômico, se estabelecem obrigações aos Estados para que este direito seja assegurado, numa lógica contrária à privatização dos serviços de abastecimento de água (CASTRO, 2007). Desta forma, a discussão que envolve uma crise hídrica tem rela

governança demanda que dada a complexidade de valores e direitos em jogo, a inclusão da sociedade civil como ator relevante no processo de gestão é fundamental, caracterizando, assim, uma real governança participativa e democrática (OLSSON; HEAD, 2015).

Dessa forma, os desafios da governança da água envolvem a participação efetiva dos cidadãos e das partes interessadas, assim como a resolução de conflitos e desequilíbrios, de forma que possa garantir a prestação eficiente e acessível de serviços, e, uma gestão sustentável dos recursos hídricos. A dificuldade para implementação das políticas públicas ambientais contrasta com os avançados instrumentos legais. Portanto, há espaço para se pensar em uma política de longo prazo, com transparência de informações e que não só atenda às necessidades da população, mas que também permita a participação da sociedade civil nas decisões e responsabilidades que terão impacto direto em suas vidas (JACOBI; FRACALANZA; SILVA-SANCHEZ, 2015).

O desafio que envolve quantidade e qualidade precisa equacionar problemas de acesso, assim como a regulamentação, o controle e a redução da demanda. Desta forma, a governança também deve considerar aspectos relacionados à tecnologia a ao comportamento em um modelo que possa incluir: "segurança hídrica, água como bem comum, governança participativa, capacidade preditiva e monitoramento" (TUNDISI, 2015). Assim, é preciso superar a dicotomia que envolve Estado e sociedade civil para que se possa avançar no processo democrático, assim como repensar a cultura política de forma que possibilite uma prática mais democrática (LAVALLE, 2004).

Embora a compreensão da governança da água considere em sua estrutura o princípio de que a água é um bem comum, e que depende de serviços classificados como um bem público, há defensores de uma visão onde a água é um recurso econômico, ligado a serviços classificados como um bem privado, centrado no mercado (CASTRO, 2007). Desta forma, do ponto de vista da

governança, é necessário distinguir o modelo clássico, onde predomina a hierarquia e as características de mercado do setor privado, de outro modelo, no qual se estabelece o diálogo e a cultura de uma cidadania ativa, que combina várias estruturas hierárquicas. A visão compartilhada entre estado, mercado e sociedade civil possibilita uma interação para a adequada solução de problemas e decisões, diante das políticas públicas que serão estabelecidas.

Ao se considerar a sociedade civil na abordagem da governança, também é preciso distingui-la em seus aspectos intelectuais e políticos. Pela óptica do liberalismo e do livre mercado, a sociedade civil fica excluída do processo de decisão, pois mesmo estado que regula o mercado, restringe a ação social, fato perceptível nas políticas públicas desde o final do século XX.

Enquanto no liberalismo de livre mercado a cidadania se limita ao domínio dos direitos civis e políticos e na proteção dos direitos individuais, por outro lado, na socialdemocracia, os direitos individuais de cidadania incluem os direitos sociais, como o de ter acesso universal a serviços públicos essenciais, de forma que possam reduzir as desigualdades sociais (CASTRO, 2007). Portanto, a governança vista como uma parceria entre estado, mercado e sociedade civil, implica na capacidade que os cidadãos possuem para exercer um controle democrático sobre atores públicos e/ou privados, responsáveis pela gestão da água, e deve se caracterizar como um instrumento de responsabilidade compartilhada, diante das decisões de políticas públicas e práticas que envolvem a gestão da água.

Na governança da água cabe abordar os direitos dos indivíduos, que vão além da democracia representativa e participativa (HICKEY, 2010), pois inclui a prestação de contas dos serviços públicos (BOVAIRD, 2007). Neste sentido, é preciso ficar atento aos direitos humanos em relação à água, para garantir que esses direitos sejam respeitados e cobrados. Num contexto como a escassez de água e da crise hídrica na RMSP em 2013-2014, ficou

evidente, que o governo paulista e a companhia de saneamento do Estado de São Paulo negaram a crise, embora a população estivesse sem água. Em decorrência, ficou claro que havia um desrespeito aos direitos humanos, pois ao se observar os vários aspectos que tratam desse direito, a população, além de não ter água, também não foi comunicada sobre cortes no fornecimento.

Jacobi, Cibim e Souza Leão (2015) caracterizaram a falta de acesso à informação como representando uma posição absolutamente contrária a um modelo democrático de governança da água. Com um discurso absolutamente técnico e centralizador, o estado de São Paulo afastou qualquer integração com a população, excluindo o envolvimento da sociedade na discussão, tanto da causa da crise, como também das possíveis soluções para o enfrentamento do problema. Cabe enfatizar que a transparência é um componente essencial para promover equidade e justiça no processo decisório. Desta forma, em um primeiro momento, a disponibilização de informações e seu acesso são reconhecidos como estratégias-chave para o fortalecimento e a eficiência da governança da água.

Para De Stefano *et al.* (2013), a participação pública permite que pessoas ou grupos de pessoas influenciem o resultado de decisões que vão afetá-las ou as interessa, e é amplamente considerada como um fator que melhora a qualidade os processos de governança (LÓPEZ-GUNN, 2002; JACOBI; FRACALANZA, 2005; JACOBI *et al.*, 2012). Entretanto, a participação pública nos processos de tomada de decisão, demanda garantir a transparência e o acesso das informações para que os atores interessados possam se apropriar da problemática e então se engajar e cooperar em direção a ações de mitigação ou solução (JACOBI, CIBIM, SOUZA, 2015a). Além da disponibilidade e do acesso, a transparência das informações, estas devem ser adaptadas para ser compreendidas por diferentes públicos (DE STEFANO *et al.*, 2013).

Cabe registrar que o governo do estado de São Paulo e a Sabesp disponibilizaram as informações sobre os riscos dos

reservatórios e os índices do Sistema Cantareira e, após exigência feita pelo Ministério Público em ação aceita pela Justiça, a Sabesp passou a divulgar outros dois índices. O primeiro índice leva em consideração a conta do volume armazenado pelo volume total de água do Cantareira. E o segundo índice leva em consideração o volume armazenado menos o volume da reserva, em técnica pelo volume útil. No entanto, não ocorreu qualquer pronunciamento público oficial quanto às exigências do Ministério Público sobre a gravidade e complexidade da situação, e solicitar o apoio e a colaboração para evitar a falta de água generalizada.

Sociedade Civil e Mobilização

A proposta do modelo estabelecido pela Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) instituiu uma nova ordem para a gestão da água que rompeu com a tecnocracia e centralização, e promoveu uma visão integrada e descentralizada. Ao proporcionar a inclusão de diversos atores sociais, delineou um novo arranjo para a gestão dos recursos hídricos em relação ao múltiplo uso da água. Porém, a inclusão dos novos atores sociais e os conflitos relacionados às diferentes demandas promovem disputa e negociação, por confrontar a tecnocracia e incluir atores da área ambiental, representantes municipais, da sociedade civil e de movimentos sociais, assim como ONGs e Universidades (JACOBI; CIBIM; SOUZA, 2015a).

Diante da crise, em 2014 e 2015, ao se observar a sociedade civil e sua participação, verificou-se a emergência de iniciativas que demonstraram a capacidade de articulação de múltiplos atores diante do paradigma da escassez e da construção de uma nova cultura da água. Neste sentido, o sujeito implica na transformação do indivíduo em ator que contesta e luta por seus ideais, numa lógica de defesa dos direitos humanos e da vida (TOURAINÉ; 1996), onde as relações sociais assumem uma dinâmica intervencionista, que transfere os conflitos da ordem econômica e

material para padrões culturais da ação ao influenciar a identidade e o cotidiano (MELUCCI, 2001).

A mobilização de vários atores e iniciativas demonstrava a preocupação no que diz respeito ao “o que” e “como” fazer, para se enfrentar a crise aguda. Neste debate destacou-se uma articulação de sociedade civil que tem como objetivo contribuir com a construção da segurança hídrica em São Paulo (ALIANÇA PELA ÁGUA, 2016).

Diversas iniciativas começaram a se multiplicar no sentido de mobilizar e alertar empresas, governos e a sociedade civil para a urgência de ações concretas para o uso racional de água que contou com diversas ações integradas e apoio de organizações da sociedade civil (INSTITUTO AKATU, 2014). Além disso, a demanda por transparência face a cidadania que cobrava informações sobre o abastecimento e a redução da pressão de água alegando omissão dos órgãos responsáveis.

Observa-se que a Aliança pela Água (www.aliancapelaagua.com.br) defende uma agenda que dialoga diretamente com o enfoque defendido pela *Fundación Nueva Cultura del Agua* (FNCA) formada por um grupo de pessoas de Espanha e Portugal que desenvolvem iniciativas no sentido de pressionar por mudanças na política de gestão das águas em prol de ações mais racionais e sustentáveis, e que as organizações, movimentos e coletivos que integram essa coalizão tem objetivos e ideias comuns.

Também em 2015, os movimentos sociais estavam se preparando para sair às ruas contra a falta de água. O primeiro grande ato ocorreu com a promoção do Tribunal Popular da Água, para julgar a responsabilidade do governo paulista diante da crise hídrica. A Aliança pela Água, o Coletivo de Luta pela Água, o Greenpeace e o IDEC divulgaram, neste ano, um relatório sobre a violação de direitos humanos e as responsabilidades governamentais pela falta de água na RMSP. Neste sentido, as identidades coletivas de questões específicas estão na maioria dos

casos relacionadas aos direitos humanos, enquanto as que têm maior amplitude são constituídas por redes de redes de movimentos sociais que reivindicam uma agenda com a temática da luta pela água e da ecologia. (SCHERER-WARREN, 2008).

De acordo com o texto, a crise era resultado da falta de planejamento e descumprimento de dispositivos previstos na legislação. O relatório entregue à ONU acompanhava um pedido para se adotar providências e solicitava explicações oficiais dos governos e agências reguladoras (REDE NOSSA SÃO PAULO/GOMES, 2015). O documento apresentava "evidências de violação dos direitos humanos relacionados ao direito a água e saneamento ocorridos no Estado de São Paulo", resultado de um compromisso assumido pela Aliança pela Água e o Coletivo de Luta pela Água, em abril de 2015, com o relator especial da ONU, Leo Heller (ALIANÇA PELA ÁGUA, 2015).

Ainda em 2015, a Aliança pela Água divulgou um relatório sobre os dados coletados pelo aplicativo "#TáFaltandoÁgua", que visava pressionar os poderes públicos, ao divulgar um mapa da falta de água como um instrumento de cidadania e participação social, pois permitia à sociedade maior protagonismo para pensar, formular e propor ações relativas à crise.

A reunião aberta da Aliança pela Água, realizada em 2016, para avaliação e planejamento de futuras ações envolveu a seguinte reflexão fundamental: "A primeira coisa que a chuva lava é a memória da seca". Tal mensagem significava um risco real, pois ao desaparecer a intensidade da crise, a mobilização tendia a diminuir. Neste sentido, era preciso agregar ideias e ações para a construção de uma "nova cultura de cuidado com a água", com a identificação de papéis e responsabilidades na gestão.

Ética, Direito à Água e Aprendizagem Social

Numa perspectiva de Nova Cultura da Água, que envolve principalmente maior participação da sociedade civil, a criatividade

e a busca por soluções simples e de baixo custo para enfrentar momentos de escassez ganham lugar no imaginário e na prática da população. Da mesma forma, volta-se para a Educação, mais especificamente para a Educação para a Sustentabilidade, como caminho para a formação de novos cidadãos mais informados sobre sua participação, críticos e conscientes que são parte do problema, mas, também, parte da solução.

A ênfase em práticas educativas que valorizam a interdisciplinaridade e a transversalidade revela o potencial que existe de sair do lugar e estimular, além de simples mudanças de comportamento, responsabilidade social e ética ambiental por meio da construção de um novo olhar mais integrador e solidário. Trata-se da importância de se compreender a complexidade envolvida nos processos e o desafio de ter uma atitude mais reflexiva e atuante, por conseguinte, tornando os envolvidos mais responsáveis, cuidadosos e engajados em processos colaborativos com o meio ambiente, e particularmente com a água. Observam-se mudanças, inclusive nas lógicas do capitalismo, na medida em que se multiplicam processos de certificação, articulações dos empresários para promover estruturas globalmente consistentes e localmente adaptáveis para inspirar decisões e incentivar a ação coletiva para promover o uso sustentável de água doce, como é o caso da *Alliance for Water Stewardship*, e planos de recuperação de áreas degradadas.

Vivemos numa sociedade cada vez mais pragmática e utilitarista e traduzir o conceito de ambiente e o desenvolver o pensamento complexo quanto à formação de novas mentalidades, conhecimentos e comportamentos implicam a necessidade de se multiplicarem as práticas sociais baseadas no fortalecimento do direito ao acesso à informação e à educação em uma perspectiva integradora (JACOBI E GRANDISOLI, 2017). O caminho para sociedades sustentáveis, portanto, passa pelas instituições de ensino de todos os níveis, as quais devem se tornar espaços privilegiados de diálogo e formação de cidadãos pautados por

interesses coletivos e atitudes reflexivas em torno da problemática ambiental.

Para a construção real de práticas capazes de estruturar as bases de sociedades sustentáveis, coloca-se a necessidade de fortalecimento de comunidades de prática (WENGER, 1998) e da Aprendizagem Social (JACOBI, 2012). Estas são caracterizadas como processos que permitem ampliar o número de pessoas no exercício de construção do conhecimento e fortalecimento de canais democráticos de comunicação, de modo a criar e potencializar interações que tragam avanços substanciais na produção de novos repertórios e práticas de mobilização social para a sustentabilidade.

Os referenciais da Aprendizagem Social se inserem nas práticas socioambientais educativas de caráter colaborativo, que têm se revelado como veículo importante na construção de uma nova cultura de diálogo e participação (JACOBI, 2012). Como *práxis educativa* engajada e política, abre-se um estimulante espaço para a construção de eixos interdisciplinares em torno dos quais se tece uma nova cultura para uma formação abrangente, a partir de uma abordagem sistêmica e complexa.

Para Arrojo (2006), o avanço para sociedades sustentáveis é parte componente do desafio ético para promover uma nova cultura da água. O modelo de globalização reforça o enfoque tradicional da gestão da água que os cidadãos como recurso, baseado na mercantilização, assim como na liberalização dos serviços de abastecimento e saneamento. Cabe observar que este modelo baseado no consumo tem provocado uma crescente escassez da água doce no planeta. Dessa forma, é preciso buscar uma nova racionalidade e passar a considerar os recursos hídricos dentro de critérios de gestão que tenham em sua base princípios éticos de equidade, governabilidade participativa e sustentabilidade.

Isto implica num “fazer coletivo” que configura importantes estratégias, que englobam um conjunto de atores e

práticas, podendo ser um elemento inovador para a construção de pactos de governança no futuro da gestão ambiental, fomentando a compreensão e o acolhimento de novos paradigmas, que possam informar novas escolhas do poder público e da sociedade, numa perspectiva de avanço rumo à sustentabilidade socioambiental.

Na perspectiva da valorização do caráter social do aprendizado e dos aspectos colaborativos envolvidos, as comunidades de prática podem ser analisadas como promotoras de aprendizagem. Isto demanda a necessidade de fortalecer tais comunidades, as quais não podem ser impostas, mas sim imaginadas, identificadas, estimuladas, cultivadas e valorizadas. A Aprendizagem Social demonstra que o aprendizado conjunto é fundamental para as tarefas comuns, e isso reforça a dimensão da participação, compartilhamento e corresponsabilização para decidir quais cenários de sustentabilidade são desejados. Assim, podemos argumentar que a Aprendizagem Social cria as condições para integrar uma reflexão crítica, o desenvolvimento de um processo participativo, múltiplo e democrático, a construção de uma percepção partilhada do problema em relação ao grupo de atores sociais envolvidos e o reconhecimento das interdependências e das interações dos atores.

Na experiência reflexiva do ser humano se assenta, assim, o seu potencial de produzir cultura e intervir na história. Se entendermos as experiências de vida como berço das interações socioambientais que o indivíduo estabelece na formação contínua de sua identidade, veremos que a formação de uma sensibilidade ambiental e o engajamento nas causas ecológicas estão associados à disponibilidade e à qualidade das experiências de aprendizagem que o indivíduo vivencia, e mais sintonizadas com a cultura da paz, da justiça social e da sustentabilidade (JACOBI E GRANDISOLI, 2017).

A Aprendizagem Social implica promover mais colaboração e desenvolver práticas comunicativas que estimulem um engajamento cooperativo e não diretivo dos diversos atores

envolvidos. As atividades de educação, decorrentes de processo participativo, podem oferecer oportunidades de aprendizagem e mudança, potencializando ganhos mútuos por meio das interações, na medida em que nos diálogos os diferentes atores envolvidos aprofundam o conhecimento sobre os aspectos que mais os afetam e têm a possibilidade de novas aprendizagens e instrumentos de ação.

Dessa forma, em um contexto cada vez mais comum de escassez hídrica, o desafio de promover uma mudança na dinâmica de consumo evidencia cada vez mais a necessidade de ampliar o envolvimento público por meio de iniciativas que possibilitem um aumento do nível de percepção dos problemas ambientais, garantindo a informação e a consolidação institucional de canais abertos para a participação numa perspectiva pluralista. A Aprendizagem Social e a Educação para a Sustentabilidade devem não apenas informar e destacar os problemas ambientais que decorrem da desordem e degradação da qualidade de vida nas cidades e regiões, mas gerar propostas alternativas que contribuam para a melhoria da qualidade de vida de todos.

Considerações Finais

Observa-se a necessidade da construção de mecanismos que possam efetivamente contribuir para a segurança hídrica, tanto no aspecto da disponibilidade como de participação social. Neste sentido, constata-se a presença de vários conflitos, que envolvem diversos atores sociais e interesses, assim como, em relação às decisões adotadas, falta de informações para a tomada de decisões e pouco espaço para o diálogo e negociações.

De toda forma, fica evidente a necessidade de se estreitar a cooperação na busca de uma maior integração entre os atores e instituições envolvidas. O debate sobre a relação entre governança e aprendizagem legitima um discurso participativo que visa

enfrentar os problemas atuais, diante do contexto de assimetria entre o estado e os atores.

Isto demanda a necessidade de maior e melhor participação da sociedade civil, a partir da construção de uma governança capaz de levar adiante medidas que possibilitem o diálogo entre os vários segmentos da sociedade. Neste sentido, a aprendizagem social proporciona além da reflexão crítica, a participação democrática, diante de uma gestão que enfrenta dificuldades para adequadas soluções frente às necessidades crescentes da população.

Para além da perspectiva da ética, os conflitos, cada vez mais intensos, que envolvem a governança e a gestão da água, apontam para a interdependência da questão disponibilidade/justiça social, e exige mudanças nos processos e cooperação entre instituições e atores. Cabe a uma gestão responsável, para o enfrentamento dos problemas, incluir os deveres para com a sociedade e estar aberta às suas demandas.

A participação social, portanto, fortalece a cidadania e consolida a democracia. Porém, diante de uma cultura política centralizadora, tal processo ainda concentra as decisões e a manutenção de grupos dominantes, contrariando o dever de promover o processo participativo.

Referências

AGUDO, P. A. Crisis Global del Agua: valores y derechos en juego. *Cuadernos n° 168*. Barcelona: Centre d'estudis Cristianisme i Justícia, 2010. Disponível online: <https://www.cristianismeijusticia.net/es/crisis-global-del-agua-valores-y-derechos-en-juego>. Acesso: 25/10/2015.

ALIANÇA PELA ÁGUA. Relatório de violação de direitos humanos na gestão hídrica do estado de São Paulo, outubro de 2015. Disponível em: <https://aguasp.com.br/wp2/wp-content/uploads/2016/10/relatorio-direitos-humanos-completo-2016.pdf> Acesso em: 22 abr. 2016.

ALIANÇA PELA ÁGUA. Relatório de notificações, Número 1, novembro de 2015, 2015b. Disponível em: https://aguasp.com.br/wp2/wp-content/uploads/2016/10/Relatorio_TaFaltandoAgua_Novembro2015-1.pdf Acesso em: 22 abr. 2016

ALIANÇA PELA ÁGUA. Disponível em: <http://www.aliancapelaagua.com/> Acesso em: 01 de maio de 2016.

ARROJO, P. Los retos éticos de La Nueva Cultura del Agua. *Polis, Revista de La Universidad Bolivariana*, vol. 5, no 14, 2006.

BOVAIRD, T. Beyond engagement and participation: User and community coproduction of public services. *Public Administration Review*, v. 67, n. 5, p. 846-860, 2007.

CASTRO, J. E. Governança da água no século XXI. *Ambiente. Soc.* Vol.10/2, julho / dezembro, 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2007000200007> Acesso em: 03 mai. 2017.

COLETIVO DE LUTA PELA ÁGUA. Coletivo de Luta pela Água divulga documento sobre a proposta de reajuste. Coletivo de Luta pela Água apud Rede Nossa São Paulo, São Paulo, 10 abr. 2015. Disponível em: <http://www.nossasaopaulo.org.br/noticias/coletivo-de-luta-pela-agua-divulga-documento-sobre-proposta-de-reajuste> Acesso em: 23 abr. 2016

DE STEFANO, L. et al. Public participation and transparency in water management. In: DE STEFANO, L.; LLAMAS, M.R.; (Eds.). *Water, Agriculture and the Environment in Spain can we square the circle?* Leiden: CRC Press, 2012, p. 217-225.

FALKENMARK M., MOLDEN, D. Wake up to realities of river basin closure. *Water Resources Development* 24 (2), 201-215, 2008.

FNCA – Fundación Nueva Cultura del Agua. <https://fnca.eu> Acesso em 26 de agosto de 2015

HICKEY, S. The government of chronic poverty: from exclusion to citizenship? *The Journal of Development Studies*, v. 46, n. 7, p. 1139-1155, 2010.

HOEKSTRA, A.Y.; MEKONNEN M. M.; CHAPAGAIN A. K.; MATHEWS R.E.; RICHTER B.D. (2012) Global Monthly Water Scarcity: Blue Water

Footprints versus Blue Water Availability. *PLoS ONE* 7(2): e32688.
DOI:10.1371. Disponível em:
<http://waterfootprint.org/media/downloads/Hoekstra-et-al-2012-GlobalMonthlyWaterScarcity.pdf>. Acesso em: 19/06/2017.

INSTITUTO AKATU. Campanha #águapedeágua mobiliza a sociedade para o consumo consciente de água. Instituto Akatu apud Rede Nossa São Paulo, São Paulo, 20 out. 2014.

Disponível em: <http://www.nossasaopaulo.org.br/noticias/campanha-aguapedeagua-mobiliza-sociedade-para-o-consumo-consciente-de-agua>
Acesso em: 20 abr. 2016

JACOBI, P. R.; GRANDISOLI, E. *Água e sustentabilidade: desafios, perspectivas e soluções*. São Paulo, SP: IEE-USP e Reconnectta, 2017.

JACOBI, P. R.; CIBIM, J.C.; SOUZA, A.N. (2015a). Crise da água na Região Metropolitana de São Paulo – 2013- 2015. *GEOUSP – Espaço e Tempo* (Online), v. 19, n. 3, p. 422-444.

JACOBI, P. R.; CIBIM, J. C.; SOUZA LEÃO, R. Crise hídrica na MMP e respostas da sociedade civil. *Estudos Avançados*, 29 (84), 2015.

JACOBI, P. R.; FRACALANZA, A. P.; SILVA-SÀNCHEZ, S. S. Governança da água e inovação na política de recuperação de recursos hídricos na cidade de São Paulo. *Cadernos Metropolitanos*, São Paulo, v. 17, n. 33, p. 61-81, maio, 2015.

JACOBI, P. R.; GÜNTER, W. M. R.; GIATTI, L. L. Agenda 21 e Governança. *Estudos Avançados*, v. 26, n. 74, p. 331 – 339, 2012.

JACOBI, P.R. (2012). Governança ambiental, participação social e educação para a sustentabilidade”. In: Philippi, A. et al. *Gestão de Natureza Pública e Sustentabilidade*. São Paulo: Manole.

JACOBI, P. R.; FRACALANZA, A. P. Comitês de bacias hidrográficas no Brasil: desafios de fortalecimento da gestão compartilhada e participativa. *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, no. 11-12, p. 41-49, jan/dez. Editora UFPR, 2005.

- LALL, U *et al.* Water: A Global Challenge: Water in the 21st Century: Defining the Elements of Global Crises and Potential Solutions. *Journal of International Affairs*, v. 61, n. 2, p. 1-17, 2008.
- LAVALLE, A. G. *Vida pública e identidade nacional: leituras brasileiras*. São Paulo: Editora Globo, 2004.
- LÓPEZ-GUNN, E. La participación de los ciudadanos y usuarios en *La directiva Marco Europea: El caso de España*. Paper presented to the AIH-GE Presente y futuro Del agua subterránea em España y La Directiva Marco Europea. Zaragoza: Outubro, 2002.
- MALOUTAS, T.; MALOUTA, M. P. The glass managerie of urban governance and social cohesion: concepts and stakes/concepts as stakes. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 28, n. 2, p. 449-465, 2004.
- MELUCCI, A. *A Invenção do Presente: movimentos sociais nas sociedades complexas*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- OLIVEIRA FILHO, G. F. A Crise da Água na Região Metropolitana de São Paulo em 2014 e a Ineficiente Gestão dos Recursos Hídricos. *CES Revista*, Juiz de Fora, v. 29, n. 1, p. 5 -20, jan/jul. 2015.
- OLSSON, L.; HEAD B. W. Urban Water Governance in Times of Multiple Stressors: an editorial. *Ecology and Society* v. 20, n.1, p. 27, 2015.
- REDE NOSSA SÃO PAULO/GOMES, R. Entidades de defesa do consumidor esperam mudanças em multa por consumo de água. Rede Brasil Atual apud Rede Nossa São Paulo, São Paulo, 07 jan. 2015. Disponível em: <http://www.nossasaopaulo.org.br/noticias/entidades-de-defesa-do-consumidor-esperam-mudancas-em-multa-por-consumo-de-agua>
Acesso em: 22 abr. 2016
- REDE NOSSA SÃO PAULO. Aliança pela Água alerta que chuva pode levar à acomodação, São Paulo, 19 fev. 2016a. disponível em: <http://www.nossasaopaulo.org.br/noticias/alianca-pela-agua-alerta-que-chuva-pode-levar-acomodacao> Acesso em: 12 jan. 2017
- REDE NOSSA SÃO PAULO. Coletivo de Luta pela Água divulga nota "A Crise Hídrica Acabou?", São Paulo, 08 fev. 2016b. Disponível em:

<http://www.nossasaopaulo.org.br/noticias/coletivo-de-luta-pela-agua-divulga-nota-crise-hidrica-acabou> Acesso em: 12 jan. 2017

REDE NOSSA SÃO PAULO. Coletivo de Luta pela Água divulga nota sobre o fim do bônus na tarifa, São Paulo, 04 de abr.2016c. Disponível em: <http://www.nossasaopaulo.org.br/noticias/coletivo-de-luta-pela-agua-divulga-nota-sobre-o-fim-do-bonus-na-tarifa> Acesso em: 12 jan. 2017.

RIJSBERMAN, F. R. Water scarcity: fact or fiction? *Agricultural Water Management*, v. 80, p. 5-22, 2006.

SCHERER-WARREN, I. Redes de Movimentos Sociais na América Latina - caminhos para uma política emancipatória? Caderno CRH, Salvador, v. 21, n. 54, p. 505-517, Set./Dez. 2008

TARROW, S. *o poder em movimento: movimentos sociais e confronto político*. Petrópolis: Vozes, 2009.

TOURAINE. *O que é a democracia*. Petrópolis: Vozes, 1996.

TUNDISI, J. G. Recursos Hídricos no Futuro: problemas e soluções. *Estudos Avançados*, v. 22, n. 63, 2008.

_____. Disponibilidade de Recursos Hídricos, Qualidade e Governança da Água: análises estratégicas e perspectivas para o Brasil. *Think&doTank Sustentabilidade*; Instituto Jatobás, São Paulo, 29 de junho de 2015.

UNITED NATIONS. Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010. A/RES/64/292. *The human right to water and sanitation, 2010*. Disponível em: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/64/292&lang=E> Acesso: 13/06/2017.

WENGER, E. *Communities of practice: Learning, meaning and identity*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998.

A colonialidade e a inconstitucionalidade do marco temporal em face do direito ao território étnico indígena e quilombola

Thaís Maira Rodrigues Held¹

Tiago Resende Botelho²

1 Introdução

A história colonial de violações de direitos humanos das populações indígenas no Brasil se inicia com a extração de riquezas naturais e a implantação do sistema de mercado baseado na agricultura de exportação, cujo mão de obra escravizada nativa foi o combustível inicial para o desenvolvimento da *plantation* pelos europeus, sobretudo os portugueses. Por sua vez, o labor forçado dos negros trazidos do Continente Africano impulsionou o sistema capitalista. Vindos aos milhares em navios negreiros para serem escravizados em solo brasileiro, deram seu suor e sangue nas atividades agrícolas e manufatureiras.

Indígenas e negros eram considerados destituídos de alma e reificados em um discurso ideológico arquitetado pela Igreja Católica por meio dos jesuítas trazidos pelos portugueses cuja intenção era a implantação de uma ideia de servidão sem

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará e docente no curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, Campus Araguaia. E-mail: thaisarheld@gmail.com.

² Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra e docente no curso de graduação em Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados. E-mail: trbotelho@hotmail.com.

resistência justificada pelos desígnios divinos. A construção ideológica colonial transformava os subjugados em insumos de produção³, em um verdadeira processo de anulação de identidades étnicas que perdurou por mais de trezentos e cinquenta anos.⁴

A Lei de Liberdade dos Gentios e a Lei Áurea não significaram aos indígenas e quilombolas a efetiva liberdade; a expropriação de seus territórios tradicionais e a invisibilidade social e jurídica se arrasta até os dias atuais e tolhem seu mínimo existencial.

A luta pelo reconhecimento do direito humano ao território étnico é árdua e teve seus primeiros frutos em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), reforçada em 1989 pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em âmbito internacional e na esfera nacional, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. As comunidades tradicionais⁵, no entanto, vivem em constantes ameaças por parte do Estado que, ao tempo que deve cumprir as obrigações firmadas nos acordos internacionais, age de forma contrária em um verdadeiro retrocesso jurídico em tentativas de modificações legislativas para a retirada de direitos.

O desrespeito aos seres humanos indígenas e quilombolas faz parte de um conjunto de práticas iniciadas na colonização que tem postergado no tempo por meio da colonialidade. Os efeitos

³ Importante considerar que os discursos dos jesuítas, sobretudo os de Antônio Vieira, em determinados momentos repugnavam a escravização dos indígenas e defendiam a subjugação dos negros em uma verdadeira “inflexão ideológica”. Isso ocorreu porque a própria Igreja Católica era parte interessada no lucrativo negócio cuja moeda de troca eram os negros. Sobre a ideologia da escravidão, ver (VAINFAS, 1986).

⁴ Registre-se que a proibição da escravização dos indígenas se deu com a Lei de Liberdade dos Gentios, de 20 de março de 1570, ao passo que a ilegalidade da subjugação dos negros ocorreu somente com a Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888, alcunhada de Lei Áurea.

⁵ Importa registrar que neste trabalho a utilização do termo “comunidades tradicionais” refere-se às indígenas e quilombolas, não obstante haver denominações específicas, como comunidades negras rurais, povos tribais, comunidades afrodescendentes referindo aos quilombolas e povos indígenas e nativos em relação às comunidades indígenas, todas estas encontradas na historiografia, em estudos antropológicos, na Convenção n. 169 da OIT e sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

nefastos da expropriação das vidas, terras e naturezas não terminaram com o processo de independência. Ainda hoje, em Estados Democráticos, a face oculta da colonização se impõe por meio da colonialidade do poder, saber e ser.

A tese do marco temporal é um exemplo de medida colonial e inconstitucional que se chancelada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou transformada em lei pelo Congresso Nacional reforçará práticas epistêmicas, ontológicas e de poder que negam a diversidade cultural amplamente defendida pela Constituição Federal. Estabelecer uma data constitucional para reconhecer a terra étnica que não seja respeitando a peculiaridade histórica de expropriação destes seres humanos é cometer, por parte do Estado, mais uma de suas muitas injustiças contra indígenas e negros.

Nesse sentido, tem o presente trabalho o objetivo de analisar a colonialidade do poder, o sistema de direitos humanos e o reconhecimento do direito ao território étnico, além de abordar as ameaças de retrocesso jurídico que a Proposta de Emenda à Constituição n. 215 representa para centenas de comunidades indígenas e quilombolas brasileiras.

2 A colonialidade do poder, saber e ser e o direito ao território étnico dos seres humanos indígenas e quilombolas

Ser o Brasil um dos últimos países da América Latina a abolir a escravidão e reconhecer o negro e o indígena como sujeitos de direito, deveria, intransigentemente, ter maior relevância nos debates sociais, jurídicos e políticos. Formalmente, se está a falar de trezentos e oitenta e oito anos em que seres humanos foram condenados à desumanidade da escravidão. Os pilares da sociedade brasileira foram construídos sobre a égide da exclusão, expropriação e negação do “outro”.

É importante considerar que o que se está a debater são quase quatro séculos em que indígenas e negros são violados em

sua dignidade e invisibilizados, cujos direitos são negados pelo Estado além de serem coisificados pela sociedade. São quatrocentos anos em que homens brancos vindos da Europa cercaram a natureza/terra, escravizaram vidas, transformaram bens naturais em direitos invioláveis e via documento oficial, chamaram a terra de sua propriedade privada. Foi neste percurso que escolheram aqueles que seriam os condenados da terra. Neste entendimento, Sérgio Buarque de Holanda afirma que “[...] somos ainda hoje uns desterrados em nossas terras.” (HOLANDA, 2014, p. 35).

Os processos de colonizações e descolonizações são sempre violentos. Há uma falsa sensação de que descolonizar é libertar, pois conforme Fanon (1968, p. 25): “[...] a descolonização é simplesmente a substituição de uma ‘espécie’ de homens por outra ‘espécie’ de homens”. A descolonização é uma tábula rasa, pois ainda que represente a saída de um grupo político do poder, o novo grupo possui práticas tão similares aos derrotados. É nesta lógica que a independência do Brasil se insere, pois o afastamento de Portugal foi um desejo dos portugueses que aqui se encontravam, principalmente por uma questão econômica.

O Brasil foi pensado por portugueses. A maior prova é que mesmo politicamente independente, a família real não perdeu seu posto. O monarca, representante da sociedade “pensante” no Brasil, seguiu tomando as decisões políticas e jurídicas, inclusive outorgando a primeira constituição que, ainda hoje, continua sendo a de maior duração.

Tais fatos por si só demonstram o quanto as práticas da colonização não terminaram com a descolonização. É verdade que no Brasil, o fim da colonização, principalmente para a história oficial, terminou em 7 de setembro de 1822. Seus efeitos nefastos, todavia, são nítidos e transcendem a limitação da oficialidade da história. Os protagonistas da colonização não empreenderam esforços, além mar, para que seus privilégios fossem facilmente desfeitos com a mera independência. Aimé Césaire, sobre a escolha

de colonizar da Europa, afirma ser tal prática política indefensável, pois:

[...] ninguém coloniza inocentemente, nem ninguém coloniza impunemente; que uma nação que coloniza, que uma civilização que justifica a colonização – portanto, a força – é já uma civilização doente, uma civilização moralmente ferida que, irresistivelmente, de consequência em consequência, de negação em negação, chama o seu Hitler, isto é, o seu castigo. (CÉSAIRE, 1978, p. 21).

Entre o ser humano colonizado e seu colonizador não há espaço para além do trabalho escravo, intimidação, vulnerabilidade, expropriação, roubo, monocultura, epistemicídio, desamor, superioridade, estratificação, subjugação. “[...] É a minha vez de anunciar uma equação: colonização = coisificação”. (CÉSAIRE, 1978, p. 25).

É compreendendo a lógica do colonizador de coisificar o “outro” para manter-se no poder, que os estudos decoloniais tem aprofundado a ideia de que apesar das muitas rupturas, a colonização não é uma fase superada, mas, sim, uma prática que vem se prolongando no tempo de forma velada. “A colonização não diz respeito apenas à administração colonial direta sobre determinadas áreas do mundo, mas refere-se a uma lógica de dominação, exploração e controle que inclui a dimensão do conhecimento”. (SPAREMBERG; DAMÁZIO, 2016, p. 274).

O prolongamento da colonização tem se dado por meio de sua face oculta que é a colonialidade do poder, saber (epistemológica) e ser (ontológica). Apesar da colonização e colonialidade terem sido executadas conjuntamente, a colonização histórica tem como prazo de validade determinado o processo de independência. Já a colonialidade perpassa tal momento político, chegando aos dias de hoje e permeando a modernidade. Infelizmente, a colonialidade está impregnada ainda hoje nos principais discursos referentes a etnia, sexualidade,

espiritualidade, saúde pública, política públicas entre outros. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 215 é um exemplo de como a colonização consegue se fazer presente por meio da colonialidade mesmo em um país declaradamente democrático que garante em sua Constituição o direito ao acesso ao território étnico.

O colonialismo e a colonialidade são engrenagens de uma mesma política que se apresentam em momentos distintos da história. Enquanto o colonialismo é a política civilizatória e exploratória inicial que se finda com o processo de independência, a colonialidade são as amarras históricas do colonialismo que perpassam e de forma velada permanecem nas democracias do século XXI, atingindo principalmente mulheres, negros, gays, indígenas, crianças, todos em situação de vulnerabilidade jurídica e social.

A colonialidade é uma relação de poder, saber e ser que não acabou com o colonialismo e, de forma intensa, vem ajudando a construir a modernidade que, como na fase inicial, não aceitou que indígenas e quilombolas pudessem se relacionar de forma espiritual com a terra.

A colonialidade é muito visível na sociedade brasileira, os que sofrem hoje “[...] são exatamente os membros das ‘raças’, das ‘etnias’, ou das ‘nações’ em que foram categorizadas as populações colonizadas, no processo de formação mundial, da conquista da América em diante.” (QUIJANO, 1992, p. 11).

O conceito de colonialidade se constrói alicerçado em três pilares: a colonialidade como a face oculta da modernidade (sistema-mundo moderno/colonial); a colonialidade do poder, saber (epistêmica) e ser (ontológica); e a colonialidade e seu lado oposto decolonial.

O moderno, no processo colonial e, após, iluminista e industrial, foi a completa negação pela Europa dos modos de ser, fazer e viver na América. A modernidade se construiu numa pretensa universalização da fé, da vida, do saber, da sexualidade, das formas e regimes de governo, da monocultura, do direito, da

economia, do meio ambiente, sobretudo da terra. Tudo foi reduzido ao conceito de moderno imposto pela civilização ocidental, romana, judaico-cristã. Nesta lógica, para além da modernidade eurocêntrica e civilizadora, só existia a incivilidade, barbárie, selvageria, desumanidade, primitivismo, ateísmo e canibalismo. Para Mignolo (2009, p 43) o moderno se construiu frente ao mundo não europeu como sinônimo de salvação e novidade. Dussel (1993, p. 7) entende que a “[...] a modernidade aparece quando a Europa se afirma como ‘centro’ de uma História Mundial que inaugura, e por isso a periferia é a parte de sua própria definição”. Quijano (2005, 122) explica que “[...] a modernidade e a racionalidade foram imaginadas como experiências e produtos exclusivamente europeus.”

Portanto, a partir do arrogante “descobrimento” da América entra em vigor o que é denominado pelos estudos decoloniais de sistema-mundo moderno/colonial. É nada mais que um sistema “mundial” pensado para civilizar, exaltando como moderno as práticas europeias e definindo como obsoletas as práticas latino americanas. Esta dicotomia faz com que o moderno postergue de forma inquestionável no tempo sobre aquilo que é imposto como obsoleto. Para além deste sistema, inexistente qualquer outro, pois a colonialidade do poder, saber e ser acompanha a modernidade.

A colonialidade do poder é a superioridade étnico-racial e cognitiva imposta pelos colonizadores aos indígenas e quilombolas buscando justificar a dizimação, exploração, escravização e sua compra e venda no mercado das vidas. A colonialidade do poder criou a estratificação da vida por meio da etnia e da raça. Não por acaso o Brasil é um dos países mais desumanos com os indígenas e negros. Por mais que estes seres humanos tenham conquistado direitos, a colonialidade do poder insiste em desvalorizar sua língua, cor, corpo, cosmovisões, saberes e humanidade. Para Quijano (2005, p. 135), a colonialidade do poder “[...] ainda exerce

seu domínio, na maior parte da América Latina, contra a democracia, a cidadania, a nação e o Estado-nação moderno”.

Quando o Estado brasileiro, por meio do STF ou Congresso Nacional passa a defender a negação do direito constitucional e internacionalmente reconhecido à terra étnica, por meio de uma tese que estabelece como sendo o prazo limite para o reconhecimento a promulgação da Constituição Federal de 1988, eles estão diretamente defendendo o processo histórico expropriatório. Se indígenas e quilombolas não estão presentes em suas terras na data criada como marco jurídico temporal não é por desinteresse, mas por violência. O marco temporal é a preferência colonial do poder judiciário e do poder legislativo aos que usam à terra ao econômico à àqueles que fizeram da terra seu modo de vida e espiritualidade. A colonização escolheu seus inimigos por meio da raça e da etnia. O STF e o Congresso Nacional, sustentando a tese do marco temporal, perpetuará a colonialidade.

A colonialidade do saber é a vertente epistêmica da colonialidade do poder. (ROJAS; RASTREPO, 2010, p. 136). É a sobreposição do saber europeu ao latino americano. É a negação do saber indígena e quilombola como capazes de responder satisfatoriamente às necessidades sociais. Santos e Meneses (2010, p. 16) afirmam que o saber europeu é epistemicida, pois sua lógica é a “[...] supressão dos conhecimentos locais perpetrada por um conhecimento alienígena”. Os indígenas e quilombolas legitimam suas relações com a terra e o meio ambiente por meio de uma epistemologia outra que não a da transformação de bem natural em propriedade privada que serve exclusivamente ao capital.

É preciso que o Brasil não se renda a uma forma de saber epistemicida. A relação com a natureza validada pela epistemologia ocidental, romana, judaico-cristã tem demonstrado fracasso. Legitimar o marco temporal, utilizando de uma epistemológica que reconhece a monocultura e o latifúndio é negar a função social da terra e a dignidade das vidas. O marco temporal está

fundamentado pela colonialidade do saber, pois prefere inventar uma data a ser seguida a reconhecer a importância de que outros saberes permaneçam existentes em suas terras e, quem sabe, ensinem ao mundo algo que não limite a natureza ao econômico.

A colonialidade do ser são os efeitos negativos frutos da colonização que perpassam o tempo e são utilizados, ainda hoje, contra estes grupos humanos. Os fundamentos da colonização para excluir as vidas dos indígenas, dos negros e das mulheres, estão presentes na sociedade brasileira e são utilizados pela colonialidade do ser para negar direitos humanos básicos. Diminuir o outro e fazer com que ele acredite é a máxima da colonialidade do ser.

A utilização do marco temporal reforça a tese da inferiorização pregada pela colonialidade do ser, pois ao fixar o ano de 1988 como referencial para demarcação, o Estado brasileiro validará o que Paulo Freire chama de prática de transformação do humano em ser menos. A expropriação da terra, passou pela coisificação da vidas indígena e negra, em insistindo no marco temporal, se pavimentará a via da injustiça.

Ainda que a colonialidade seja a face invisível da colonização/modernidade, é ao mesmo tempo, a força que impulsiona a decolonialidade. É a luta travada por indígenas e quilombolas que não cessa desde o arrogante processo de “descobrimto”. Mignolo (2014, p. 24) define a decolonialidade como “[...] a resposta necessária a ambas as falácias e ficções das promessas de progresso e desenvolvimento que leva à modernidade, como a violência da colonialidade.” Sendo assim, a luta contra o marco temporal é uma luta decolonial que enfrente o sistema-mundo moderno/colonial e se perpetua até os dias atuais.

2 A luta decolonial pelo direito ao acesso ao território étnico no sistema de direitos humanos

É preciso compreender a concepção de território étnico e o que este representa às comunidades tradicionais indígenas e

quilombolas. Inobstante haver clara distinção entre identidade étnica indígena e quilombola por suas peculiaridades culturais, a luta decolonial pelo reconhecimento ao direito ao território é comum a estes dois grupos sociais envoltos em vulnerabilidades.

O território transcende os aspectos físicos do local de vivência das comunidades tradicionais; são espaços políticos e de afirmação identitária, pois como ressalta Rogério Haesbaert (2007, p. 20-21): “[...] o território nasce como uma dupla conotação, material e simbólica, pois etimologicamente aparece tão próximo de terra-territorium quanto de térreo-terror (terror, aterrorizar), ou seja, tem a ver com dominação (jurídico-política) da terra [...]”. Tal dominação pressupõe que o território étnico, além de local onde as comunidades tradicionais vivem, é também um espaço de significados políticos, de afirmação identitária, de resistência contra a dominação dos sujeitos que por vezes, os expropriam empregando todo o tipo de violência. O território étnico é um espaço historicamente decolonial que rompe com a colonialidade do poder, saber e ser.

A etnicidade, por sua vez, está intrinsecamente ligada ao território e traduz a essência cultural, como adverte Manuela Carneiro da Cunha (2009, p. 239): “a construção da identidade étnica extrai assim, da chamada tradição [...]”. Nesse aspecto, os modos de vida são considerados tradicionais e exprimem o modo peculiar de vida das comunidades indígenas e quilombolas. Neste ponto residem dois aspectos importantes, quais sejam, a compreensão da relação entre território e identidade étnica e a proteção jurídica que esta exige.

Importante considerar que ao tratarmos de povos indígenas e comunidades quilombolas estamos lidando com uma diversidade étnico-cultural por vezes ignorada, uma vez que é comum unificar a cultura indígena, não considerando ainda a existência do número de comunidades quilombolas. A diversidade cultural, conforme artigo 1º da Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural: “é, para o gênero humano, tão

necessária como a diversidade biológica para os organismos vivos e constitui o patrimônio comum da humanidade, que deve ser reconhecido e consolidado em benefício das gerações presentes e futuras.” (Unesco, 2002).

Há, conforme último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) o registro de 816.917 (oitocentos e dezesseis mil, novecentos e dezessete) indígenas em solo brasileiro. (IBGE, 2010). Por sua vez, há no Brasil mais de duas mil comunidades quilombolas certificadas pela Fundação Cultural Palmares (SEPPPIR, 2015).

É imprescindível que estes povos tenham reconhecidos e garantidos seus direitos inerentes à vida digna, os quais, por meio de suas lutas decoloniais, foram inseridos em tratados internacionais assim como no direito interno que integram um sistema de direitos humanos em respeito ao princípio da complementaridade e à primazia do ser humano⁶, pois referida estrutura “[...] vem atender uma das grandes preocupações de nossos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância.” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 39).

A proteção deve se amoldar às necessidades peculiares de cada grupo étnico, pois conforme assegura Dulitzky (2010, p. 31-32, tradução nossa): “[...] os indígenas e afrodescendentes são vítimas de discriminação estrutural e marginalização social profunda da qual a falta de reconhecimento e proteção de seus territórios é uma manifestação.”⁷

No que diz respeito aos tratados internacionais de direitos humanos e seu efetivo cumprimento, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados adverte que “uma parte não

⁶ Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe em seu artigo 29 que se deve aplicar o princípio da prevalência da norma mais benéfica a quem teve sua dignidade violada.

⁷ [...] *los indígenas y afrodescendientes son víctimas de discriminación estructural y marginación social profunda de la cual la falta de reconocimiento y protección de sus territorios es una manifestación.*

pode invocar disposição de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.” Isso decorre que uma vez ratificado um tratado internacional, o país não pode se eximir de cumpri-lo em razão de legislação doméstica; este deve adequá-la ao pactuado no acordo.

É importante ressaltar que o direito ao território étnico, por vezes é encontrado nos tratados internacionais com a nomenclatura “direito de propriedade” justamente por ser utilizado de forma limitada em diversos sistemas jurídicos que tem como fonte a ideia de propriedade individual. Entretanto, é necessário traduzi-la em direito à terra e considerar os demais direitos correlatos para melhor se adequar às peculiaridades étnicas, pois:

Essa abordagem do direito à terra é muitas vezes referida como um direito à integridade cultural que, embora não seja expressamente reconhecido como tal em tratados internacionais de direitos humanos, diz respeito a um conjunto de diferentes direitos humanos, como direito à cultura, subsistência, meios de subsistência, religião e herança, sendo que todos eles endossam a proteção ao direito à terra. (GILBERT, 2013, p. 126)

Apesar de não ser um tratado internacional, a DUDH⁸ inaugura a gramática do sistema de direitos humanos e constitui um norte aos tratados internacionais que a reforçam e a aperfeiçoam. A proteção do direito humano ao território é tratada de maneira expressa na DUDH, em seu artigo 17: “1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.” (DUDH, 1948). Observa-se que tanto o uso da propriedade particular quanto coletivo é garantido pela Declaração.

Considerando a necessidade de juridicização do referido documento, em 16 de dezembro de 1966 dois tratados

⁸ Adotada pela Resolução 217 A(III), de 10 de dezembro de 1948.

internacionais foram adotados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e trazem um rol de atributos de dignidade humana consecutórios ao território étnico. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁹ e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais (PIDESC)¹⁰ reconhecem o direito à autodeterminação dos povos, o bem-estar em uma sociedade democrática, além do direito às liberdades de pensamento, religião e expressão.

Atenção se deve ao artigo 27 do PIDCP, que dispõe sobre o direito à não privação da vida cultural, religiosa e linguística das minorias étnicas. Ao considerar tratamento especial às minorias étnicas, referindo-nos às comunidades tradicionais como indígenas e quilombolas, o documento internacional prevê atenção especial a estes grupos que são envolvidos em vulnerabilidades justamente por suas peculiaridades étnicas.

A proteção especial também é garantida pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada em 21 de dezembro de 1965 e internalizada pelo Brasil pelo Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969 cujo artigo V obriga os Estados-partes a proibirem a discriminação étnico-racial em todas as suas formas e assegura na alínea “v)” o direito humano ao território, pois este é: “v) direito de qualquer pessoa, tanto individualmente como em conjunto, à propriedade.”

Como principal tratado internacional de direitos humanos das comunidades tradicionais, a Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em 26 de junho de 1989, mas ratificada pelo Brasil somente em 25 de julho de 2002 e internalizada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, trata da proteção jurídica da vida digna de indígenas e quilombolas, referidos pela Convenção como tribais e reconhece no seu artigo 1

⁹ Ratificado pelo Brasil e internalizado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

¹⁰ Ratificado pelo Brasil e internalizado pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

que “[...] condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial.”

A autodeterminação é reconhecida pelo artigo 4º, 1, da Convenção, que impõe ao Estado o dever de salvaguardar os direitos materiais e imateriais inerentes à vida em dignidade e de forma mais clara, nos artigos 6º e 7º, que tratam da consulta livre, prévia e informada sobre qualquer situação que envolva previsão de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, além de estabelecer meios para que os povos interessados possam participar livremente na tomada de decisões.

Conforme dispõe o item 1 do artigo 7º, é assegurado aos indígenas e quilombolas o direito de escolha de acordo com suas prioridades no processo de desenvolvimento em atividades que afetem seus modos de vida, “[...] bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.” (grifo nosso)

Nesse sentido, a Convenção n. 169 da OIT reconhece as peculiaridades étnicas de indígenas e quilombolas e a necessidade de proteção especial, pois “[...] oferece uma abordagem rica, já que articula várias facetas que inferem uma compreensão complexa do princípio da igualdade e da proibição de discriminação.” (COURTIS, 2009, p. 68).

Na esfera normativa brasileira a proteção dos territórios indígenas e quilombolas encontra guarida na Constituição Federal de 1988, Capítulo VIII – Dos Índios, reservando os artigos 231 e 232 para o reconhecimento de seus modos de ser, fazer e viver, “[...] e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarca-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” (BRASIL, 1988). Cabe ao Poder Executivo a efetivação do direito ao território indígena, conforme artigo 19 da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, Estatuto do

Índio e Decreto n. 1.175, de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação, iniciativa que cabe à Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Quanto aos territórios negros, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) é claro ao dispor que aos quilombolas¹¹ [...] é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” Em que pese o direito seja reconhecido em uma norma transitória, este permanece prolongado por mais de vinte anos e conforme adverte Girolamo Treccani (2006, p. 84), “[...] o artigo tem eficácia plena, vinculando as comunidades remanescentes de quilombo ao seu território étno-sócio-cultural.”

A efetivação do direito ao território quilombola é garantida pelo Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003, que atribui ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) a competência para a titulação em âmbito federal.¹²

Há, nesse sentido, uma estrutura jurídica que reconhece o direito humano ao território étnico e por se tratar de normas que visam proteger o mínimo existencial não devem ser descumpridas tampouco derogadas, uma vez que para fazê-lo, em respeito à autodeterminação dos povos, estes devem ter efetiva participação na tomada de decisões que lhe afetem diretamente, conforme artigo 7º, 1 da Convenção n. 169 da OIT.

¹¹ Importante ressaltar que o texto constitucional refere-se aos “remanescentes das comunidades dos quilombos”. Preferimos utilizar “quilombolas”, uma vez que é necessário desvincularmos de significados do

O Estado brasileiro, ao ratificar tais tratados internacionais, compromete-se perante à comunidade internacional em cumprilos, além de adequar a legislação interna aos termos pactuados, não podendo retrocedê-la aos direitos reconhecidos. Entretanto, ao tempo que formalmente reconhece o direito ao território étnico, o nega mediante ações provenientes das três esferas de poder.

As ameaças provenientes do Poder Executivo se intensificaram após o impedimento da ex-presidenta da república Dilma Rousseff e posse do interino Michel Temer, que no primeiro semestre de 2017, enviou pela Casa Civil um ofício ao Ministério Público Federal determinando a interrupção dos processos de titulação de territórios quilombolas até que o STF julgue a ADI 3239 referente à constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003¹³.

As investidas contra os direitos territoriais dos povos indígenas foram denunciadas ao Alto Comissariado das Nações Unidas e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 9 de agosto de 2017, uma vez que o governo brasileiro toma a todo instante medidas que violam os direitos humanos das comunidades tradicionais.

Ademais, dificulta o diálogo e estabelece atos de criminalização de lideranças indígenas e profissionais ligados aos trabalhos de demarcação de terras indígenas, a exemplo da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da FUNAI e do INCRA, que foi instaurada após a aprovação da PEC 215 pela Comissão Especial, questionando a atuação de antropólogos e demais servidores dos referidos órgãos com a finalidade de enfraquecer a estrutura que tem garantido o reconhecimento e efetivação de territórios étnicos no país.¹⁴

¹³ Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39625624>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

¹⁴ Vale ressaltar que a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) publicou em 18 de maio de 2017 o Informativo e Nota em repúdio ao relatório da CPI FUNAI/INCRA 2, sobre indiciamentos de antropólogos de fraudes em processos de regularização fundiária, cujo documento pode ser acessado em: <http://www.portal.abant.org.br/images/Noticias/7_Informativo_e_Nota_da_ABA_em_rep%C3%BAdio_a_o_relat%C3%B3rio_da_CPI_FUNAI-INCRA_2.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2017.

Não bastasse o retrocesso social, outra medida violadora de direitos humanos é o Parecer 1/2017 da Advocacia-Geral da União (AGU) exarado em 19 de julho, que estabelece o marco temporal de 5 de outubro de 1988 para o reconhecimento de terras indígenas como foi determinado por decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol, aplicando a todos os processos de demarcação em andamento.

O Poder Judiciário e seu ranço colonial por sua vez, também significa uma ameaça ao direito humano ao território indígena e quilombola ao destacarmos a ADI 3239, que até o presente momento, está em empate, uma vez que o voto do Ministro aposentado Cezar Peluso é favorável à inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003, ao passo que o voto da Ministra Rosa Weber é contrário à inconstitucionalidade. Tal indefinição se arrasta desde 25 de junho de 2004.¹⁵ É importante observar que os impasses entre direitos de propriedade e direito ao território étnico perpassam pela histórica preferência daqueles em detrimento deste, uma vez que a propriedade privada “[...] prevalece até mesmo frente aos mais justos direitos sociais e coletivos, chamados genericamente de humanos.” (MARÉS, C.; MARÉS, T., 2006, p. 174).

Podemos considerar que o Poder Legislativo brasileiro indo ao encontro da colonialidade do poder, saber e ser tem violado direitos humanos indígenas e quilombolas sobretudo pela atuação incisiva da Frente Parlamentar Agropecuária (FPA), alcunhada “bancada ruralista”, formada por parlamentares latifundiários ou que possuem forte ligação com a agroindústria no país cuja atuação busca atender interesses próprios, como ocorre com a PEC 215.

¹⁵ Os autos foram incluídos em pauta na sessão de julgamento do dia 16 de agosto de 2017. No entanto, por licença médica do Ministro Dias Tóffoli, o julgamento foi adiado e não se tem previsão de data.

3 A PEC 215 e o marco temporal: a ameaça ao direito humano ao território indígena e quilombola

A Proposta de Emenda à Constituição n. 215/2000¹⁶ é um dos maiores exemplos da presença da colonialidade no legislativo brasileiro composto majoritariamente por homens brancos, cristãos, heterossexuais, urbanos e boa parte ruralistas. Esta proposta significa uma forte ameaça aos direitos humanos territoriais de indígenas e quilombolas brasileiros há mais de dezessete anos, entre arquivamentos e desarquivamentos da proposta, alterações, assim como manifestações contrárias e favoráveis à emenda.

O texto inicial foi apresentado pelo deputado federal por Roraima Almir Morais Sá em 28 de março de 2000 e tem por finalidade inicial acrescentar o inciso XVIII ao artigo 49, que trata da competência exclusiva do Congresso Nacional, com a seguinte redação: “aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas.” Além disso, intenciona modificar o §4º e acrescentar o §8º do artigo 231 da Constituição Federal adequando a competência legislativa.

Desta forma, a proposta colonial de alteração constitucional visa transferir a competência para o reconhecimento e demarcação de terras indígenas para o Congresso Nacional de forma exclusiva, cujos critérios e procedimentos serão estabelecidos em lei posteriormente editada. Assim, o Poder Legislativo comandado pela bancada ruralista deterá todo o controle sobre os territórios indígenas, decidindo quais irão reconhecer e demarcar, restando prejudicada a atuação dos órgãos do Executivo, como a FUNAI, o INCRA e a FCP.

¹⁶ Inteiro teor, apensamentos, tramitação e demais informações estão disponíveis em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

Esta medida viola a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos que reconhecem os direitos étnicos, tais como o território, pois deturpa a separação dos poderes e legisla a favor daqueles deputados e senadores que possuem terras ou representam grandes proprietários. Ademais, este emaranhado de projetos apensados, desrespeitaram em inúmeros momentos, a convenção 169 da OIT que determina que os indígenas e quilombolas sejam informados e ouvidos previamente quando houver interferência em seu território.

Como não bastasse a iminência de retrocesso jurídico e social, a proposta sofreu uma alteração, desta feita pelo relator da Comissão Especial da proposta, o deputado federal pelo Paraná Osmar Serraglio, que apresentou anexo ao parecer um substitutivo em 1 de setembro de 2015, estabelecendo o marco temporal da ocupação para indígenas na data da promulgação da Constituição Federal, alterando o artigo 231, sobretudo o §1º, vedando a ampliação de terras indígenas já demarcadas a interferindo nos estudos antropológicos, que devem evidenciar a ocupação a partir do marco temporal.

O substitutivo também estabelece o marco temporal de ocupação para os quilombolas, com a modificação do artigo 68 do ADCT cujos territórios devem ser reconhecidos somente àqueles que “[...] estiverem ocupando suas terras, na data da promulgação da Constituição, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”

A maior sustentação do marco temporal reside na histórica decisão do STF que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol em Roraima no ano de 2009. Apesar do STF reconhecer o direito à terra indígena, previsto na Constituição Federal no Art. 231, §1º, criou 19 condicionantes aos pontos que entendeu polêmicos. O ministro relator Ayres Britto, violou o direito originário à terra ao defender que para comprovação da posse indígena necessário seria atender o “marco temporal”, fixando o ano de 1988, data de promulgação da Constituição.

As 19 condicionantes, destacando-se o marco temporal, são normas de condutas criadas pelo STF que diminuem os direitos étnicos e raciais postos na Constituição Federal, bem como violam a consulta prévia prevista na Convenção 169 da OIT. O STF, no embargo de declaração em curso frente à decisão do caso Raposa Serra do Sol, em resposta ao questionamento de que não cabem parâmetros abstratos de conduta formulado pela Procuradora Geral da República Deborah Duprat, declarou que as condicionantes são “pressupostos para o reconhecimento de validade da demarcação” e mesmo não tendo caráter vinculante em sentido formal, tem força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País¹⁷.

Em 2014, a trágica e restritiva decisão colonial do STF em utilizar o marco temporal, repetiu-se no julgamento do mandado de segurança 29.087¹⁸ pela Segunda Turma envolvendo a Terra Indígena Guyaroka em Mato Grosso do Sul.

No ano de 2012, o próprio STF respeitando a Constituição, negou a sua tese do marco temporal, ao demarcar a Terra Indígena Caramuru Catarina Paraguasu na Bahia. Neste caso, o direito originário às terras tradicionais sobressaíram à tese do marco temporal, mesmo não estando os indígenas em suas terras, por terem sido expropriados, há três décadas antes de 1988.

É óbvio que dentre as duas decisões, a primeira tem sido engrenagem que alimenta projetos de emenda à Constituição que relativizam o direito originário à terra tradicional. Principalmente após o golpe de 2015¹⁹, a bancada legislativa conservadora está empoderada por um chefe de Estado e de governo ilegítimo e réu. Neste cenário de ruptura institucional, projetos coloniais de

¹⁷ Supremo Tribunal Federal - STF. Acórdão. Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima; Julgamento Plenário, Data: 23/10/2013.

¹⁸ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>. Acesso em: 5 set. 2017.

¹⁹ Referimo-nos ao processamento do impeachment da ex-Presidenta Dilma Rousseff.

emenda constitucional e reformas que retiram direitos avolumam-se de forma exponencial.

O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, em um país de democracia jovem como a brasileira, deveria exercer seu papel de defensor incondicional do Estado Democrático de Direito. Há algum tempo, todavia, aquele que garantiria o cumprimento dos avanços democráticos, vem adotando decisões que diminuem direitos conquistados por meio de lutas árduas e historicamente travadas. Sendo assim, frente um legislativo altamente conservador e um STF que oscila frente suas decisões, os direitos democráticos enfrentam uma terrível instabilidade.

O direito originário sobre as terras que ocupam é uma das lutas decoloniais mais tensionadas desde a constituinte de 1988. Este direito traz consigo uma inquestionável carga social, pois o constituinte originário não deu de presente de forma benevolente, os indígenas, num gesto de resistência, ingressaram ao Congresso Nacional e, como cidadãos, exigiram presença na Constituição que reestabeleceria a democracia.

O STF sabe que o marco temporal é uma falácia, ao ponto que revê sua própria decisão em 2012, mas a relativização do direito originário à terra, posta na decisão de 2009, será sempre usada contra o os povos tradicionais.

O tempo não é inimigo do direito originário à terra. Pelo contrário, a escuta profunda, a oralidade, a memória, a sensibilidade, os saberes e as interpretações dos caciques, lideranças, rezadores, guerreiros, xamãs e membros da comunidade indígena ajudarão o direito a entender o motivo pelo qual em 1988 os seres humanos indígenas não se encontravam na terra que sempre desejaram estar. A tese do marco temporal só pode ser defendida por aqueles e aquelas que nunca saíram do confortável mundo do direito e foram até uma área de disputa pela terra sagrada e olharam nos olhos dos idosos e das crianças que vivem a amargura de um direito secular à serviço da colonialidade.

Lá, na terra em litígio, andando em meio ao resto da floresta e a lavoura que os expulsa, ouvirá com clareza as histórias amargas de deslocamentos forçados, desaparecimentos, atropelamentos, despejos, incêndios e o sonho interferido de um pedaço de terra para viver junto à sua espiritualidade maior. Se o marco temporal não levar em consideração a data inicial do sofrimento de seres humanos indígenas, ele será mais um entrave imposto pela colonialidade do poder, saber e ser que se constrói com o aval do direito, desde o arrogante “descobrimento” deste país. A demarcação da terra indígena e a titulação das terras de quilombo para além de uma reparação histórica é uma garantia de vida para o futuro.

Os direitos étnicos postos nos tratados internacionais e na Constituição Federal de 1988 sequer foram minimamente efetivados pelo Poder Público. Situações que foram pensadas pelo constituinte para serem regularizadas de forma transitória, como o prazo de cinco anos para demarcar as terras indígenas, após a promulgação da Constituição Federal, estabelecido pelo art. 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, há vinte quatro anos vem sendo desrespeitado com a anuência do STF. Portanto, o marco temporal que o STF deveria estar preocupado em fazer cumprir para atender seu real sentido de existir, seria aquele definidos pela Constituição Federal que protegem os direitos territoriais originários indígenas e quilombolas.

Ao se analisar a Proposta de Emenda à Constituição n. 215 como um todo, é possível afirmar que se aprovada, o Poder Legislativo brasileiro ceifará a vida de milhares de indígenas e quilombolas, uma vez que ao estabelecer o marco temporal de ocupação em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, estará negando a existência histórica da população tradicional, desconsiderando todo o processo de expropriação das populações tradicionais de seus territórios ocasionados pelos interesses de latifundiários.

4 Considerações Finais

Por todo o exposto, resta evidente que a luta decolonial de seres humanos indígenas e quilombolas se perpetua no tempo, uma vez que o ranço da colonização que os escravizou e os coisificou é predominante nas esferas de poder no governo brasileiro pela colonialidade. Ao tempo que o acesso à terra é reconhecido a partir da década de 1940 como um direito humano pela DUDH, além dos tratados internacionais ratificados e internalizados, assim como em sua lei máxima, o Brasil o nega e mantém a colonialidade do poder. Os modos de ser, fazer e viver das comunidades tradicionais são tolhidos porque lhes falta o primordial para a garantia da dignidade: o território étnico.

As investidas coloniais nas esferas executiva, legislativa e judiciária brasileira ceifam incontáveis vidas, costumes e a diversidade cultural de um povo que construiu este país com trabalho escravo. Conquistados à base de sangue e suor, os direitos que envolvem o território étnico são pisoteados por interesses econômicos sobre as terras dos povos tradicionais. Nesse sentido, o território perde força enquanto componente étnico e satisfaz o interesse do capital, de propriedade individual, que dá suporte à agroindústria.

A colonialidade como a face oculta da colonização está trancafiada nos poderes que compõem as democracias de baixa intensidade. A colonialidade do poder, saber e ser caminha junto com a inconstitucionalidade, pois ambas, violam a dignidade do viver. Sobrepor um prazo inventado ao direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam é a máxima da inconstitucionalidade e colonialidade, pois viola o que determina a constituição com requintes de práticas coloniais.

A PEC 215, durante mais de dezessete anos tem ameaçado ainda mais a dignidade humana dos indígenas e quilombolas, em um primeiro momento, na pretensão de transferir o reconhecimento e a demarcação de terras indígenas e titulação de

terras de quilombo do Poder Executivo para o Poder Legislativo, que manipula o direito ao arrepio da primazia do ser humano e em um segundo momento pelo estabelecimento do marco temporal de ocupação de indígenas e quilombolas para 5 de outubro de 1988, como já se manifestou o Poder Judiciário.

Há uma orquestrada ameaça estatal ganhando força nos últimos anos, sobretudo após o impedimento da ex-Presidenta da República Dilma Rousseff, que retrocede direitos, invisibiliza movimentos sociais, pune servidores estatais que em suas atividades cotidianas elaboram laudos antropológicos e tentam efetivar o direito à terra, como discorrido sobre a CPI da FUNAI e do INCRA, além de ignorar a história dos povos tradicionais em uma autêntica perpetuação da estrutura colonizadora, opressora e violadora de direitos humanos.

Se o Congresso Nacional e o STF insistirem na inconstitucionalidade e colonialidade do marco temporal, restará ao indígenas e quilombolas a denúncia às organizações internacionais de proteção aos Direitos Humanos, vez que a mais alta corte do país resolveu não respeitar a constituição que deveria ser guardiã. Esta tese, mais do que violadora dos direitos democráticos é a comprovação colonial de que no Brasil há um foço entre os direitos constitucionais conquistados e sua real execução.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. **Informativo e Nota da ABA em repúdio ao relatório da CPI FUNAI/INCRA 2**. Brasília, 18 maio 2017. Disponível em: <
http://www.portal.abant.org.br/images/Noticias/7._Informativo_e_Nota_da_ABA_em_rep%C3%BAadio_ao_relat%C3%B3rio_da_CPI_FUNAI-INCRA_2.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 215/2000. Brasília, 28 de março de 2000. Disponível em: <

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em 20 ago. 2017.

BRASIL. Decreto n.º. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 6 jul. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do591.htm>. Acesso em 8 jul. 2017.

BRASIL. Decreto n.º. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 6 jul. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm>. Acesso em 8 jul. 2017.

BRASIL. Decreto n.º. 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta e procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 nov. 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm#art25 >. Acesso em: 8 jun. 2017.

BRASIL. Decreto n.º. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 19 abr. 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 8 jun. 2017.

BRASIL. Decreto n.º. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 14 dez. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 8 jun. 2017.

BRASIL. Decreto n.º. 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília,

08 de dezembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 8 dez. 1969. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Características gerais dos indígenas**: resultados do universo. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_quadros_xls.shtm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Comunidades quilombolas. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/comunidades-tradicionais/programa-brasil-quilombola>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 3239. Requerente: Democratas. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Antonio Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 3. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CÉSAIRE, Aimé. **Discurso sobre o colonialismo**. Lisboa: Sá da Costa, 1978.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 10, p. 53-81, jun. 2009.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas e outros ensaios**. Coleção: Ensaios. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

FANON, Franz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

GILBERT, Jérémie. Direito à terra como direito humano: argumentos em prol de um direito específico à terra. Tradução Thiago Amparo. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 121-143, jun. 2013.

HAESBAERT, Rogério. Território e multiterritorialidade: um debate. **Revista GEOgraphia**, Niterói, v. 9, n. 17, p. 19-46, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. 2002. Disponível em: <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf>. Acesso em 15 ago. 2017.

MARÉS, Carlos; MARÉS, Theo. Direito Agrário e Igualdade Étnico-Racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (Coords.). BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPPIR. **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPPIR, 2006. p. 155-185.

MIGNOLO, Walter. Educación y decolonialidad: aprender a desaprender para poder re-aprender. In: GIULIANO, Facundo; BERISSO, Daniel (entrevistadores.). Entrevista. **Revista del IICE**, n. 35, p. 61-71, 2014.

_____. La idea de América Latina (la derecha, la izquierda y la opción decolonial). **Revista Crítica y Emancipación**. Año I, n. 2, p. 251-276, 2009.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Argentina: Clasco, p. 117-142, 2005.

_____. Colonialidad y Modernidad-razionalidad. In: BONILLO, Heraclio (comp.). **Los conquistados**. Bogotá: Tercer Mundo Ediciones; FLACSO, 1992, p. 437-449.

RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. **Inflexión decolonial**: fuentes, conceptos y cuestionamientos. Colômbia: Universidade del Cauca, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Introdução. In: _____. (Org.). **Epistemologias do Sul**. SP: Cortez. 2010, p. 15-30.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Discurso constitucional colonial**: um olhar para a decolonialidade e para o “novo” Constitucionalismo Latino-Americano. Revista pensar, Fortaleza, v. 21, n.1, p. 271-297, jan./abr. 2016.

TRECCANI, Girolamo Domenico. **Terras de quilombo**: caminhos e entraves do processo de titulação. Belém: Secretaria Executiva de Justiça. Programa Raízes, 2006.

A extinção da fauna silvestre e os desafios para a preservação da biodiversidade brasileira

Kamila Godinho Finamor¹

Nina Disconzi²

Luiz Ernani Bonesso de Araujo³

Introdução

A crescente consciência e preocupação com a conservação da biodiversidade e outras questões ambientais fazem com que esse tema seja relevante a ter uma abordagem necessária tanto

¹Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSM. Bacharel em direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus, membro do Grupo de Pesquisa em Direito Animal (GPDA) da Universidade federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: godinhokamila@gmail.com.

²Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Letras, pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) e em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora do Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" - Mestrado em Direito - da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Vice Líder do Grupo de Pesquisas cadastrado no CNPq denominado CEPEDI - Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Constitucional e Direito dos Animais (GPDA) Coordenadora Substituta do Curso de Direito Noturno da UFSM. Atua nas linhas de pesquisa: Direito Constitucional, Direito e Internet. Direito dos Animais. Democracia. Direitos emergentes e Sociedade em Rede. E-mail: ninadisconzi@uol.com.br.

³Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Colaborador do Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" - Mestrado em Direito - da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Agrário e Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: direito ambiental, ambiental, sociedade de risco, Mercosul e meio ambiente. E-mail: luiz.bonesso@gmail.com.

entre pesquisadores quanto da população em geral. Há anos já se tem a problemática da questão ambiental e sua acelerada destruição contribui como um alerta para uma tragédia anunciada.

Nesta senda, destina-se o presente estudo à pesquisa da extinção da fauna no Brasil bem como a preservação da biodiversidade que tem um papel fundamental na regulação dos ecossistemas naturais.

O estudo será realizado através de uma metodologia de abordagem dedutiva, partindo-se uma análise acerca da importância da biodiversidade como um todo e, posteriormente, adentrar especificamente nas maneiras de extinção da fauna.

Como método de procedimento será utilizado o método bibliográfico, através da técnica de pesquisa por fichamento de obras para um entendimento pleno do conteúdo com o intuito de enriquecer o trabalho com os pensamentos de doutrinadores importantes sobre o tema.

Quanto aos capítulos, apresenta-se em um primeiro momento do texto a questão sobre a biodiversidade, seu conceito incorporado durante a Convenção sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio-92. Há a continuidade da visão de biodiversidade como referência a diversidade de espécies, descoberta, conhecimento e o não conhecimento destas até sua extinção.

No segundo capítulo, parte-se da biodiversidade para o conceito de fauna silvestre como um conjunto de animais que vivem em determinado local afastado do ser humano, assim como para o ponto da “superioridade” do homem sobre a natureza e o exercício do antropocentrismo sem limites. O especismo praticado pelo homem como a maioria das causas de extinção da fauna exercitada através da caça, pesca e mudanças climáticas. Em relação a caça será apresentada jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde teve um parecer positivo sobre a vedação de caça esportiva no estado. Também é demonstrada as

espécies em extinção por meio de informações do Livro Vermelho da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção.

E na terceira, e última, parte do artigo apresentam-se as legislações referentes a proteção da fauna entre elas a Lei 5.197 de 1967, a Constituição Federal de 1988 e Lei 9605 de 1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais. Neste momento será abordada a questão da educação ambiental através da conscientização como uma possível solução para a preservação ambiental. Apresenta-se como exemplo o Programa Nacional para Comunicação e Educação Ambiental- ProNEA que visa implementar ações de educação para as organizações governamentais e não-governamentais realizar o planejamento e implementação de ações de educação ambiental

Ademais, o Brasil possui uma grande biodiversidade e uma tutela normativa que resguarda o direito a conservação da fauna, embora muitas vezes não efetiva tendo em vista a transformação da sanção em serviços à comunidade, por exemplo. Somada a proteção legislativa, necessita-se de um papel mais forte tanto do Poder Público quanto da população, uma vez que é de interesse de todos a conservação da biodiversidade para um meio ambiente sadio, inclusive como uma herança para as gerações futuras.

Portanto, no que diz a extinção da fauna, registra-se ser um problema de ordem universal, uma vez que com o desaparecimento de muitas espécies que compõem um ecossistema possivelmente haverá um colapso no meio ambiente. Logo, é necessária uma reflexão sobre o tema, uma vez que a espécie humana depende diretamente do meio ambiente para sua sobrevivência.

1 A fauna silvestre como um dos pilares para o equilíbrio ambiental e a conservação da biodiversidade

A fauna desempenha a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, e assim considera-se como um bem de uso comum

do povo, indispensável à qualidade de vida, criação de um ambiente sadio e de sobrevivência para todas as espécies (FIORILLO, 2014).

Os animais nativos são os que vivem naturalmente fora do cativeiro, possuem seu habitat natural nas matas, florestas, nos rios e mares constituindo a fauna silvestre. Esta tem sua função ecológica destacada no artigo 225, § 1º, VII da Carta Magna (BRASIL, 2017) no momento que se veda as atividades como a extinção das espécies e a crueldade contra as mesmas.

Somada a finalidade ecológica, que inclui assegurar a existência da espécie e reintroduzir a espécie desaparecida, há a finalidade recreativa que ainda possui divergências quanto aos direitos dos animais. Tais divergências se referem na questão do choque entre o direito ao lazer, dos humanos, versus direito de preservação ambiental.

Diante deste conflito, em que ambos os direitos são difusos e provenientes da mesma raiz jurídica ambiental, deve-se analisar o conflito conforme o princípio do desenvolvimento sustentável (FIORILLO, 2014). Assim, de acordo com o caso concreto, seria necessário sopesar entre a prevalência de um exercício ambiental vinculado ao lazer ou à preservação da função ecológica da fauna.

Evidentemente, a fauna é uma grande parte de toda a biodiversidade que engloba não somente um considerado número de espécie animal, mas vegetal e os diferentes habitats e ecossistemas que esses seres vivos habitam.

É importante registrar que o termo biodiversidade se tornou conhecido mundialmente a partir da segunda metade da década de 1980 nos Estados Unidos, com a realização do Fórum Nacional da Biodiversidade. No Brasil, a palavra biodiversidade foi incorporada pela mídia, principalmente durante a preparação da Rio-92 também conhecida como Conferência sobre o meio Ambiente e Desenvolvimento (MARTINS; SANO, 2009).

Para Junges (2010), o Brasil possui uma grande biodiversidade e inclusive uma rica diversidade cultural de formas

de trato com a natureza e de interações locais com os ecossistemas. O mesmo país é detentor da maior floresta tropical e possuidor de grandes reservas de água doce. Em consequência, essa riqueza natural aumenta a responsabilidade tanto das discussões internacionais sobre mudanças climáticas, por exemplo, quanto uma responsabilidade interna da defesa do meio ambiente. Também afirma que a biodiversidade cumpre um papel essencial na regulação dos ecossistemas naturais e um papel ecológico fundamental para os processos de regulação para a sobrevivência da humanidade.

Não há dúvidas de que a biodiversidade refere-se à diversidade de espécies e a interação entre sistemas biológicos e condições ecológicas explica a evolução e a diversificação das espécies (JUNGES, 2010).

Em relação às espécies que foram descobertas e descritas pelo homem, a maior parte identificada se refere aos insetos, por volta de 750.000, e mamíferos 4.000 aproximadamente. É notório que as espécies animais possuem uma importante função nos ambientes. Em riqueza de espécies, o Brasil é líder mundial em diversidade de primatas, anfíbios, peixes de água doce, insetos e ocupa a terceira posição em número de espécie de aves (BENSUSAN, 2008). Já com relação aos peixes, o Brasil possui a maior diversidade do mundo, com mais de 3.500 espécies conhecidas, representando cerca de 11% do total de espécies catalogadas para o mundo (MARTINS; SANO, 2009).

Há de ser contundente que o conhecimento de todas as espécies do planeta é praticamente difícil de ser atingido, pois há vários obstáculos como, por exemplo, a dificuldade de onde essas espécies vivem: seja no topo de árvores ou no fundo dos oceanos.

Além dos motivos citados acima sobre o não conhecimento das espécies, existe um motivo mais sério e difícil de solucionar que é o desaparecimento das espécies antes que se possa conhecê-las. Registra-se que esse desaparecimento acontece muitas vezes sem a intervenção do homem seja quando a espécie por si só é

extinta, seja pela não reprodução, expulsão por outras espécies introduzidas ou por predadores do mesmo habitat.

No entanto, a razão para que ocorra a extinção das espécies que preocupa biólogos e cientistas da área são principalmente: a alteração do ambiente por poluentes químicos, mudança climática, caça e pesca excessiva (BENSUSAN, 2008). Esses indicadores serão vistos mais detalhadamente no capítulo seguinte onde serão apresentadas as principais causas das espécies da fauna selvagem, bem como o número aproximado de animais em extinção nas terras brasileiras.

2 As principais razões que ocasionam a extinção das espécies nativas

Como já citado no capítulo anterior, a fauna silvestre é um conjunto de animais que vivem em determinado local afastado do ser humano. Como um bem ecológico, a fauna pertence à coletividade e deve ser protegido para as presentes e futuras gerações.

Pelo artigo 82 do Código Civil Brasileiro de 2002, os animais são bens semoventes, por isso o direito protege indiretamente ao tutelar como patrimônio do homem (BRASIL, 2017). Infelizmente, os animais ainda são como coisas no ordenamento jurídico do Brasil, diferente de outros países como Portugal, Espanha e Suíça que já possuem legislações mais avançadas nesse sentido.

Na Constituição, a fauna é abordada nos arts. 23, VII, 24 VI, 225, § 1º, VII. Pela Carta Magna, há proteção da fauna, aos maus-tratos contra os animais mostrando uma interpretação de um ecocentrismo ativo apesar da predominância do antropocentrismo (CASTRO, 2006).

Ocorre que o homem ainda possui uma visão retrógrada e vê o animal como um ser inferior e como propriedade, sem levar em consideração o seu bem estar e o seu direito a vida. Nessa

senda, o homem automaticamente acaba praticando o especismo que tem como significado uma discriminação do homem contra outras espécies, neste caso a espécie animal. Esse termo foi criado pelo filósofo Richard Ryder, uma vez que tanto o especismo quanto o racismo são formas de preconceito que se baseiam na aparência física (LEVAI, 2004).

Com isso, o ser humano com sua premissa de superioridade racial na busca pelos interesses econômicos acaba contribuindo para o acelerado desaparecimento das espécies, paisagens, ecossistemas e a perda de biodiversidade (BENSUSAN, 2008).

De acordo com Sirvinkas (2015) A extinção da fauna geralmente é causada por vários fatores entre eles a caça predatória que se divide em: caça profissional, aquela que é praticada para fins comerciais, conhecida como caça profissional; e para fins de agrado próprio, conhecida como caça sanguínea, uma vez que o animal é morto sem utilidade. A caça profissional tem como objetivo o lucro com a venda do produto ou subproduto extraído do animal silvestre como, por exemplo, carne e couro.

Registra-se que a caça predatória foi expressamente proibida pela lei de proteção à fauna, Lei nº 5.197/67 em seu artigo 2º que dispõe a proibição do exercício a caça profissional (BRASIL, 2017).

Já a caça não predatória, aquela que é praticada com uma finalidade específica é dividida em: caça de controle que se destina à proteção da agricultura e da saúde pública e é permitida apenas com prévia licença da autoridade competente quando os animais silvestres estiverem destruindo a plantação ou matando o rebanho, bem como colocando em risco a vida humana; a caça esportiva ou amadorista é destinada as pessoas que possuem devida autorização do Poder Público que poderá conceder essa licença em regiões determinadas para esse tipo de esporte amador (SIRVINKAS, 2015).

Embora não sendo o objetivo deste artigo a análise de jurisprudências, é interessante citar a decisão histórica ocorrida em 2008 em relação a cada predatória, no Estado do Rio Grande do Sul em embargos infringentes da Ação Civil Pública proposta pela Associação Civil União pela Vida com vistas à vedação da caça amadorista no estado, como demonstra o acórdão a seguir:

AMBIENTAL. **CAÇA AMADORÍSTICA. EMBARGOS INFRINGENTES EM FACE DE ACÓRDÃO QUE, REFORMANDO A SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA COM VISTAS À VEDAÇÃO DA CAÇA AMADORISTA NO RIO GRANDE DO SUL, DEU PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES PARA JULGAR IMPROCEDENTE A ACTIO. PRÁTICA CRUEL EXPRESSAMENTE PROIBIDA PELO INCISO VIIDO § 1º DO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO E PELO ART. 11 DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS, PROCLAMADA EM 1978 PELA ASSEMBLÉIA DA UNESCO, A QUAL OFENDE NÃO SÓ I. O SENDO COMUM, QUANDO CONTRASTADO O DIREITO À VIDA ANIMAL COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER DO HOMEM (QUE PODE SER SUPRIDO DE MUITAS OUTRAS FORMAS) E II. OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO, MAS TAMBÉM APRESENTA RISCO CONCRETO DE DANO AO MEIO AMBIENTE, REPRESENTADO PELO POTENCIAL TÓXICO DO CHUMBO, METAL UTILIZADO NA MUNIÇÃO DE CAÇA. PELO PROVIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES, NOS TERMOS DO VOTO DIVERGENTE. Com razão a sentença ao proibir, no condão do art. 225 da Constituição Federal, bem como na exegese constitucional da Lei n.º 5.197/67, a caça amadorista, uma vez carente de finalidade social relevante que lhe legitime e, ainda, ante à suspeita de poluição ambiental resultante de sua prática (irregular emissão de chumbo na biosfera), relatada ao longo dos presentes autos e bem explicitada pelo MPF. Ademais, i. proibição da crueldade contra animais - art. 225, § 1º, VII, da Constituição - e a sua prevalência quando ponderada com o direito fundamental ao lazer, ii. incidência, no caso concreto, do art. 11 da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada em 1978 pela Assembléia da UNESCO, o qual dispõe que o ato que leva à morte de um**

animal sem necessidade é um biocídio, ou seja, um crime contra a vida e iii. necessidade de consagração, in concreto, do princípio da precaução.3. Por fim, comprovado potencial nocivo do chumbo, metal tóxico encontrado na munição de caça.4. Embargos infringentes providos. (TRF-4 - EIAC: 21481 RS 2004.71.00.021481-2, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 13/03/2008, SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: D.E. 02/04/2008) (BRASIL, 2017) (grifos nossos)

Essa decisão realmente foi importante uma vez que o Tribunal da 4ª região julgou inconstitucional esse caça “esportiva” por violar interesse público e também o direito à vida do animal.

Existe ainda a caça de subsistência que consiste em manter a subsistência do caçador e de sua família, não é considerada crime ambiental e geralmente é realizada por índios, caboclos, caiçaras, que, por viverem em local distante do centro urbano, E a caça científica que é permitida aos cientistas para a coleta de material para utilização e constatação de novos remédios com a finalidade de descobrir a cura para doenças, permitida pela Lei n. 5.197/67 em seu art. 14 (SIRVINKAS, 2015).

Em contraponto as caças anteriores, cita-se a caça de controle que, em um primeiro momento possa parecer contraditório ou uma apologia à caça, mas neste caso a caça se destina ao reequilíbrio do ecossistema em razão do aumento populacional de alguns animais. Sobre a questão, Fiorillo questiona em sua obra se a caça de controle a fauna silvestre deixaria de ter função ecológica, pois esta reflete a harmonia entre a existência da espécie e o habitat em que vive. O autor defende que haja uma ponderação antes de optar pela caça de controle entre a atividade de manejo ecológico e avaliar o problema do impacto ambiental (FIORILLO, 2014).

Além da caça, a pesca e a poluição das águas são outros fatores que também colaboram para a extinção da fauna aquática. A pesca em períodos proibidos como, por exemplo, em período de

reprodução dos peixes, e a prática esportiva, quando o peixe depois içado com o anzol é devolvido à água, ocorre habitualmente em rios, lagos e pesqueiros.

Neste último caso, a prática é desenvolvida sob o argumento de que o animal não sente dor e que também não morrerá pelo fato de ter sido pescado. Levai (2004) em sua obra aponta como um raciocínio errôneo, tendo em vista que há razões suficientes para que peixe sinta dor e com o esforço físico intenso do peixe fígado, ao ser liberado pode se tornar uma presa aos predadores existentes no ambiente. Alega também que o estresse da situação pode também deprimir o sistema imunológico desse animal tornando mais suscetível para o desenvolvimento de doenças.

Por fim, mas não menos importante, cabe abordar a mudança climática e o desgaste do meio ambiente como fatores que acirram a extinção de animais nativos. O aquecimento global tem afetado diretamente ecossistemas terrestres e marinhos. Sobre essa questão, Sirvinkas (2015) afirma que em decorrência da mudança climática, existe a fuga de espécies animais para lugares mais frios pelo aumento da temperatura em regiões por elas habitadas.

Em relação ao desgaste do meio ambiente, este vem ocorrendo de forma acelerada tanto pelo aumento populacional do ser humano quanto pela destruição dos habitats naturais. Pode-se dizer que se está em uma contagem regressiva para nos apressar a adquirir conhecimento sobre política de conservação e desenvolvimento pelos séculos que estão por vir (WILSON, 1997).

Sobre o número de animais em extinção, o Brasil elaborou sua primeira lista de espécies ameaçadas de extinção em 1968 e depois disso publicou quatro atualizações, a mais atual publicada em 2014. Ao longo desses anos, o processo de construção da lista de espécies ameaçadas foi se aprimorando e a maior parte de espécies em extinção no Brasil pertence a Mata Atlântica, conforme Sirvinkas (2015).

Atualmente, pela última atualização da lista de animais em extinção publicada pelo Livro Vermelho da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção, através do Instituto Chico Mendes o Brasil soma hoje 1.173 espécies da fauna ameaçadas no Brasil e outras 10 são consideradas extintas ou extintas no território brasileiro (INSTITUTO, 2017).

Com isso, a escassez da fauna repercute de um modo negativo na manutenção e no equilíbrio ecológico que é essencial a uma boa qualidade de vida. Também há de se considerar que ruptura do habitat é uma grande ameaça à biodiversidade, visto que provoca remoção imediata da fauna nativa e desaparecimento ou diminuição das espécies.

Diante disso, é importante o estudo e o conhecimento das leis ambientais e a atuação da população para a conservação da fauna e conseqüentemente da biodiversidade como será visto no capítulo seguinte. Registra-se que a diversidade biológica, que abriga a vida em todas as suas formas, tem um valor em si mesma independente do valor econômico atribuído pelos humanos. O homem como um ser racional faz parte dessa biodiversidade há muitos anos e tem o dever de protegê-la antes que ela venha deixar de existir.

3. A (in)efetividade das leis ambientais e a educação ambiental para a preservação da fauna

A biodiversidade como visto nos capítulos anteriores significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens compreendendo os ecossistemas marinhos e terrestres em que fazem parte compreendendo a diversidade dentro de espécies entre espécies (SIRVINKAS, 2015).

Para a sua perpetuação, busca-se através da Política Nacional da Biodiversidade manter e conservar a biodiversidade de todas as formas de vida do país. A respeito dessa Política, no ano de 2002 foram instituídas a partir do Decreto nº. 4.339, com base

daqueles estabelecidos na Convenção sobre Diversidade Biológica e na Declaração do Rio, ambas no ano de 1992, princípios como, por exemplo: a) **as nações são responsáveis pela conservação de sua biodiversidade** e por assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente e à biodiversidade de outras nações ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional; c) 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 de preservá-lo para as presentes e as futuras gerações** (BRASIL, 2017), (grifos nossos).

No entanto, muito antes do surgimento dos princípios da PNB, registra-se na década de 60, a promulgação da Lei 5.197 em 1967, alterada pela Lei 7.653 de 1998, que dispõe sobre a proteção à fauna (BRASIL, 2017). Nesta lei, os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que constitui a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o objetivo de efetivar o meio ambiente sadio determinou uma série de deveres ao Poder Público arroladas no incisos I a VII do artigo 225 (BRASIL, 2017). Neste caso, novamente ressaltou a proteção da fauna brasileira como manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera, então com garantia constitucional, dando uma maior robustez às legislações vigentes.

A mais recente lei para a proteção da fauna é listada como a Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605 de 1998 (BRASIL, 2017) que além de englobar todos os animais, tanto a fauna brasileira quanto os animais domésticos que incumbe sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades que possam causar lesão ao meio ambiente.

Embora a Lei de Crimes Ambientais tivesse o mérito de modificar as agressões praticadas contra animais para crimes

tipificados e, com isso, provocar um avanço legislativo, o problema referente à dosagem da pena é muito favorável ao infrator (LEVAL, 2004). Assim, aquele que comete um delito contra a fauna na teoria está sujeito à multa ou prisão, mas na prática esta sanção acaba sendo substituída por medida restritiva de direitos ou prestação de serviços à comunidade.

Apesar de muitas vezes haver impunidade quando se trata de crimes contra a fauna em virtude de uma negociação da pena para o infrator, e comportamentos humanos que visam prejudicar a fauna silvestre, a Lei de Crimes Ambientais, a Política Nacional da Biodiversidade e a Carta Magna ainda constituem instrumentos jurídicos capazes de invocar a defesa dos animais.

Todavia, para uma efetividade considerada desses recursos, as pessoas devem exigir uma fiscalização mais severa para a preservação da fauna no meio ambiente, significando esse ato também como uma forma de exercer a cidadania. Outra maneira importante para que haja uma conscientização das pessoas para a manutenção da biodiversidade é através de uma educação ambiental.

Com base na Lei 9.795 de 1999, se entende por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (BRASIL, 2017).

Bensusan (2008) entende que a educação ambiental é um dos meios mais importantes e de maior poder de disseminação de ideias e práticas conservacionistas de um modo de vida sustentável. Inserida tanto da educação formal quanto na educação informal, a educação ambiental é por si mesma uma prática pedagógica que pode ser realizada de uma forma integrada com outras ações em conjunto com a população em geral.

É notório que para gerar um efeito maior a longo prazo, a Educação Ambiental deve ser ministrada desde o ensino básico,

para que as gerações futuras possam crescer com uma mentalidade voltada para a preservação da fauna e da biodiversidade. Com isso, há a facilidade de originar e promover políticas públicas que visem a utilização sustentável dos recursos naturais.

Ainda nesta senda sobre a educação do meio ambiente e conscientização pública relacionada à biodiversidade, Ross e Becker (2012) entendem que:

Para que haja essa mudança de rumos deverá ser traçada uma estratégia para o pleno desenvolvimento humano e da natureza, assim será necessário a implementação de programas capazes de promover a importância da Educação Ambiental, a importância da adoção de práticas que visem à sustentabilidade e a diminuição de qualquer impacto que nossas atividades venham a ter no ecossistema que nos cerca e nos mantém (ROSS; BECKER, 2012).

A fim de corroborar a importância da educação ambiental para todos é importante salientar a iniciativa pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) em parceria com o Ministério da Educação, do Programa Nacional para Comunicação e Educação Ambiental - ProNEA. Este programa além de implementar ações de educação é um alicerce de referência para as organizações governamentais e não-governamentais realizar o planejamento e implementação de ações de educação ambiental. As ações estratégicas do Programa incluem a formação de instrutores, assim como ações de educação presencial e através do rádio e televisão, além de publicações e capacitação em educação ambiental (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2011).

Como última atualização, o ProNEA junto da educação ambiental do Ministério do Meio Ambiente (MMA) e do Ministério de Educação (MEC), articuladas à Rede Brasileira de Educação Ambiental (Rebea) disponibilizou até julho de 2017 uma plataforma para consulta pública e sugestões para o programa

(INSTITUTO, 2017). O objetivo é contribuir para a atualização do programa a partir de diálogos sobre os temas listados ou outros considerados apropriados por educadores ambientais em todo o Brasil.

Por fim, com o entendimento de que tudo se resume a uma questão ética de um modo que se valorize os mundos naturais nos quais os humanos se desenvolvem e agora cada vez mais entender o *status* do homem como indivíduo inerente ao sistema (WILSON, 1997). Logo, a preservação fauna deve ser realizada tanto pelo Poder Público quanto pelo ser humano, através da supremacia de valores ambientais para que se mantenham os processos ecológicos evolutivos e para oportunizar às futuras gerações um ambiente sadio e habitável.

Considerações finais

Com base no trabalho apresentado, mostrou-se a relevância da pesquisa do tema sobre a biodiversidade e a destruição da fauna nativa, tendo em vista que a preocupação do ser humano gira em torno de um instinto predatório contra a natureza, buscando na maioria das vezes o valor econômico e não o ambiental.

O artigo teve por finalidade a análise específica da biodiversidade brasileira, sua importância para as adaptações dos seres vivos e seu papel fundamental para a sobrevivência da humanidade. Assim como a função que a fauna desempenha para a continuidade do equilíbrio dos ecossistemas e como detentora de uma grande parte de toda a biodiversidade. Não é demais lembrar que o país tem uma considerada responsabilidade nas discussões nacionais e internacionais sobre mudanças climáticas, uma vez que o problema da degradação ambiental é transfronteiriço.

Também ultrapassa fronteiras, o antropocentrismo exagerado e ultrapassado do homem quando, pelo seu olhar, o animal passa a ser visto como uma espécie inferior e sem que seu

bem-estar e o seu direito a vida sejam considerados. Consequentemente o ser humano acaba por praticar o especismo como uma forma de racismo entre as espécies.

Em relação a extinção das espécies foi tratado de modo detalhado a caça predatória que dividiu-se em caça profissional e caça sanguinária; caça de subsistência, que não é considerada crime ambiental, e a caça científica. Ainda tratando-se da caça, foi fundamental a explanação da jurisprudência do TJRS para que todos possam ver a caça “esportiva” com uma visão diferente, ou seja, não como um esporte, mas como um ato de violência contra os animais. Em matéria de prática esportiva, tratou-se da pesca por esporte que é uma maneira cruel de sofrimento do peixe, por exemplo.

Foi confirmado pela doutrina que a maior parte de espécies em extinção no Brasil pertence à Mata Atlântica e essa carência da fauna repercute de um modo negativo na conservação e no equilíbrio ecológico que é fundamental para uma boa qualidade de vida. Também por meio do Livro Vermelho da Fauna Brasileira Ameaçada de Extinção, soma hoje aproximadamente 1.173 espécies da fauna ameaçadas no Brasil, um dado infeliz para a quantidade de biodiversidade que o país possui.

Nesse interim, para a perpetuação da biodiversidade, a Política Nacional da Biodiversidade através de seus princípios busca a manutenção e conservação da biodiversidade de todas as formas de vida do país. Para a proteção mais específica da fauna, percebe-se um conjunto de legislações que protegem a fauna, mesmo que na prática o resultado não seja o desejado como, por exemplo, a “negociação” de sanções penais por apenas prestações de serviços à comunidade, não configurando uma pena digna e com isso deixando o infrator impune de sua responsabilidade.

Ainda no sentido de uma resolução para o problema da extinção as pessoas devem exigir do Poder Público uma fiscalização mais severa para a preservação da fauna no meio ambiente, significando esse ato também como uma forma de exercer a

cidadania. Contudo, a longo prazo, notou-se a educação ambiental como um meio esperançoso e eficaz para que através de programas e ações possam conscientizar as pessoas, inclusive os jovens da importância da conservação ambiental.

Assim, compreender o estado de conservação da biodiversidade é o marco inicial para um planejamento sistemático das medidas que devem ser tomadas para diminuir o risco de extinção das espécies, assegurar sua sobrevivência e consequentemente manter a funcionalidade dos ecossistemas.

Para um rearranjo eficaz, que permita e promova esse dever/querer da preservação da fauna brasileira, faz-se necessário que se cumpram alguns pressupostos: vontade para a conservação da biodiversidade pelo homem e o (re)posicionamento do cidadão não com uma sua posição superior, mas com uma posição igualitária das espécies por fazerem parte do mesmo ambiente.

Por fim, não foi por objetivo deste trabalho encerrar o tema, pelo contrário, teve-se a entender que o processo de preservação da fauna prossegue em um infinito questionamento entre gerações não para reverter, mas para não agravar mais a situação da biodiversidade brasileira.

Referências

BENSUSAN, Nurit. **Seria melhor mandar ladrilhar?: Biodiversidade – como, para que e por quê.** – 2. ed – Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto n. 4.339 de 22 de agosto de 2002.** Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4339.htm>
Acesso em: 29 ago. 2017.

_____. **Lei n. 5.197, de 03 de janeiro de 1967.** Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm> Acesso em: 29 ago. 2017.

_____. **Lei n 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. **Lei n 9.795, de 27 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm> Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Federal Regional Da 4ª Região. **Acórdão de decisão que deu reformando a sentença parcial deu provimento para julgar improcedente a prática cruel expressamente proibida pelo inciso VII §1º da Constituição Federal.** . EMBARGOS INFRINGENTES EM AC Nº 2004.71.00.021481-2/RS. Partes envolvidas: Associação Civil União pela Vida e Ministério Público federal e Federação Gaúcha de caça e tiro. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 13/03/2008. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1249256/apelacao-civil-ac-21481/inteiro-teor-13879816?ref=juris-tabs>> Acesso em 30 ago. 2017.

CASTRO, João Marcos Adede y. **Direito dos Animais na legislação brasileira.** – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** – 15. ed – São Paulo: Saraiva, 2014.

INSTITUTO CHICO MENDES. Disponível em: <

aberta-consulta-publica-sobre-educacao-ambiental>. Acesso em 30 ago. 2017

JUNGES, José Roque. **(Bio)ética Ambiental** – São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Quarto relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica: Brasil/Ministério do Meio Ambiente. Brasília: MMA, 2011. Disponível em:<http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/quarto_relatorio_147.pdf> Acesso em 30 ago. 2017

MARTINS, Márcio; SANO, Paulo Takeo. **Biodiversidade Tropical**. – São Paulo: UNESP, 2009.

ROSS, Alana; BECKER, Elsbeth Leia Spode. Educação ambiental e sustentabilidade. **Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental**. UFSM, Santa Maria, Rio Grande do Sul, v. 5, n. 5, p. 857-866, 2012.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito Ambiental**. – 13. ed – São Paulo: Saraiva, 2015.

WILSON, Edward Osborne. **Biodiversidade**. tradução de Marcos Santos, Ricardo Silveira – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

Apontamentos sobre a realização de um estado socioambiental de direito

Juliana Gonçalves de Oliveira¹

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar como as políticas públicas voltadas para o meio ambiente e para um desenvolvimento sustentável podem ser utilizadas como um importante instrumento para a realização plena do Direito Fundamental Intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, conseqüentemente, de um Estado Socioambiental de Direito.

Para um melhor entendimento, este estudo foi dividido em 3 (três) capítulos, onde estão delineados os seus objetivos específicos.

No Capítulo I poderá se verificar uma abordagem sobre o liberalismo econômico, preponderante nos séculos XVIII à XIX, e sobre o bem-estar social, conceito baseado nos direitos de segunda dimensão, que passou a dominar as Constituições pós-guerra. Neste contexto far-se-á uma pequena análise sobre como o Estado brasileiro passou a intervir na economia, superando o liberalismo, para tentar realizar o Estado de bem-estar social, que posteriormente evoluiu para um Estado Socioambiental.

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Pós-graduada em Direito Constitucional e Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha, Advogada. E-mail: juliana_g.deoliveira@live.com.

No Capítulo II será feita uma análise sobre os fundamentos do Estado Socioambiental, verificando o Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem com os Princípios da Solidariedade e da Sustentabilidade que fundamentam a proteção do referido direito para as presentes e futuras gerações, legitimam a cooperação entre entes públicos e privados, bem como, são considerados princípios estruturantes do Estado Socioambiental de Direito.

E por fim, no Capítulo III serão abordadas algumas possibilidades à cerca de políticas públicas para a efetivação de um meio ambiente sustentável, verificando-se, especificamente, a questão da educação ambiental, onde abordaremos as políticas já existentes no Estado brasileiro e demonstrando que a educação ambiental é um instrumento capaz de permitir a harmônica convivência entre economia, justiça social e meio ambiente.

A escolha do tema deu-se pela relevância que a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado tem em relação à proteção da vida humana, já que, hodiernamente, entende-se que a vida humana faz parte da natureza. Neste contexto, o Direito Fundamental ao meio ambiente mostra-se tanto como um direito da coletividade, oponível contra o Estado, quanto como um dever, do Estado, das Empresas e dos Cidadãos para com a preservação do *status quo* para as futuras gerações.

Ademais, a principal problemática enfrentada no trabalho é verificar a ocorrência, na época atual, de um Estado Socioambiental de Direito, que visa um desenvolvimento sustentável, onde economia, igualdade social e preservação ambiental são igualmente importantes, bem como, demonstrar os instrumentos que o Poder Público tem para garantir esta convivência solidária e sustentável.

1. Do liberalismo econômico ao estado socioambiental

No auge do liberalismo, em meados dos séculos XVIII e XIX, os Estados guiavam-se pelo abstencionismo econômico, pois se limitavam a atuar apenas como reguladores e garantidores das regras naturais de mercado, havia uma separação entre Estado e economia com predominância da livre iniciativa de mercado. Todavia, o progresso econômico fruto do liberalismo veio acompanhado de retrocessos sociais e ecológicos, o que culminou na mutação de um Estado liberal para um Estado intervencionista.

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014, p. 44) explicam que “o progresso econômico; a valorização do indivíduo, como centro e ator fundamental do jogo político e econômico; técnicas de poder como poder legal, baseado no direito estatal” são algumas das principais consequências do Estado liberal, que, ao lado dos impactos da Revolução Industrial, colaboraram para a formação de uma postura “ultra individualista” e “egoísta” dos indivíduos, bem como, para a formação do “proletariado”.

Em que pese a mudança de um Estado liberal para um Estado intervencionista tenha aberto as portas para o celebrado Estado de bem-estar social, interessante mencionar que no Brasil, bem como na grande maioria dos países latino-americanos, “a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade”, isto deu-se porque “o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviu tão somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população” (STRECK; MORAIS. 2014, p. 50-51).

Além da intervenção estatal visando minimizar as consequências negativas da livre concorrência, o fim da primeira Guerra Mundial trouxe a necessidade dos Estados em garantirem os interesses sociais dos cidadãos o que passou a exigir uma maior disciplina da liberdade econômica em prol da coletividade. Assim, no decorrer deste capítulo, analisaremos brevemente a evolução do constitucionalismo brasileiro.

1.1. Breve evolução do constitucionalismo brasileiro

No Brasil, desde a Constituição de 1934 iniciou-se um processo de intervencionismo estatal no domínio econômico, onde, pela primeira vez, houve a previsão de um Capítulo específico sobre a “Ordem Econômica e Social”, bem como, a preocupação com o “fomento da economia” em seu art. 117 e com o fato de que “a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e das necessidades nacionais” em seu art. 115.

No decorrer dos anos, todas as Constituições brasileiras que sucederam a de 1934 oscilaram entre aumentar e diminuir as garantias liberais, mas absolutamente todas incluíram em seu corpo um capítulo destinado a regular a intervenção estatal na economia. Já no que concerne à previsão do Meio ambiente como um bem jurídico que deve ser protegido para o bem das presentes e das futuras gerações, a Constituição de 1988 foi pioneira com a previsão expressa em seu art. 225.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 traz em seu corpo o Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, prevendo, em seu art. 170 a previsão de que a ordem econômica deve ser fundada “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, buscando sempre assegurar uma existência digna e a justiça social, além deste título, há diversas previsões relativas à economia no texto constitucional, como por exemplo, quando se trata da liberdade de profissão e de imprensa. Dentre os princípios norteadores da ordem econômica, a Constituição de 1988 trouxe os seguintes: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades, a busca pelo pleno emprego e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte.

Em que pese a defesa do meio ambiente ser um princípio norteador da ordem econômica, a cultura de consumo em que vivemos dificulta muito a conscientização da população quanto à

preservação do meio ambiente em detrimento de confortos e valores capitalistas.

Assim, percebe-se que o Constitucionalismo contemporâneo não abandonou completamente os ideais liberais, mas busca manter certa liberdade econômica ao mesmo tempo que se preocupa com o desenvolvimento sustentável e com a justiça social.

1.2 O Estado Socioambiental de Direito na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 prevê as três dimensões de direitos humanos e fundamentais, sendo que a primeira é resultante da concepção liberal do Estado de Direito, representada pelas liberdades individuais e pelos direitos de resistência oponíveis ao Estado. Vários são os dispositivos que demonstram a presença dos ideais do liberalismo econômico na Constituição, em especial o art. 173, que restringe a atividade Estatal na economia nos casos expressamente previstos na Constituição ou quando relevante interesse social. Dessa maneira, notório o compromisso que o Estado contemporâneo possui com o liberalismo econômico, mas também é evidente a sua função reguladora e protetora, principalmente no que diz respeito à garantia de valores sociais e ambientais.

Por ser um país de modernidade tardia, no Brasil o Estado de bem-estar social não fora efetivamente concretizado, principalmente diante das incorporações nacionais de perspectivas europeias, as quais são em demasia distantes do cenário social, normativo, econômico e cultural brasileiro. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck (2003, p. 259-260) destaca que o Estado Social no Brasil se tornou uma mera abstração, que acabou por concretizar ainda mais diferenças sociais, nas palavras do autor, “as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de serem efetivadas”.

Portanto, ao mesmo tempo em que o Brasil defende uma economia de mercado, intervém e regulamenta questões de índole social, principalmente quando a economia representa uma barreira ou um dificultador ao desenvolvimento comunitário. Passa a ser assim, um Estado associado, fomentando a econômica e impulsionando o mercado, mas sem deixar de atender aos valores sociais e ambientais, os quais são indispensáveis à vida em sociedade de maneira harmônica. Tal perspectiva foi materializada no art. 170 da Constituição Federal, conforme nos ensina Liane Francisca Hüning Birnfeld (2013, p. 39):

Ao mesmo tempo que a Constituição determina como princípio geral da ordem econômica a livre concorrência e a propriedade privada, também estabelece como princípio econômico a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

A Constituição Federal de 1988 demonstra uma preocupação em equilibrar os mais diversos interesses existentes por trás das suas disposições, sejam eles decorrentes das regras de mercado e do liberalismo, ou resultantes de lutas e movimentos sociais por direitos e garantias individuais e coletivos. O século XX inaugura uma nova fase de compreensão social e constitucional, marcada pela rejeição ao mito da auto-regulamentação do mercado, a partir desse panorama, a Constituição deixou de ser um mero instrumento de governo e passou a determinar metas e diretrizes para a sociedade e para o Estado.

Considerada uma das mais democráticas, a Constituição de 1988 disciplinou em capítulos separados a ordem econômica e a social no seu texto, ainda, priorizou um Estado com caráter mais humano, distinto daquele observado no paradigma liberal. Baseado nessas premissas que, ao menos formalmente, surge o Estado do bem-estar social no Brasil, o qual pode ser observado no próprio

preâmbulo da Constituição Federal. Assim, o Estado Social possibilitou assegurar e proteger os direitos sociais, bem como chamou para si a responsabilidade por regulamentar o domínio econômico, social e cultural, mediante atividades efetivas.

Grande parte dos dispositivos constitucionais são reflexos dos compromissos social, econômico e cultural que surgiram ao longo do século XX e primam pela atuação positiva do Estado, dentre eles, cabe destacar o art. 255, que trata da defesa do meio ambiente e o art. 129, que determina a proteção do meio ambiente como função do Ministério Público, ambos representam direitos de terceira dimensão (solidariedade e fraternidade), que caracterizam-se pela transindividualidade, pois visam a proteção do todo social. Esses direitos de terceira dimensão, em especial o compromisso constitucional com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, fizeram surgir o chamado Estado de bem-estar ambiental ou Estado Socioambiental, objetivando a tutela do ambiente.

Superada a questão do surgimento do Estado Socioambiental de Direito, necessário esclarecer alguns pontos sobre seus princípios estruturantes e direitos fundamentais, o que verificaremos no capítulo seguinte.

2. Fundamentos do estado socioambiental

Seguindo no entendimento de que a positivação dos direitos de terceira dimensão e o direito/dever à proteção dos direitos coletivos colaborou para a configuração do Estado Socioambiental, surge a necessidade de analisarmos melhor o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, previsto no art. 225 da CF, bem como os princípios da solidariedade e da sustentabilidade, estruturantes do Estado Socioambiental.

2.1. O Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

O Estado Socioambiental fundamenta-se, basicamente, no direito fundamental à vida, que depende de um meio ambiente saudável e equilibrado para se manter. Todavia, antes de adentrarmos na problemática do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado cabe esclarecer a discussão acerca da perspectiva antropocêntrica e ecocêntrica do Direito Ambiental.

Na visão antropocêntrica, a principal finalidade do direito ambiental seria a de preservar a vida humana, já na visão ecocêntrica, o foco principal é a defesa do próprio ambiente e da natureza. Nos anos 70, a legislação de defesa do meio ambiente tinha um enfoque basicamente antropocêntrico, mas, atualmente, tem havido uma mudança de entendimento, onde se considera que o homem também é parte da natureza e é justamente este o entendimento trazido pela Constituição Federal de 1988, a de um antropocentrismo alargado que assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao mesmo tempo que impõe o dever de proteção e conservação para as futuras gerações, tanto para o Estado quanto para os cidadãos.(BIRNFELD, 2013)

Ressalta-se que a Constituição de 1988 foi a única a tratar de forma explícita a proteção ambiental, consagrando o meio ambiente tanto como direito dos cidadãos, quanto como fim e tarefa do Estado.

José Rubens Morato Leite e Germana Parente Neiva Belchior (2014) afirmam que o antropocentrismo alargado centraliza a preservação do meio ambiente na garantia da dignidade do homem, negando a visão estritamente econômica do ambiente, considerando o homem como um ser racional que vê uma autonomia do ambiente como requisito para a sobrevivência humana. Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 24) menciona que a Constituição de 1988 é claramente

antropocêntrica, vez que consagra a dignidade humana como um princípio basilar, todavia, atualmente, fala-se em “antropocentrismo ecológico” ou alargado, o que significa dizer que o Princípio da sustentabilidade consagra tanto o âmbito ambiental, quanto o âmbito econômico e social.

Assim, ainda que a proteção constitucional ambiental não esteja totalmente separada da doutrina antropocêntrica, nota-se que legislador constituinte buscou atribuir ao meio ambiente uma dimensão diferenciada do conceito meramente unitarista. Feitas estas breves considerações, analisaremos, na sequência, mais especificamente o Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

O Direito ao meio ambiente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal, estabelece quatro aspectos a serem observados pelos intérpretes do Direito, quais sejam: uma relação jurídica entre o sujeito e o bem ambiental; o bem ambiental é de uso comum do povo e é essencial para a qualidade de vida; coletividade e poder público tem comum dever de defender o bem ambiental; e tal defesa deve se estender às futuras gerações (BIRNFELD, 2013).

Nesse contexto, José Afonso da Silva (1997) entende que a preservação do meio ambiente e do equilíbrio ecológico é uma forma de realizar os demais direitos fundamentais da pessoa humana, pois a qualidade do meio ambiente está diretamente ligada à qualidade de vida.

Morato Leite (2012, p. 23-24) nos ensina que a proteção ao meio ambiente tem alguns objetivos, quais sejam:

Propiciar maior compreensão do objeto estudado, qual seja: o meio ambiente. [...] Viabilizar o desenvolvimento de um conceito de direito ambiental integrativo, [...] Estimular a formação da consciência ambiental, indispensável para o exercício da responsabilidade compartilhada e a participação pública nos processos ambientalmente relevantes. [...] Favorecer a institucionalização de mecanismos mais compatíveis com a

natureza diferenciada dos problemas ambientais, priorizando a gestão de riscos que possam comprometer significativamente a qualidade do meio ambiente. [...] Possibilitar a juridicização de instrumentos capazes de garantir um nível de proteção adequado ao meio ambiente, fortalecendo os enfoques: preventivo e de precaução.

Dentro dos objetivos mencionados, principalmente no que diz respeito à compreensão do meio ambiente, o legislador constituinte não particulariza os seus elementos constitutivos, entretanto, mesmo antes da Constituição de 1988 a legislação ordinária já nos fornecia um conceito de meio ambiente, como, por exemplo, o conceito trazido no art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/1981 que entende como meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Além das previsões do art. 225, a Constituição, no Capítulo que trata da Ordem Econômica e Social, ratifica o dever de proteção ambiental. Habitualmente o conceito que tínhamos de desenvolvimento econômico era de uma “forma degradadora e poluidora, sem qualquer preocupação com a sustentabilidade ambiental dos recursos utilizados”, posteriormente, a Constituição passou a estabelecer uma “obrigatoriedade da preservação do meio ambiente, possibilitando inclusive um tratamento diferenciado”, assim, percebe-se que o dever de proteção ao meio ambiente não se esgota no art. 225. (BIRNFELD, 2013, p. 61)

De igual maneira, o constituinte protegeu as atuais e as futuras gerações, estabelecendo entre elas um compromisso de solidariedade intergeracional. Assim chegamos ao próximo tópico do trabalho que abordará os Princípios da solidariedade e da sustentabilidade.

2.2. Princípio da Solidariedade e Princípio da Sustentabilidade no contexto ambiental

Pela ótica da economia, temos que o desenvolvimento sustentável propõe uma exploração harmônica dos recursos naturais, a fim de se satisfaçam as necessidades da geração presente, sem que os interesses das gerações futuras restem comprometidos. (SILVA, 2003)

Assim, levando-se em conta o Princípio do desenvolvimento sustentável, temos que a defesa do meio ambiente está positivada em nossa Constituição, claramente, como limitadora da atividade econômica, nesse sentido, o tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental, previsto no art. 170 da Constituição, pode ser entendido como uma tributação extrafiscal, diferenciada e moldada de acordo com os comportamentos econômicos voltados para a preservação ambiental. No âmbito do Direito Interacional o desenvolvimento sustentável, que assegure o desenvolvimento da atual geração sem prejuízos para o desenvolvimento das futuras gerações também está firmado pela Assembleia Geral da ONU, de 1982, pela Declaração de Estocolmo, de 1972, pela Declaração do Rio e pela Agenda 21. (BIRNFELD, 2013)

Juarez de Freitas (2011) explica que a sustentabilidade pode ser representada por cinco dimensões interligadas, quais sejam: ambiental, econômica, social, jurídico-política e ética. A harmonia destas cinco dimensões garante o desenvolvimento sustentável que supre as necessidades das gerações atuais, sem comprometer o suprimento das necessidades das gerações futuras, logo, a plena realização do Princípio da sustentabilidade tende a garantir a solidariedade intergeracional.

O desenvolvimento econômico é indispensável para o crescimento de um país, mas não se pode, jamais, em prol do desenvolvimento econômico, desprezar a preservação ambiental e a justiça social, logo “a economia deve sim seguir seu curso sem

deixar ‘rastros’ de irresponsabilidade ambiental e social”. (BIRNFELD, 2013, p. 65) A partir desta consciência de desenvolvimento sustentável, onde proteção ambiental e desenvolvimento econômico caminham juntos em prol de uma melhora na qualidade de vida dos cidadãos, surgiu o termo “ecodesenvolvimento”.

O Estado é o instrumento adequado para atender as necessidades fundamentais dos cidadãos e tem como fim a realização do bem-estar social, da segurança e da justiça. Hodiernamente, superado o Estado-liberal, temos um Estado fundado na solidariedade entre Público e Privado, que impõe dever de defesa e preservação do meio ambiente a ambos, assim, a proteção ambiental ora aparece como direito, ora como dever. Nesse sentido, temos que o “princípio da solidariedade é o fundamento teórico-jurídico do Estado de Direito Ambiental, ou seja, um dos princípios fundantes do novo paradigma estatal” (LEITE; BELCHIOR, 2014, p. 33).

Assim, a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consta como um dever de todos, do Estado, dos órgãos Públicos e Privados, das pessoas físicas e jurídicas e não apenas para o bem-estar da população atual, mas sempre garantindo o um meio ambiente igualmente saudável para as futuras gerações. Logo, é a plena realização do Princípio da solidariedade, tanto no contexto dos entes responsáveis, quanto no contexto da solidariedade intergeracional.

O Estado Socioambiental é muito mais que um Estado Ecológico, um Estado Ambiental ou um Estado Social, possui um contexto mais amplo onde a sustentabilidade surge como um metaprincípio que deve ser projetado para todos os ambientes. (SARLET, 2014)

Confirmado que a sustentabilidade e a solidariedade são princípios basilares para a efetivação do Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como, são princípios estruturantes do Estado Socioambiental de Direito,

cabe-nos demonstrar instrumentos hábeis à plena realização destes, conforme, verificaremos no último capítulo.

3. Políticas públicas como instrumentos de proteção do meio ambiente

De início, para um melhor entendimento da problemática das políticas públicas de proteção ao meio ambiente, cabe-nos explicar brevemente a relação entre política pública e ambientalismo.

A palavra política deriva do grego *polis*, que significa limite, logo, política é a arte de definir um limite. Já o ambientalismo trata dos limites para a relação da sociedade com a natureza, assim, “resgatar a política é fundamental para que se estabeleça uma ética da sustentabilidade resultante das lutas ambientalistas”. (SORRENTINO, Marcos. et. al. 2005, p. 288).

Dentre as políticas públicas para o meio ambiente abordaremos, especificamente, a questão da educação ambiental, instrumento fundamental para a sustentabilidade, tanto no que diz respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quanto para a sustentabilidade e para a justiça social, conforme veremos nas seções a seguir.

3.1. Educação Ambiental como política pública

O Poder público tem o dever constitucional de prevenir os danos ambientais, bem como, de prover aos cidadãos políticas públicas que lhes garantam um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio. Nesse sentido, a educação ambiental surge como instrumento para a realização de uma sustentabilidade socioambiental, para tanto, deve ser analisada por uma ótica transdisciplinar e “pensando o meio ambiente não como sinônimo de natureza, mas uma base de interações entre o meio físico-

biológico com as sociedades e a cultura produzida pelos seus membros”. (SORRENTINO. et.al. 2005, p. 289)

As inúmeras práticas danosas ao meio ambiente além de prejudicarem a natureza nos colocam em uma encruzilhada, onde, ou mudamos a forma como exploramos os recursos naturais, vivendo de maneira mais sustentável, ou pereceremos em nossos próprios detritos. Para tanto, primordial a implementação, pelo Poder Público, de programas que sejam capazes de promover a importância de uma educação ambiental, para infiltrar na mente da população a importância de práticas de sustentabilidade e de diminuição de impactos no nosso ecossistema.

A educação ambiental, com foco na sustentabilidade acaba servindo para amplos propósitos, pois, além de colaborar com a preservação da natureza, auxilia os indivíduos e as comunidades que sofrem as consequências das práticas danosas e predatórias do meio ambiente, portanto, também colabora para a justiça social e para a configuração do Estado Socioambiental de Direito.

Em 1972, a Conferência de Estocolmo trouxe, no princípio 19 de sua Declaração² sobre o ambiente humano, a expressa previsão da educação ambiental como política pública, a partir daí, começaram as pressões internacionais para que os países introduzissem as políticas públicas ambientais em suas agendas. Para tanto, interessante transcrever o princípio 19 da referida Declaração, vejamos:

É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos e que preste a devida atenção ao setor da população menos privilegiado, para fundamentar as bases de uma opinião pública bem informada, e de uma conduta dos indivíduos, das empresas

² Declaração proferida na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, e, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade sobre a proteção e melhoramento do meio ambiente em toda sua dimensão humana. É igualmente essencial que os meios de comunicação de massas evitem contribuir para a deterioração do meio ambiente humano e, ao contrário, difundam informação de caráter educativo sobre a necessidade de protegê-lo e melhorá-lo, a fim de que o homem possa desenvolver-se em todos os aspectos.

Após tal previsão, com a pressão do âmbito internacional, o Brasil, em 1973, criou a Secretaria Especial do Meio Ambiente, ligada diretamente à Presidência da República, o que representou o começo da institucionalização da educação ambiental no âmbito do governo federal. Desse modo, atualmente, a demonstrada concepção de educação ambiental acabou sendo parcialmente empregada pela Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA), que será melhor abordada no tópico seguinte.

3.2. Tendências de educação ambiental no Brasil

Em nosso país, a educação ambiental vem sendo prevista na legislação ordinária desde 1981, quando a Lei nº 6.938, trouxe a previsão da educação ambiental como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme podemos observar da análise do texto do inciso X, do art. 2º, da referida lei, que assim dispõe:

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

[...]

X - Educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Posteriormente, um importante instrumento referente à educação ambiental é a Política Nacional de Educação Ambiental, instituída pela Lei nº 9.795/1999 e subsequentemente regulamentada pelo Decreto nº 4.281/2002 que instituiu o Programa Nacional de Educação Ambiental. Com tais dispositivos legais surgiu o compromisso de solidariedade entre os entes da Federação para promover uma educação para a sustentabilidade, afim de formar uma sociedade ambientalmente educada.

Atualmente, o Ministério da Educação e o Ministério do Meio Ambiente são os responsáveis pela Política e pelo Programa Nacional de Educação Ambiental e possuímos algumas políticas pública de ações sinérgicas e perspectivas sistêmicas, que possuem grande potencial para promover sinergia entre a educação formal e a educação não-formal, bem como conjugam esforços intersetoriais e favorecem a cidadania ambiental.

Em 2004, membros dos Ministérios do Meio Ambiente e da Educação reunidos, elaboraram o “Compromisso de Goiânia”³, documento que chancelou um pacto entre os representantes dos estados e municípios participantes com o Órgão Gestor da Política Nacional de Educação Ambiental, com proposições para ser envidado um esforço conjunto e colaborativo capaz de fixar a educação ambiental em todo o território nacional.

Deste documento, surgiu o programa Municípios Educadores Sustentáveis⁴ com o intuito de implementar e

³ Documento elaborado por técnicos representantes de Educação Ambiental e Dirigentes de Secretarias de Educação e de Meio Ambiente e órgãos vinculados dos Estados e das Capitais, reunidos em Goiânia, de 13 a 15 de abril de 2004, em encontro promovido pelos Ministérios do Meio Ambiente e da Educação, no marco do Órgão Gestor da Política Nacional de Educação Ambiental, em parceria com o Governo do Estado de Goiás e a Prefeitura Municipal de Goiânia. Disponível em: <http://www.fzb.rs.gov.br/upload/20130508144030compromisso_de_goiania.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

⁴ Cartilha “Programa Municípios Educadores Sustentáveis”, elaborada pelo Ministério de Meio Ambiente em 2015. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/educamb/_arquivos/mes_cartilha.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

promover ações integradas que potencializam a educação ambiental e a gestão municipal, tal programa tem o objetivo de transformar os espaços coletivos dos municípios em “espaços educadores”, que formem os municípios para a construção da cidadania ambiental e participação na gestão pública. Assim, a fim de auxiliar na implementação das políticas públicas e na formação de educadores ambientais surgiu o conceito de “coletivos educadores” com o papel de articular as instituições atuam com processos formativos nos municípios e compostos por pessoas ligadas a instituições, redes e movimentos sociais que atuam em processos formativos de educação ambiental.

Além dos coletivos educadores, uma política pública interessante para a educação ambiental são as “comissões de meio ambiente e qualidade de vida”⁵, com foco na educação ambiental que visam estimular o diálogo entre as escolas e a comunidade por meio de problemáticas socioambientais.

Assim, resta claro que a educação ambiental é uma política pública importante para pôr em prática o Direito Fundamental intergeracional à um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Outrossim, em que pesem as políticas públicas existentes no campo da educação ambiental, o Brasil ainda tem desafios a enfrentar para que possamos formar cidadãos responsáveis por uma melhoria da qualidade de vida da população e do mundo em que vivem, o que, claramente colabora para a realização plena do Estado Socioambiental de Direito.

Considerações finais

Por fim, conclui-se que o Estado Socioambiental visa romper com o paradigma liberal e ir além do Estado de Bem-estar

⁵ Livroto “Escola Sustentável”, elaborado pela Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (Secadi), vinculada ao Ministério da Educação, em 2012. Disponível em: <http://promea-rio.com.br/docs/26.Livreto_Escola_Sustentavel_isbn_final.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

social, para adotar um modelo socioeconômico, onde economia, bem-estar social e proteção do meio ambiente convivem de maneira harmônica e o princípio da sustentabilidade surge como um princípio estruturante do Estado. Não visa combater o liberalismo, busca meios para que os direitos sociais e o meio ambiente não sejam destruídos em prol do capital, mas sim que o capital, as conquistas sociais e a defesa ambiental cresçam juntos a fim de proporcionar uma vida saudável para as futuras gerações.

A defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não figura apenas na questão ambiental, mas também no campo dos direitos sociais, na economia e no reconhecimento de que esse é um direito Intergeracional, essencial à manutenção da vida saudável e digna das atuais e futuras gerações. Tal previsão não figura só no âmbito do texto constitucional brasileiro, mas nos documentos internacionais e na ampla maioria das Constituições segundo pós-guerra.

A sustentabilidade é entendida como um metaprincípio capaz de se projetar para tanto para o âmbito ambiental, quanto para o social e o econômico. Nesse sentido a proteção aos danos ambientais e a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado são direitos/deveres de todos, que devem agir de maneira solidária em prol da proteção ambiental.

O exercício do seu dever de proteção ambiental, o Estado deve promover políticas públicas com o objetivo de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, para tanto, a educação ambiental é fundamental para que os cidadãos e as comunidades criem consciência da necessidade de um desenvolvimento sustentável e de um uso responsável dos recursos naturais, para que as futuras gerações possam usufruir das mesmas (quicá melhores) condições ambientais que as gerações atuais. Ademais, somente a partir da educação e da conscientização poderemos romper com a cultura de consumo burguesa e optarmos pela

proteção do meio ambiente em detrimento de confortos e valores advindos dos modelos capitalistas de Estado.

Referências bibliográficas

- BIRNFELD, Liane Francisca Hüning. **A extrafiscalidade nos impostos brasileiros como instrumento jurídico-econômico de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado**. 2013. 299p. Tese – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituições Brasileiras**: Exposição organizada pelo Museu da Câmara dos Deputados, mostrando as Constituições brasileiras, suas principais deliberações e curiosidades. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano**. Estocolmo, 1972.
- BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto nº 4.281, de 25 de junho de 2002. Regulamenta a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jun. 2002.
- BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 set. 1981.
- BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 abr. 1999.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MINISTÉRIOS DO MEIO AMBIENTE E DA EDUCAÇÃO. **Compromisso de Goiânia**. Goiânia, 2004.

MINISTÉRIOS DO MEIO AMBIENTE E DA EDUCAÇÃO. **Vamos cuidar do Brasil com escolas sustentáveis**: educando-nos para pensar e agir em tempos de mudanças socioambientais globais. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão, 2012.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Programa Município Educadores Sustentáveis** - Programa Nacional de Educação Ambiental. 2.ed. Brasília: MMA, 2005.

LEITE, José Rubens Morato. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

_____; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (orgs.). **Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica**. 2014. p. 11-44.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. **Revista do TST**. Brasília, v. 80, n.1, p. 22-35, 2014.

SORRENTINO, Marcos. et. al. Educação ambiental como política pública. **Educação e Pesquisa**. São Paulo, v. 31, n. 2, p. 285-299, maio/ago. 2005

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2. p. 257-301, 2003.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 8.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Os limites da comunicação: um olhar para os riscos e desastres ambientais

*Tibério Bassi de Melo**
*Hipólito Domenech Lucena***

Introdução

Do ponto de vista luhmaniano a sociedade é o centro de todas as coisas. Nada está fora dela. Essa sociedade funciona como um grande sistema de comunicação que possui subsistemas que operam com uma linguagem própria: os subsistemas da economia, da política e do direito.

Os sistemas possuem suas próprias estruturas de linguagem comunicam-se com os demais por meio de acoplamentos estruturais que são as comunicações intersistêmicas. Essas comunicações vão estruturando cada sistema a partir de sua ressonância. A linguagem é o meio pelo qual essa comunicação intersistêmica ocorre.

O sistema do direito, por sua vez, ainda está preso na relação sujeito/objeto ou na metafísica da linguagem que admite uma observação própria e particular dos fatos, independentemente da existência de uma linguagem previamente posta. Além disso o sistema do direito vem sofrendo com a perda de seu monopólio de produção legislativa, não só em função dos processos de

* Advogado, Professor da URCAMP/Bagé, Mestre em Direito pela UNISINOS.

** Advogado, Professor da URCAMP/Bagé, Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estácio de Sá.

globalização, mas também pela complexidade social. Essa complexidade exige que o sistema do direito seja obrigado a trabalhar com outros ramos do conhecimento a fim de enfrentar esses problemas.

A insegurança jurídica é um fenômeno ou efeito colateral das dificuldades que o sistema do direito vem sofrendo, em face ao seu descompasso com a dinâmica social e com seu conservadorismo na operação de um sistema fechado. Fechado no sentido de ter a pretensão de prever todas as possibilidades fáticas que podem ocorrer em uma sociedade hipercomplexa e, hipoteticamente, estabelecer suas respostas.

Outra questão fundamental é a de que, em muitos casos o sistema do direito decidi com base em suas estruturas jurídicas, principalmente quando há interesses poderosos em jogo, consequências sérias às finanças estatais, ou grandes volumes de capital. Isso determina uma corrupção do sistema, considerando que não caba ao Poder Judiciário decidir questões de mercado, muito menos de responsabilidade fiscal.

1. A Sociedade e seu Direito.

Luhmann parte da ideia de que tudo o que ocorre de interesse das pessoas, em qualquer lugar, ocorre dentro de uma determinada sociedade. Nada ocorre fora da sociedade. Dentro da sociedade ele faz a divisão de subsistemas sociais: o sistema político, o sistema do direito e o sistema econômico. Cada subsistema tem sua linguagem, estrutura e operabilidade próprias.

A descrição analítica cartesiana foi construída para facilitar a compreensão da realidade e do conhecimento científico, não para ter completude, principalmente diante da complexidade da sociedade pós-moderna. Portanto, ela ainda pode ser útil para o auxílio do estudo, mas é reducionista e limitada com relação aos efeitos em rede que cada ação isolada produz.

Do ponto de vista ambiental, dizemos que a sociedade está dentro de um grande sistema: o ecossistema, do qual dependemos para todas nossas necessidades, desde insumos, até disposição final dos nossos resíduos. E que, dessa forma, nada está fora do ecossistema e a humanidade não seria algo em si, mas sim parte desse ecossistema. Uma observação ecocêntrica, contrária da noção de que nós somos o centro e o fim de todas as coisas.

Para Luhmann os sistemas são diferentes entre si e diversos do meio, possuindo uma racionalidade ou lógica própria. Justamente por essa diferença é que podemos identificar e observar cada sistema. O sistema econômico opera na lógica lucro/prejuízo ou custo/benefício. O sistema político opera na lógica da opinião pública favorável/desfavorável. O sistema do direito opera na lógica lícito/ilícito.

Cada sistema possui sua própria comunicação, sua linguagem que vai se estruturando conforme ele vai mantendo acoplamentos estruturais (comunicações) que vão estruturando novas linguagens, sem deixar descaracterizar cada um dos sistemas.

O sistema do direito, por exemplo, observa a sociedade e vai juridicizando os fatos sociais, à medida que sua comunicação é tão forte que produz um *input* que internaliza ao sistema o novo fato como jurídico, transformando-o em ato lícito e construindo segurança jurídica. Até essa internalização ocorrer o sistema trabalha contrafaticamente, ou seja, a sociedade os está aceitando como normais, mas o sistema do direito ainda não os reconheceu como lícitos porque, para tanto, depende da comunicação social passar pelo sistema político. Fatos como esse são recorrentes, como por exemplo, com o divórcio, com o reconhecimento de filhos concebidos fora do casamento, a união homoafetiva e tantos outros.

Nesse diapasão, há questões polêmicas relativamente às decisões sociais que o sistema do direito, por outros valores já

estruturados em seu sistema, nega-se a internalizá-los como a do aborto e do uso de drogas.

Por outro lado, com um maior dinamismo social na pós-modernidade, o sistema do direito vem deixando de ser prescritivo para ser descritivo, o que a doutrina passou a definir como direito reflexivo. O sistema do direito é um conjunto de condutas previamente estabelecidas pelo consenso social, como lícitas. No entanto, o dinamismo e a complexidade social faz com que o sistema do direito, atualmente, vá adaptando-se aos fatos sociais, é decorrente da decisão social, não de um consenso ou moralismo definidos por discussões ou impostas por uma parte da sociedade.

Entretanto, essa situação faz surgir dois fenômenos: I) um relativo à hipertrofia ou inflação legislativa, pois o sistema positivista busca as respostas na lei, e diante de uma sociedade altamente complexa, isso requer uma produção legislativa que busca açambarcar todas as possibilidades sociais. Porém, assim como diz o que é lícito, vai construindo, ao mesmo tempo o ilícito, uma vez que a diferença do que é lícito depende da distinção do ilícito; II) um outro, relativo ao deslocamento do centro do sistema, que deveria ser no Poder Legislativo, para o Poder Judiciário, uma vez que, embora os fatos sociais ainda não tenham sido juridicizados, são normais na sociedade e estão ocorrendo diuturnamente. Dessa forma o Poder Judiciário, mesmo não tendo como decidir, por inexistência de previsão legal, é obrigado a decidir e, assim, passa a criar regras a partir dos Princípios, em um claro ativismo judicial que traz muita insegurança jurídica.

O sistema da Common Law, ao contrário do nosso sistema de origem romano/germânico, opera a partir de precedentes e não de leis escritas. Trata-se de um sistema que se adapta com maior facilidade à dinâmica social. No entanto, conforme Ronald Dworkin, deve manter sua integridade a fim de manter a coerência e a segurança jurídica, ainda que livre para decidir a cada caso concreto. O nosso sistema, pelo contrário, por mais que parta de uma estrutura legal que determina o lícito e o ilícito, ainda assim

consegue ser mais instável, com um grau exacerbado de insegurança jurídica, que o próprio sistema aberto da Common Law. Isso porque nossos Juízes entendem que possuem uma discricionariedade ampla para decidir e, infelizmente, em muitos casos, decidem de forma casuística, considerando quem está sentado no banco dos réus e, em outros, decidem com base de fundamentos políticos e não jurídicos (ex. licitude dos pedágios).

Para Luhmann, o sistema do direito é um sistema que opera fechado, mas é aberto, ao contrário de um sistema exclusivamente fechado. Opera fechado porque é recorrente às suas estruturas e é aberto porque mantém comunicação com o meio e com outros sistemas, internalizando novas estruturas.

No momento em que essas novas estruturas internalizadas passam a operar diz-se que o sistema entra em um hiperciclo, fundamental a outro conceito Luhmanniano, o da autopoiese do direito.

Autopoiese é um conceito biológico desenvolvido por Maturana e Varela para explicar a auto-reprodução celular por meio da comunicação. Para Luhmann, o sistema do direito tem a mesma condição de se auto-reproduzir, justamente porque é um sistema aberto. Sendo um sistema aberto ele reproduz suas estruturas em uma forma recorrente, bem como reproduz as novas estruturas que vão sendo internalizadas a partir da comunicação do sistema com outros sistemas e com o meio.

Há uma comunicação ininterrupta entre os sistemas, ou seja, o acoplamento estrutural é constante entre os sistemas e o meio, que vão se estruturando e se adaptando às novas reverberações. É a mesma ligação que nossa memória subconsciente mantém com nossa consciência. Temos um número imenso de conhecimentos linguísticos de comunicação, mas a cada manifestação utilizamos determinada sintaxe, seletivamente. Ou seja, é a diferença da linguagem com a fala, o que ocorre em todos os sistemas, inclusive do direito.

No atual estágio de desenvolvimento da sociedade pós-moderna, o sistema do direito passou a ser descritivo e reflexivo pela sociedade. Isto quer dizer que a dinâmica social vai comunicando aos sistemas do direito o formato que ela já considerou normal, aceitável das condutas humanas. A partir de então, o sistema do direito, a partir da reverberação desses fatos, vai internalizando, esteticamente, sua construção e tornando-a jurídica e lícita.

Mas, essa comunicação passa, obrigatoriamente, pelo sistema político, porque é através dele que a comunicação social estrutura o sistema do direito. Porém o sistema político é influenciado pela opinião pública que é, conduz e produz toda a diversidade de interesses que existem na sociedade. Dentre esses interesses, os interesses do sistema econômico possuem forte influência no sistema político, principalmente em nosso país, onde ele passou a determinar a preponderância de seus interesses sobre os interesses da sociedade, à medida que corrompe o sistema político, com os fatos comprovados na operação Lava Jato trouxeram à tona. Em outras palavras, colocando o interesse do sistema econômico acima do interesse público e social, considerando que sua comunicação possui maior reverberação na comunicação perante o sistema político, que a própria opinião pública.

2. O Direito e sua observação.

O sistema do Direito opera na descrição dos fatos sociais, não só para definir as hipóteses dos suportes fáticos de sua estrutura legal, bem como na reconstrução dos fatos já ocorridos, a fim de decidir e definir responsabilidades, no decorrer de processos judiciais. No entanto, toda essa construção fática depende, exclusivamente, da linguagem. É só por meio da linguagem que os fatos são descritos, não pelos sentidos. Por mais que tenhamos assistido a ocorrência de um fato, para o sistema do

direito ele só terá valor e eficácia se for descrito e, para isso, prescindir da linguagem.

O sistema positivista do direito, principalmente, é um sistema analítico rígido, relativamente ao significado dos signos com que opera, tanto que é decorrente do nominalismo de Guilherme de Ockham. No séc. XIII, na disputa entre os Franciscanos e a Igreja Católica, Guilherme foi um dos líderes do movimento nominalista, predecessor do positivismo. Objetivavam uma solução linguística, a fim de manterem-se usando as propriedades da Igreja sem serem proprietários, uma vez que haviam feito voto de pobreza. Buscavam, então, nominar, definir ou especificar o que era o uso sem propriedade, como temos hoje o comodato, por exemplo.

O sistema positivista de direito, desde então e como é um sistema de linguagem, têm muitas dificuldades em tratar com signos ambíguos como é o próprio significado de Justiça, que desde Aristóteles, até John Rawls há dissensões acerca de sua real definição. Assim também ocorre com o significado de sustentabilidade, um equivalente funcional do sistema da biologia, que traz a ideia de limites de suportabilidade ou resiliência de determinado ecossistema. Entretanto, pode ser utilizado com a ideia de condições financeiras favoráveis, mantidas determinadas condições.

Não podemos criar uma linguagem própria para descrever determinado fato. A linguagem já está posta e nossa dificuldade com relação a ela diz respeito à limitação de nossa estrutura de linguística. Quanto maior nossa estrutura linguística, mais somos eruditos e, conseqüentemente, maior a possibilidade de conhecermos a realidade e de forma mais apurada. Por outro lado, por mais erudita que uma pessoa possa ser, ela não pode deixar-se absorver pelo conservadorismo e fechar seu sistema linguístico, pois o corte diacrônico passará, cada vez mais, desconectar sua linguagem da atual. E, o corte sincrônico, ou seja, o contexto no

qual determinado signo está sendo utilizado, em função de seus diferentes significados.

Ludwig Wittgenstein, estabeleceu um marco da virada linguística da filosofia a partir de seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, no qual define a linguagem como condição de possibilidade de reconhecermos a realidade. Posteriormente, no que se definiu chamar por Wittgenstein II, sua segunda obra, publicada postumamente, *Investigações Filosóficas* na qual enfrentou suas próprias conclusões antes apresentadas, para reconcluir que a linguagem não é só a condição de possibilidade de reconhecimento da realidade, mas é muito mais que isso, ela faz parte do contexto social e histórico.

Antes de Wittgenstein, Charles Sander Pierce, um dos criadores do pragmatismo, a partir do estudo dos sistemas signos, propôs a semiótica ou teoria geral dos signos. Trata-se de uma teoria científica que busca criar uma lógica da epistemologia da linguagem. Conforme esclarece Luis Alberto Warat (WARAT, 1995, 14):

A semiótica é o nível de axiomatização dos sistemas significantes, postos como modelos matemáticos das diversas linguagens da ciência; sua ambição máxima é a de criar um modelo matemático universal como padrão epistemológico para todas as ciências. Um modelo matemático garantido contra todas as perversões da história e das ideologias.

Posteriormente, Ferdinand de Saussure sugeriu a semiologia que: “apresenta-se, simultaneamente, como programa desmistificador das distintas práticas discursivas do direito e do saber que as legitima, como também visa à destruição de vários mitos organizadores do saber jurídico.” (WARAT, 1995, 18).

Kelsen foi influenciado por Saussure na fundamentação da sua teoria pura do direito, que, na verdade, estruturou uma metalinguagem jurídica que estabelece um dever ser, mas não um ser. Uma metalinguagem que é a linguagem utilizada para

comunicação, mas objeto de uma estrutura lógica e de estudo que determina um sistema de normas e regras previamente estabelecidas. Porém, como observa Warat, (WARAT, 1995, 48), a linguagem-objeto, não pode ser base de leis, mas sim, somente a metalinguagem, pois, do contrário, cairíamos em constantes paradoxos como por exemplo, a da antinomia do mentiroso formulada da seguinte forma:

Se um cretense dissesse: “Os cretenses sempre mentem”, estaríamos frente à paradoxal situação de que se aceitássemos a proposição como verdadeira o cretense que a formulou também mentiu e, assim, nem sempre os cretenses mentem. O que conduz a admitir que a proposição “Os cretenses sempre mentem” é falsa.

De outro lado, a hermenêutica veio trazer uma profunda alteração ou giro linguístico na superação da relação sujeito/objeto ou do paradigma da subjetividade a partir do “cogito” cartesiano. René Descartes foi, e ainda, é muito importante para todo o desenvolvimento científico, principalmente no que diz respeito à divisão. Porém, com o giro linguístico é que o sentido não estará mais na consciência (eu penso, logo existo), mas sim a linguagem. O sujeito não se sujeitará mais à subjetividade, mas a linguagem, conforme leciona o Prof. Lênio Streck. (STRECK, 2010, 14).

De acordo com o Prof. Lênio Streck (STRECK, 2010), os sofistas foram os primeiros positivistas e o giro ontológico linguístico, justamente trouxe a superação da relação sujeito/objeto. Pois, do ponto de vista filosófico, os filósofos pré-socráticos discutiam sobre a discussão entre o naturalismo e o convencionalismo. Isto é: as coisas possuem um nome natural ou somos nós que definimos qual?

Se o convencionalismo superou o sentido naturalista, ele caiu na armadilha do subjetivismo solícipista, sendo que o direito passou ao largo do giro linguístico e, como afirma o Prof. Lênio: “Se o direito fosse medicina, ainda não teria descoberto a

penicilina”, referindo-se que ainda está preso na ideia subjetivista e convencionalista da relação sujeito/objeto.

Sujeito – Objeto no sentido de que é o sujeito, individualmente, que passa a ter poder de definir o que é o objeto. É a discussão que iniciou com os sofistas e Platão, que ainda não foi superada. Os sofistas tinham e desenvolviam o dom da retórica. Para eles, por meio da retórica, poderia levar-se a discussão ao infinito, sem qualquer ligação ou compromisso com a realidade. Platão não admitia essa ideia e combatia os sofistas, considerando que a filosofia deve estar comprometida com a verdade, com a realidade, e não com a retórica, muito menos a retórica pela retórica.

comunicação com outros sistemas em função da divisão do conhecimento, decorrente da compreensão analítica cartesiana.

3. Complexidade e multidisciplinariedade.

Nesse ponto a pergunta é: Podemos resolver os problemas da pós-modernidade (praticamente todos criados pela própria sociedade) a partir de conhecimento específico único? A complexidade das relações sociais e a instabilidade da pós-modernidade sequer podem ser observadas a partir de um único ponto de vista. A vida em sociedade tornou-se hipercomplexa, principalmente após o advento das redes sociais que pulverizou as distâncias e acelerou a comunicação, tornando o mundo pequeno.

No entanto, como sempre digo: só o disco *The Darkside of the Moon*, do Pink Floyd, tinha os dois lados bons, tudo o mais em nossas vidas tem um lado bom e um lado ruim. Há muita desinformação, preconceito e ódio com a facilidade de se estar atrás de uma tela de computador.

Do ponto de vista do sistema do direito, a globalização trouxe, conseqüentemente, uma relativização das soberanias em função do poder que as grandes empresas globais definem suas regras e têm poder de impô-las a determinados países. É o que se passou a chamar de policontextualidade, quer dizer, o centro do sistema do direito perdeu espaço para normas internacionais de outros países, de organismos multilaterais como a ONU e OMC, bem como normas de grandes multinacionais.

Do ponto de vista ambiental, como assevera Ulrich Beck, os desastres ambientais na sociedade de risco passaram a ter um potencial global, não mais local, como são exemplos claros a emissão de radiação do acidente da usina nuclear de Chernobyl em 1986 na atual Ucrânia, que até hoje produz efeitos com a conseqüente zona de exclusão e isolamento da cidade de Pripjat, uma cidade fantasma. Posteriormente, em 2011, tivemos o acidente nuclear de Fukushima, com mais emissões de substâncias

radioativas cancerígenas por toda a atmosfera terrestre. As consequências das emissões de Gases de Efeito Estufa – GEE – que não é um acidente, mas uma decisão acerca da matriz energética mundial, inclusive com sérias e seguidas disputas bélicas, principalmente no Oriente Médio, na busca pela manutenção de modos de vida baseados no consumo de energia fóssil.

Essas situações determinam uma alteração de abordagem quanto aos riscos e perigos conhecidos. Segundo Luhmann, em sua teoria dos riscos, administramos perigos concretos, aqueles já conhecidos e comprovados com o desenvolvimento da técnica existente, e os perigos abstratos, aqueles desconhecidos ou contingenciais que estão além do atual estado da técnica em reconhecê-los. O risco diz respeito à decisão em assumir suas consequências. (por exemplo: atravessar a avenida Mauá em Porto Alegre na hora do rush é perigoso, mas o risco aparecerá a partir da decisão de enfrentar sua travessia). No caso das mudanças climáticas, por exemplo, já tomamos a decisão relativamente à manutenção de suas causas. Portanto, suas consequências são riscos assumidos em função do total desequilíbrio climático que esse efeito poderá determinar, relativamente à produção de alimentos e no círculo hidrológico.

Outras tantas questões isoladas, mas com enormes consequências, como o uso indiscriminado de agrotóxicos, de produtos transgênicos, de uso de nanotecnologias. A exploração mineraria e indústrias químicas, a partir das quais ocorreram os maiores desastres nacionais com a Shell/Basf, ocorrido na cidade de Paulínia/SP na década de 70 cujas responsabilidades ainda seguem sendo discutidas na Justiça até pouco tempo atrás. E o maior desastre brasileiro, talvez mundial, com a morte do Rio Doce, ocasionado pela Samarco ocorrida em novembro de 2015.

Em face a esse contexto, o enfrentamento de todas as questões do sistema do direito, principalmente as ambientais, prescindem de uma observação multidisciplinar. Não há como termos um entendimento completo do Direito Tributário, por

exemplo, sem conhecer Direito das Finanças, Constitucional, Administrativo, e conceitos básicos de contabilidade. Não há como enfrentar os problemas ambientais sem uma observação multidisciplinar de Engenharia, Geologia, Biologia, Arqueologia e História.

Porém, cada ramo dessas ciências possui uma linguagem própria. Isso determina que o sistema do direito será um observador de segunda ordem e o sistema operará em dupla contingência. Além dos vários métodos utilizados pelas demais ciências, cujos laudos também podem variar consideravelmente, a leitura que o sistema do direito faz deles só é possível por meio de uma observação de segunda ordem, ou seja, por meio de uma perícia. O fato é o único, mas as consequências geológicas e biológicas só podem ser definidas por meio de uma linguagem própria de cada ciência.

Decidir que um empreendimento produzirá apenas impactos e não danos ambientais é determinante de sua licitude, pode ser uma diferença tênue. E nada impede que, embora a atividade tenha sido autorizada, não ocorra o dano. Isso determina sua dupla contingência: uma que diz respeito ao erro científico na elaboração do laudo e outra, consequente desse, a autorização do sistema do direito que é contingencial por si só.

A linguagem é a condição de possibilidade de observação da realidade. É a partir dela que há comunicação intersistêmica e é ela que produz e reproduz a linguagem social por meio da qual os sistemas se comunicam e vão se autoreproduzindo. A forma pela qual o sistema do direito deva buscar superar suas contingências, não é de outra forma, senão pela exigência de uma linguagem mais rígida e precisa, ao contrário de uma retórica que parte da ideia que pode falar tudo de qualquer coisa, como os sofistas defendiam.

Conclusão

Como vemos, mesmo as ciências duras têm limites de certezas. O positivismo jurídico, tentativa de construir um sistema fechado e exato a partir da ideia de impor às ciências humanas uma certeza do tipo matemático e lógico, trouxe um enrijecimento ao sistema que o fez perder compasso com a dinâmica social.

A linguagem é a condição de possibilidade de conhecermos a verdade, mas também é seu limitador, considerando não só os cortes diacrônico e sincrônico, como as diferentes linguagens das ciências envolvidas de forma multidisciplinar nas decisões do sistema do direito.

Superar a metafísica da linguagem do tipo sofista é fundamental para o sistema do direito e em nome da segurança jurídica. O sistema do direito deve trabalhar em duas grandes frentes: uma na maior comunicação com o sistema político a fim de mais rapidamente internalizar as decisões sociais, bem como decidir dentro da lógica de seu sistema, lícito/ilícito, evitando que o sistema do direito seja corrompido pela maior reverberação do sistema político ou econômico.

Referências

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco, rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento, São Paulo: Ed. 34, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade*. tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martim Fontes, 2016.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. *O Direito e sua linguagem*. 2ª ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre linguagem e pensamento*. Tradução Tim Thornton. São Paulo, Edições Loyola, 2007.

El derecho al medio ambiente y su tutela en el ordenamiento jurídico boliviano

Ciro Añez Núñez¹

La Constitución boliviana está sustentada en la cosmovisión andina y en consecuencia su Preámbulo hace referencia a la Madre Tierra (Pachamama) en dos oportunidades y bajo los siguientes términos, que a continuación pasamos a transcribir:

“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”, colocando de

¹ Es de profesión abogado con el grado académico de Máster en ciencias del Derecho Procesal obtenido con distinción honorífica por la Universidad Autónoma Gabriel Rene Moreno - UAGRM - (cuyo programa académico fue aplicado y desarrollado conjuntamente con profesores de la Universidad de Valencia, España). Postgraduado en Arbitraje Interno e Internacional, título otorgado por la Universidad de Valencia, España. Especialidad en Derecho Constitucional y Procesos Constitucionales (Programa académico desarrollado por la UAGRM conjuntamente con profesores de la Universidad Carlos III de Madrid, España). Diplomado en Educación Superior y Postgraduado en Educación Virtual y en las aplicaciones de las TICs en la educación. Posgraduado en Justicia Constitucional, título otorgado por la Universidad Privada “Domingo Savio” (Bolivia) y Universidad de Valparaíso Chile. Miembro de diferentes organizaciones destinadas al Desarrollo Humano y los DDHH, entre ellas: Amnistía Internacional; PEN Santa Cruz (afilado al PEN Internacional); Sociedad de Estudios Geográficos e Históricos de Santa Cruz; Gente de Palabra; Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Presidente fundador de la Academia Boliviana de Derecho Penal, Económico y Empresarial. Autor de varios libros jurídicos y cuenta con más de un centenar de artículos publicados en más de veinte periódicos. Es docente de postgrado Unidad de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas, Sociales y Relaciones Internacionales de la UAGRM, profesor de postgrado en la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA) y de pregrado y postgrado en la Universidad NUR; su experiencia en docencia postgradual también se extendió en otras Universidades como ser: Andina Simón Bolívar (Sucre), UMSA (La Paz), UDABOL, UNIFRANZ, Domingo Savio (Tarija), etc. Es también consultor, proyectista, Director y Coordinador de programas, módulos académicos y postgraduales para importantes universidades y prestigiosas instituciones de Bolivia. Es Director del Estudio Jurídico *Ciro Añez – Abogados –*, cuenta con una importante Red de Consultores nacionales e internacionales en diferentes áreas del Derecho. Asesor Legal Empresarial y Abogado de Litigios. Web: <http://cironuez.com>

esta manera a la Madre Tierra como principio y fundamento de la pluralidad y la diversidad.

Finalmente aquel preámbulo concluye con la afirmación: “*cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia*”, lo cual implica la idea integrante de la Madre Tierra en la noción de refundación del país y sus instituciones.

Ante esta situación, queda claro la prerrogativa influencia de la cosmovisión andina en el proceso constituyente.

Posteriormente, empieza la promulgación de leyes de desarrollo en búsqueda de regulación a los derechos de la Madre Tierra, adquiriendo relevancia la Ley N° 071 de 21 de diciembre de 2010, que por vez primera vez menciona los Derechos de la Madre Tierra, sumado a las obligaciones y deberes del Estado y de la sociedad conducentes a garantizar el respeto de dichos derechos.

Es así que en fecha 15 de octubre de 2012, se promulga la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (Ley N° 300), la cual trae consigo la visión del desarrollo integral, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien: tomándose énfasis teórico como objeto de dicha ley (art. 1): la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien, las bases para la planificación, gestión pública e inversiones y el marco institucional estratégico para su implementación.

Esta ley define “Madre Tierra” y “Vivir Bien” de la siguiente manera (art. 5):

“Madre Tierra. *Es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada; alimenta y es el hogar que contiene,*

sostiene y reproduce a todos los seres vivos, los ecosistemas, la biodiversidad, las sociedades orgánicas y los individuos que la componen”.

“El Vivir Bien (Sumaj Kamaña, Sumaj Kawsay, Yaiko Kavi Päve). *Es el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas, y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo”.*

Ahora bien, resulta oportuno aclarar que las palabras “*suma qamaña*” (*Sumaj Kamaña*) viene del aymara boliviano el cual introduce el elemento comunitario ya que es traducido como “*buen convivir*”, esto es, la sociedad buena para todos en suficiente armonía interna. De allí que la Constitución boliviana (art. 8-I) seguidamente expresa el término *Ñandareko* (en guaraní significa: vida armoniosa).

De esta manera, otros autores como Xavier Albó señala que *suma qamaña* en realidad consiste en “*el saber convivir y apoyarnos los unos a los otros*” (ALBÓ, 2009, p.2).

De forma similar también ocurre con los términos *qhapaq ñan* (*qhapaj ñan*) previsto en el mismo artículo constitucional 8 que literalmente significa el “*camino señorial*” pero que, sin embargo, ha sido interpretado por los constituyentes como “*vida noble*”. Situación que es así advertida por Albó haciendo alusión al término “*qhapaq*” como el título que tenían las autoridades pukina,

precisando que en el lenguaje cotidiano actual se usa en su interpretación de “*rico, adinerado, acaudalado*” (ALBÓ, 2009, p. 8).

Como vemos, el Estado asume y promueve determinados principios ético-morales de la sociedad plural inmersa en el art. 8 de la Constitución, siendo la misma lo que la caracteriza, diferenciándola de la anterior Constitución.

A ocho años de vigencia de la Constitución aún persiste la interrogante, si todo ello realmente se materializará en la vida cotidiana de las personas, es decir si aquel paradigma “*Suma Qamaña*” efectivamente se expresará y concretará en todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos sumado a la debida manera de relacionarse el Estado boliviano con los demás países del mundo máxime si cuando se busca una adecuada *convivencia* o un *buen vivir* como escribieron los constituyentes es fundamental la protección del medio ambiente tanto por parte de los administradores públicos como de los administrados.

Recordemos en ese sentido los apurtes existentes por parte del gobierno de turno por construir una carretera que atravesase el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (Tipnis) en Bolivia junto con la expansión de los sembradíos de coca ilegal y la deforestación en el lugar constituyendo una seria amenaza a la naturaleza.

Desde la perspectiva constitucional boliviana, el derecho al medio ambiente implica que todas las personas, sin distinción alguna, tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, a cuyo efecto, el ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente (art. 33 de la Constitución boliviana).

La página web del Observatorio DESC incorpora además textualmente: “el derecho a disfrutar de un entorno ambiental seguro para el desarrollo de la persona y tiene, como contrapartida, el deber de conservarlo y la obligación por parte de

los poderes públicos de velar por una utilización racional de los recursos naturales” (<http://observatoridesc.org/es/derecho-al-medioambiente>).

Teniendo en cuenta el art. 410 de la Constitución boliviana establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos se encuentran dentro del bloque de constitucionalidad y el art. constitucional 256 señala expresamente que *“los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”*, a continuación señalaremos algunos instrumentos internacionales vinculados al asunto en cuestión.

La Resolución de la Asamblea General N° 45/94 establece claramente: *“todas las personas tienen derecho a vivir en un ambiente adecuado para su salud y bienestar”*.

Otros instrumentos internacionales sobre la materia que siguen similar enfoque son a saber: la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, el Protocolo de Kyoto de 2005 y la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, entre otros.

Si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no lo establece de forma precisa y clara, se entiende que se encuentra reconocida de la derivación de sus artículos 12 y 13.

También cabe mencionar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8.1), el Protocolo de San Salvador (arts. 7 y 11) además de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 24).

En ese sentido, merece preguntarnos si los daños al medio ambiente conllevan la vulneración de otros derechos, por ejemplo en aquellos casos de explotación de hidrocarburos en tierras que

son considerados como santuarios indígenas, como ha ocurrido en Bolivia, Brasil, Nicaragua, Canadá, Finlandia, Indonesia, Nigeria, Estados Unidos, etc. (R. Hitchcock, *International Human Rights, the Environment, and Indigenous Peoples*, vol.5).

Una muestra de aquello, podría citarse el caso de las explotaciones petrolíferas en tierras del pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuya sentencia de 27 de junio de 2012 establece la vulneración de diferentes derechos como el derecho a la información, la tutela judicial efectiva y el derecho a ser consultado. Es así que los daños medioambientales pueden derivar en la conculcación de otros derechos.

Ante esta situación, amerita preguntarnos si el derecho al medio ambiente requiere que aparezca en los tratados internacionales con mayor precisión y claridad dado el alto número de casos medioambientales en los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, por cuanto podrían configurarse incoherencias o contradicciones en el reconocimiento de este derecho en los diferentes tribunales, ameritando para ello una unificación y clarificación en la temática.

En lo concerniente a la jurisprudencia constitucional boliviana, cabe resaltar la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1082/2013-L, de fecha 30 de agosto de 2013, misma que estableció el derecho al medio ambiente es un derecho difuso porque “corresponden a una pluralidad de personas que no pueden determinarse, lo que puede suceder por ejemplo cuando la distribución de un medicamento dañado amenaza a todo potencial usuario. Asimismo, por la naturaleza de estas circunstancias no existe la posibilidad de concebir que la pluralidad de sujetos estén organizados mediante mecanismos de coordinación de voluntades y menos que tengan una relación orgánica entre sí”, siguiendo el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) boliviana su propia jurisprudencia asumida en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0176/2012 de 14 de mayo.

Esta interpretación realizada por el TCP guarda concomitancia con el artículo 34 de la Constitución boliviana que establece: *“Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente”*.

De esta manera, vía jurisprudencia nacional se reconocen los avances existentes sobre el derecho humano al medio ambiente; sin embargo, falta mucho avanzar en esta temática, por lo tanto, es menester un mayor desarrollo jurisprudencial en Bolivia, principalmente en cuanto a su contenido esencial y las formas de vulneración en determinadas situaciones con el propósito de activar mecanismos idóneos de protección en la defensa de este derecho, el cual es esencial para la vida de las personas donde confluyan en pro de una adecuada concientización de respeto y protección del medio ambiente para una vida más saludable tanto por parte de autoridades, servidores públicos como también los administrados.

En esta perspectiva es de suma importancia enfocarse en el control tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, por cuanto esta temática se encuentra enmarcada en lo general en los derechos colectivos mientras que en lo particular se refiere al derecho a un medio ambiente sano.

Conforme al ordenamiento jurídico boliviano, la acción popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución.

Esta Acción Popular podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos. Para interponer esta acción no será necesario agotar la

vía judicial o administrativa que pueda existir y en consecuencia podrá cualquier persona interponer esta acción a título individual o en representación de una colectividad; mientras que será obligatoria para el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos.

Una vez interpuesta la acción popular deberá aplicarse el procedimiento previsto para la tramitación de la acción de amparo constitucional, es decir conforme los arts. 136, 128 y 129 de la Constitución.

Como vemos, las acciones tutelares son sin duda alguna de relevancia en la protección de dicho derecho; sin embargo, si pensamos en la mejor forma de preservar el medio ambiente debemos hacerlo en términos de prevención y no quedarnos esperanzados únicamente en mecanismos de reacción por la vía de acciones tutelares pues toda acción a posteriori podría resultar particularmente ineficaz por cuanto difícilmente compensará los daños irreparables ocasionados más aún si para los agentes contaminadores es más satisfactorio pagar la multa que cesar en sus conductas ilegítimas y peor aún si traslada el pago al consumidor o usuario final. De allí que en esta labor preventiva es necesario primeramente informar para luego concientizar sobre los problemas ecológicos debiendo internalizarse las pautas ecológicas bajo el entendimiento y la comprensión de que el futuro de la tutela del medio ambiente radica en que el ser humano sepa “*convivir bien*” con su entorno a través de una adecuada administración de los recursos naturales a su cargo pues caso contrario sin un medio ambiente sano no existirá futuro y por lo tanto, son primeramente las autoridades quienes debieran dar el ejemplo en la protección de dicho derecho humano.

Referências

ALBÓ, Xavier.

https://sumakkawsay.files.wordpress.com/2009/06/albo_sumaqamana.pdf

ALBÓ, Xavier. Identidad étnica y política, La Paz, CIPCA, 2002.

ALDERETE, Alberto. Los derechos humanos, el derecho humano a la tierra, Asunción, QR producciones, 2003.

DURÁN RIBERA, Willman. Principios, derechos y garantías constitucionales, Santa Cruz, El País, 2005.

FARALDO, Patricia (Directora). Nuevos retos en la era de la globalización, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

JUSTE RUIZ, J., El Derecho Internacional del medio ambiente, Madrid, Mc Grw Hill, 1999.

HITCHOCK, R., *International Human Rights, the Enviroment, and Indigenous Peoples*, vol.5.

LANDA, Cesar. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra, 2010.

LOPEZ ALFONSIN, Marcelo Alberto y TAMBUSI, Carlos Eduardo. El medio ambiente como derecho humano, <http://www.gordillo.com/DH6/capXI.pdf>

MARTINEZ COBO, José. Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Naciones Unidas, 1987.

PEREZ, Antonio. Derechos humanos, estado de derecho y constitución, Madrid, Tecnos, 2010.

SAURA, Jaume y RODRIGUEZ, María Eugenia. Derecho emergentes (desarrollo y medio ambiente), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Sistematización de la Jurisprudencia Constitucional Plurinacional 2012 - 2015, Sucre, Tupac Katari, 2016.

VARGAS, Alan. El derecho al medio ambiente en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Lidema, 2011.

<https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/la-megacarretera-que-atravesaria-una-reserva-ecologica-en-bolivia-articulo-707281>

<http://www.eldeber.com.bo/bolivia/Gobierno-erradicara-coca-ilegal-en-el-Tipnis-20170822-0073.html>

Foucault e a modernidade como atitude ética

Kelin Valeirão¹
Keberson Bresolin²

Haveria que levar a cabo a genealogia, não tanto da noção de Modernidade, mas da Modernidade como questão...O que se chama Pós-Modernidade? Não estou a par (Foucault).

Introdução

O próprio Foucault, sob o pseudônimo de Maurice Florence, escreve uma breve autobiografia e, em 1984, assina o verbete intitulado *Michel Foucault* para o *Dictionnaire des Philosophes*, editado pela PUF sob a direção de Denis Huisman. Neste verbete, Foucault descreve seu pensamento como inscrito na descendência da filosofia crítica kantiana e especifica sua prática na filosofia crítica.

Ao que parece, quando Foucault escreve o verbete, procura reafirmar o projeto moderno reivindicando também para si a herança kantiana, conhecida como primeiro projeto da Modernidade. No entanto, a teorização que Foucault traz é distinta das teorias apresentadas por supostos autores que seguem a filosofia kantiana, buscando uma verdade universal.

¹ Doutora em Educação e professora do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas. E-mail: kpaliosa@hotmail.com

² Doutor em Filosofia e professor do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas. E-mail: keberon.bresolin@gmail.com

Por “uma história crítica do pensamento”, Foucault reivindica algo distinto da universalidade de valores e normas proposta por Kant, personificada na esfera pública e nas instituições do Estado de direito. Foucault, ao contrário, rejeita essa ideia e faz uma crítica ao Estado Moderno, principalmente em seus cursos sobre a biopolítica e a razão de Estado³. Desta forma, talvez seja interessante pensar que leitura Foucault faz de Kant, para buscar entender qual o sentido desta filiação.

1. Modernidade em cinco sentidos

Ao mapear o que Foucault entende pelo termo “Modernidade”, de acordo com Castro (2009), encontramos cinco sentidos. Os dois primeiros concernem à Modernidade vista como um período histórico. Se levarmos em consideração *Historie de la folie, Les mots et les choses* ou *Surveiller et punir*, a Modernidade como período histórico começa no final do século XVIII e estende-se até nós. Os dois outros sentidos do termo “Modernidade” têm a ver com o trabalho histórico-filosófico de Foucault. Até a publicação dos dois últimos volumes de *Historie de la sexualité* (1984), os livros de Foucault tinham como campo de trabalho a época clássica e a Modernidade. Conforme exemplos:

1.1 *Historie de la folie* ainda que comece com a história da loucura no Renascimento, está principalmente dedicada aos séculos XVII e XVIII.

1.2 *Les mots et les choses* também começa com o Renascimento, mas se trata de uma descrição das *epistemes* da Era Clássica (Séc. XVII e XVIII) e Moderna (Séc. XIX e XX).

1.3 *Surveiller et punir* ocupa-se da história da tecnologia do castigo, a partir do final do século XVIII.

³ Aqui, remeto-me aos cursos ministrados no Collège de France, respectivamente, *Segurança, Território e População* (1977-1978) e *Nascimento da Biopolítica* (1978-1979).

A partir de *Surveiller et punir* e de *La volonté de savoir*, encontramos outra caracterização da Modernidade, com base nas formas de exercício do poder. Aqui, Modernidade é equivalente à época da normalização, ou seja, à época de um poder que se exerce como disciplina sobre os indivíduos e como biopolítica sobre as populações. A Modernidade é, definitivamente, a época do biopoder. Ainda que falando muito estritamente, a Modernidade como época do homem e a Modernidade como normalização correspondam às formas de saber e às formas de exercício do poder nos séculos XIX e XX, no entanto, existe uma diferença importante na datação histórica desses dois sentidos do termo “Modernidade”, a saber: em *Les mots et les choses*, a passagem da época clássica à Modernidade é pensada como ruptura, como corte mais ou menos abrupto. O homem é uma invenção da Modernidade. Já em *Surveiller et punir*, no entanto, a formação da disciplina e da biopolítica remontam à época clássica. A passagem é mais da ordem da transformação do que da ruptura.

No que tange ao quinto sentido que podemos atribuir ao termo “Modernidade” não tem a ver nem com uma época nem com uma caracterização, mas com uma atitude. Esse sentido aparece nos dois artigos escritos por ocasião do bicentenário da célebre resposta de Kant à questão: Que é o Iluminismo? Foucault vê a Modernidade muito mais da ordem da atitude, do que propriamente um período histórico, ou uma época. Mas, enfim, o que é atitude? Por atitude Foucault quer dizer um modo de relação a respeito da atualidade, uma eleição voluntária que alguns fazem, enfim, uma maneira de pensar e de sentir, e também uma maneira de agir e de se conduzir que, ao mesmo tempo, marca um pertencimento e se apresenta como uma tarefa. Um pouco, sem dúvida, o que os gregos chamavam de *éthos*.

2. Foucault e o projeto moderno

Gostaríamos de introduzir a reflexão: qual é o interesse de Foucault pela filosofia de Kant? Talvez porque Kant fundou a antropologia como analítica da finitude quando encontrou os limites do cogito cartesiano na finitude humana? Na verdade, estas questões não buscam respostas. As respostas aqui são o que menos interessa. O importante é que, com Kant, a crítica à metafísica tradicional constitui o limiar de nossa modernidade, uma vez que, antes do kantismo, a filosofia colocava a questão do homem a partir do pensamento do infinito e da verdade como valor absoluto. Não havia o questionamento sobre os limites do próprio conhecimento porque o conhecimento era considerado um dado prévio ao ato de conhecer.

Na filosofia de Kant, o conhecimento é problematizado a partir das faculdades humanas (sensibilidade, entendimento e razão), colocando naturalmente a questão dos limites do conhecimento, assim como, o conhecimento racional da realidade em si se torna impossível. Assim, ao fundamentar a possibilidade do conhecimento na finitude humana, Kant rompe com a tradição metafísica e inaugura o pensamento moderno. No entanto, Foucault defende que Kant substituiu o conhecimento absoluto da metafísica clássica pelo novo absoluto: o sujeito transcendental.

Para pensar acerca desta questão, voltemos à filosofia de Foucault. Desde o início de sua obra até seus últimos textos, o fundamento kantiano está presente. Da *introdução* à tradução da *Antropologia de um ponto de vista pragmático*, de Kant, até o último curso sobre a *parresía* na Grécia Antiga, funciona como um fio condutor subterrâneo para compreender o itinerário de seu pensamento. Em sua tese de doutoramento, defendida em 1961, Foucault apresenta duas obras bastante distintas: a tese principal – *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique* – e a tese complementar – *Kant: Antropologia*.

Enquanto a tese principal foi longamente vangloriada, considerada original e digna de uma medalha de bronze⁴, a tese complementar foi considerada sob dois aspectos. O primeiro é analisado pelo professor Hyppolite: “uma introdução histórica que é o esboço de um livro sobre antropologia, mais inspirada por Nietzsche que por Kant” e, num segundo momento, o professor Gandillac sugere que Foucault apresente uma obra realmente crítica do texto de Kant. Afirma: “a tradução do texto de Kant, que, reduzida ao papel de pretexto, deveria ser revisada” (ERIBON, 1990, p.122).

A tese complementar constitui-se de uma *introdução* à obra de Kant, *Antropologia de um ponto de vista pragmático*, escrita em 1798, a *tradução* e as *notas*. Em 1964, foi publicada a tradução até então inédita em francês, estranhamente sem a introdução. Essa *introdução* é fundamental para entendermos o papel da crítica kantiana na formulação da arqueologia. Foucault analisou as diversas versões da antropologia de Kant, associando-as à elaboração das três críticas kantianas e defendeu que as três grandes questões: “O que posso saber?”, “O que devo fazer?” e “O que me é lícito esperar?” estão relacionadas a uma quarta: “O que é o homem?”.

Foucault conclui que esta última é o seu complemento necessário. Porém, desta maneira, a filosofia crítica é enclausurada no círculo formado pela analítica da finitude, pois o fundamento último da crítica é ele próprio empírico, logo, não crítico. Neste sentido, constitui-se no interior do pensamento kantiano uma tensão não resolvida, entre crítica e antropologia, tensão entre a necessidade de criticar todo conteúdo de conhecimento, remetendo-o à universalidade do sujeito transcendental e a necessidade oposta de fundamentar a crítica numa antropologia empírica, no que é o homem em sua essência.

⁴ Todos os anos eram concedidas pelo CNRS: uma medalha de ouro ao conjunto de melhor obra; de prata aos trabalhos posteriores à tese e uma medalha de bronze às 24 melhores teses desenvolvidas em todas as áreas do saber.

Dando um salto temporal, mais de vinte anos depois da *introdução* à tradução da *Antropologia de um ponto de vista pragmático* de Kant, no texto *O que é o iluminismo?*⁵, um comentário acerca dos opúsculos de Kant sobre a filosofia da história, Foucault esclarece que, com este texto sobre a *Aufklärung*, pela primeira vez a filosofia problematiza sua própria atualidade discursiva. Foucault retoma a questão da filosofia crítica kantiana, ressaltando a ligação estreita entre Kant e a modernidade, destacando a permanência desde Kant da obrigação da crítica:

A questão que me parece surgir pela primeira vez neste texto de Kant, é a questão do presente, a questão da atualidade: o que é que acontece hoje? O que acontece agora? [...] Em resumo, parece-me que se viu aparecer no texto de Kant a questão do presente como acontecimento filosófico ao qual pertence o filósofo que fala (FOUCAULT, 1994, p.3).

Foucault acredita que o problema central da filosofia moderna é a *Aufklärung*. E coloca a questão: o que é a filosofia moderna? Defendendo que “a filosofia moderna é a que tenta responder à questão lançada, há dois séculos, com tanta imprudência: *Was ist Aufklärung?*” (FOUCAULT, 2005a, p.335). Mas afinal, o que Kant quer dizer com a expressão *Aufklärung*.

Para Foucault, Kant define a *Aufklärung* pelo negativo, como uma saída ou uma solução. A *Aufklärung* constitui-se num processo que nos libertaria do estado de “menoridade”⁶. Ela é “definida pela modificação da relação preexistente entre a vontade, a autoridade e o uso da razão” (FOUCAULT, 2005a, p.337). Aqui é importante salientar que a saída apresentada por Kant é bastante ambígua, pois caracteriza-se, por um lado, como “um fato, um

⁵ No nome original *Qu'est-ce que les Lumières?*, publicado na Magazine Littéraire, n. 207, maio de 1984, p. 35-39. Este texto foi retirado do curso de 5 de janeiro de 1983, no Collège de France.

⁶ Segundo Foucault, por “menoridade” Kant entende “um certo estado de nossa vontade que nos faz aceitar a autoridade de algum outro para nos conduzir nos domínios em que convém fazer uso da razão” (FOUCAULT, 2005a, p. 337).

processo em vias de se desenrolar”, mas também como “uma tarefa e uma obrigação” (FOUCAULT, 2005a, p.338).

O filósofo francês defende que Kant está vinculado à modernidade porque foi o primeiro pensador a analisar filosoficamente um acontecimento histórico, a pôr o presente em questão, quando se perguntou, em seu famoso texto de 1784, acerca da “questão de seu pertencimento a uma comunidade humana em geral, mas o seu pertencimento a um certo ‘nós’, a um nós que se relacione com um conjunto cultural característico de sua própria atualidade” (FOUCAULT, 1994, p.3). A interrogação filosófica inaugurada por Kant problematiza a relação entre a historicidade do sujeito, o presente em que vive, e a constituição de si mesmo como sujeito autônomo, como sujeito de seu próprio esclarecimento. Neste sentido:

É este nós que está a caminho de tornar-se para o filósofo o objeto de sua própria reflexão; e por isso mesmo se afirma a impossibilidade de fazer a economia da interrogação para o filósofo acerca de seu pertencimento singular a esse nós. Tudo isso, a filosofia como problematização de uma atualidade e como interrogação para o filósofo dessa atualidade da qual faz parte e em relação à qual tem que se situar, poderia caracterizar a filosofia como discurso da modernidade e sobre a modernidade. (FOUCAULT, 1994, p.3-4)

Foucault coloca-se como herdeiro desta modernidade e, portanto, do projeto do esclarecimento. Contudo, Foucault reitera seu ponto de vista próprio, afirmando que “existe na filosofia moderna e contemporânea um outro tipo de questão, um outro modo de interrogação crítica: é esta que se viu nascer justamente na questão da *Aufklärung* ou no texto sobre a revolução” (FOUCAULT, 1994, p.12-13). E acrescenta:

Não se trata de uma analítica da verdade, consistiria em algo que se poderia chamar de analítica do presente, uma ontologia de nós mesmos e, me parece que a escolha filosófica na qual nos

encontramos confrontados atualmente é a seguinte: pode-se optar por uma filosofia crítica que se apresenta como uma filosofia analítica da verdade em geral, ou bem se pode optar por um pensamento crítico que toma a forma de uma ontologia de nós mesmos, de uma ontologia da atualidade, é esta forma de filosofia que de Hegel à Escola de Frankfurt, passando por Nietzsche e Max Weber, fundou uma forma de reflexão na qual tenho tentado trabalhar (FOUCAULT, 1994, p. 13).

Para Foucault, o corte epistemológico instituído com a crítica kantiana não pode ser efetivamente superado porque a modernidade não é pensada como uma época, cujo fim poderia ser decretado, mas como uma atitude que, como tal, não tem época. A filosofia crítica tem a obrigação ética de reatualizar permanentemente a crítica como atitude, instituindo novas rupturas.

A tarefa específica da filosofia crítica seria a reflexão sobre os limites, mas a noção foucaultiana de limite rompe com a perspectiva transcendental e normativa de Kant. Enquanto em Kant os limites são entendidos como a fronteira intransponível do conhecimento, que não poderia ser ultrapassada sob risco de ir além das prerrogativas legítimas da razão humana, Foucault pensa o limite como a transgressão necessária, como destruição de falsas evidências e rompimento radical com hábitos instituídos de pensamento.

A noção de limite, portanto, é vista por Foucault de forma oposta à da filosofia transcendental de Kant. Foucault põe de cabeça para baixo a crítica kantiana ao renunciar ao sujeito transcendental, substituindo as condições formais de possibilidade da experiência por condições históricas de possibilidade. Assim, poderíamos dizer que Foucault faz a crítica caminhar do universalismo para o relativismo, do formalismo para o historicismo, inventando “uma filosofia não de fundação, mas de risco” (RAJCHMAN, 1987, p.106).

O objetivo de Foucault é criticar as racionalizações políticas, não dar as costas ao projeto moderno nem ir contra ele. Foucault pretende colocar em xeque a idéia iluminista. É somente tornando-se capaz de questionar seus próprios efeitos de poder e de reconhecer a mutualidade entre saber e poder, que a crítica poderá se tornar imanente e reflexiva. É por essa razão que a crítica é redefinida por Foucault como uma atitude e não como proposição de valores e normas universais.

Enquanto a crítica para Kant tem a função de conduzir o homem ao estado de *maioridade*, libertando-o das ilusões transcendentais que o aprisionam, a crítica empregada por Foucault, crítica genealógica, relança o empreendimento kantiano, introduzindo novos conceitos e métodos de investigação, a fim de operacionalizá-los para enfrentar os desafios de um presente em mutação. Neste sentido, o kantismo de Foucault constitui uma tentativa de síntese entre o formalismo das condições de possibilidade e um historicismo radical, de modo que a crítica se torne desmistificação e transgressão permanente, em vez de apenas legitimar o que já existe.

Penso que Foucault faça a crítica das políticas da verdade com Kant numa mão e Nietzsche na outra, procurando uma síntese entre os dois lados, se é que isso é possível. O kantismo de Foucault é um “kantismo para além de Kant”, se Foucault vê em Kant um filósofo que pensa sua época como tema filosófico. Não podemos esquecer que, enquanto Kant busca responder quem somos nós enquanto sujeitos esclarecidos, Foucault tenta justamente rejeitar o que somos:

Talvez, o objetivo hoje em dia não seja descobrir o que somos, mas recusar o que somos. Temos que imaginar e construir o que poderíamos ser para nos livrarmos deste ‘duplo constrangimento’ político, que é a simultânea individualização e totalização própria às estruturas do poder moderno (FOUCAULT, 1995, p.239).

Foucault, com sua ontologia de nós mesmos, problematiza no sentido de que não somos esclarecidos, somos o conjunto de práticas e experiências. As práticas mudam e as experiências vão modificando os sujeitos. Desta forma, o homem definido por Kant desaparece, pois temos agora alguém que é o conjunto de suas práticas mutáveis. Não há alguém para sair da menoridade, mas que vive a partir de práticas sociais.

3 Foucault e a ontologia do presente

Foucault é um pensador que se interessa pelos fundamentos da racionalidade. Essa preocupação surge na filosofia do século XVIII. Nesse cenário, a questão: O que é a *Aufklärung*? “à qual Mendelssohn e, em seguida, Kant deram uma resposta” (MOTTA, 2005, p. XX) vai revelar a filosofia sob dois aspectos, a saber: a filosofia como “figura determinante de uma época” e a filosofia como “princípio de deciframento de toda sucessão histórica” (MOTTA, 2005, p. XX). Estes dois aspectos constituem a interrogação acerca do momento presente⁷, uma vez que a história aparece como um dos maiores problemas filosóficos, do qual a filosofia não mais se separa.

Enquanto na Alemanha a questão da *Aufklärung* produz uma reflexão histórica e política sobre a sociedade, principalmente em torno da religião, da ética e da economia do Estado, na França, a herança do Iluminismo surge pela história das ciências a partir das discussões postas pelos positivistas (inicialmente Saint-Simon e Auguste Comte) acerca do cientificismo.

Foucault traz a questão das Luzes como uma dupla possibilidade de nos interrogarmos acerca da razão: como “uma forma de tomarmos consciência das possibilidades atuais da

⁷ Segundo Rajchman, “o ‘presente’ refere-se àquelas coisas que são constituídas em nossos procedimentos correntes de modo que não nos apercebemos que têm suas raízes no passado, e escrever uma ‘história’ desse presente é pôr a descoberto essa constituição e suas consequências” (RAJCHMAN, 1987, p.53).

liberdade” e como uma interrogação sobre “os limites e poderes que usamos” (MOTTA, 2005, p. XXII). O filósofo francês aponta três questões, a saber: a razão, a revolução e as luzes; que abordam o movimento iluminista como fundamental para o plano da filosofia contemporânea. Segundo o autor:

O primeiro é a importância assumida pela racionalidade científica e técnica no desenvolvimento das forças produtivas e no jogo das decisões políticas. O segundo é a própria história de uma “revolução” cuja esperança havia sido conduzida, após o fim do século XVIII, por todo um racionalismo, ao qual se tem o direito de perguntar que participação ele pode ter tido nos efeitos de despotismo onde essa esperança foi perdida. O terceiro, enfim, é o movimento pelo qual se começou a perguntar, no Ocidente e ao Ocidente, que títulos sua cultura, sua ciência, sua organização social e, finalmente, sua própria racionalidade podiam deter para reivindicar uma validade universal: ela não é apenas uma miragem ligada a uma dominação e uma hegemonia política? (FOUCAULT, 2005b, p.357)

A pergunta *Was ist Aufklärung?* é a problematização que orienta o diagnóstico da filosofia de Foucault numa ontologia do presente. Ao que parece, enquanto Kant pensa o seu presente a partir do conceito de *Aufklärung*, Foucault alicerça sua genealogia crítica através do conceito de governamentalidade. Portanto, o conceito cunhado por Foucault surge como uma estratégia de poder voltada para governar, conduzir as condutas dos outros e a sua própria conduta.

A governamentalidade constitui-se numa ferramenta de pesquisa, numa lente que permite enxergar como operam os dispositivos de seguridade, um campo estratégico de relações de poder (dispositivo poder-saber). Podemos entendê-la como a articulação entre a dimensão política e a dimensão ética, pois, até 1979, o conceito aparece como uma estratégia para governar os outros (processo de governamentalização do Estado) e, nos anos 80, aparece como uma estratégia para governar a si mesmo.

O termo governamentalidade deriva da tradução da palavra de língua francesa *gouvernementalité*. Na aula de 1º de fevereiro de 1978, quarta aula do curso *Segurança, Território e População* ministrado no Collège de France (1977-1978), Foucault propõe três definições para a palavra governamentalidade, a saber:

Por esta palavra, “governamentalidade”, entendo o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por objetivo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por “governamentalidade” entendo a tendência, a linha de força que, em todo o Ocidente, não parou de conduzir, e desde há muito, para a preeminência desse tipo de poder que podemos chamar de “governo” sobre todos os outros – soberania, disciplina – e que trouxe, por um lado, o desenvolvimento de toda uma série de aparelhos específicos de governo [e, por outro lado], o desenvolvimento de toda uma série de saberes. Enfim, por “governamentalidade”, creio que se deveria entender o processo, ou antes, o resultado do processo pelo qual o Estado de justiça da Idade Média, que nos séculos XV e XVI se tornou o Estado administrativo, viu-se pouco a pouco “governamentalizado” (FOUCAULT, 2008, p.143-144).

Ao longo da história do pensamento político e filosófico da humanidade, o poder sempre teve um destaque enquanto tema de reflexão e debate. Foucault propõe subverter a lógica de como o conceito de poder era até então pensado. Ao invés de perguntar: o que é o poder? o filósofo traz a tarefa crítica de nos questionar: como se exerce o poder? Assim, não faz mais sentido falar de “poder” no singular, mas como um campo de múltiplas “relações de poder”.

Não há uma sociedade sem relações de poder e Foucault propõe que estas relações de poder sejam entendidas como jogos

estratégicos que buscam conduzir a conduta dos outros. Segundo Foucault:

O termo “conduta”, apesar de sua natureza equívoca, talvez seja um daqueles que melhor permite atingir aquilo que há de específico nas relações de poder. A “conduta” é, ao mesmo tempo, o ato de “conduzir” os outros (segundo mecanismos de coerção mais ou menos estritos) e a maneira de se comportar num campo mais ou menos aberto de possibilidades. O exercício de poder consiste em “conduzir condutas” e em ordenar a probabilidade. O poder, no fundo, é menos da ordem do afrontamento entre dois adversários, ou do vínculo de um com relação ao outro, do que da ordem do “governo” (FOUCAULT, 1995, p.243-244).

Entendido isso, talvez a ligação entre poder e governamentalidade se consolide a partir do conceito de “governo”. Para Foucault, governar “é estruturar o eventual campo de ação dos outros”. As relações de poder não são da ordem “da violência e da luta, nem do lado do contrato e da aliança voluntária (que não podem ser mais do que instrumentos); porém, do lado deste modo de ação singular – nem guerreiro nem jurídico – que é o governo” (Foucault, 1995, p.244).

Um pouco acerca desta questão, aponto a diferenciação proposta pelo professor Veiga-Neto acerca dos conceitos, a saber: governo e governmentamento. Foucault faz uso destas palavras que em algumas línguas estrangeiras apresentam um significado diferenciado. Contudo, na língua portuguesa, não há esta diferenciação, sendo ambas sinônimas de “governo”. Assim, podemos entender a palavra associada à instituição do Estado (Governo do Município, Governo do Estado, Governo da República, dentre outros tantos) e ação de governar (uma cidade, uma escola, uma família, uma criança, dentre outras tantas possibilidades).

Este segundo sentido, ação de governar, significa práticas múltiplas, pois “[...] o que está grafado como ‘práticas de governo’ não são ações assumidas ou executadas por um staff que ocupa

uma posição central no Estado, mas são ações distribuídas microscopicamente pelo tecido social” e o professor Veiga Neto (2005, p.21) acrescenta: “soa bem mais claro falarmos aí em ‘práticas de governoamento’”. Já que “governo” está associado, de forma geral, a uma instituição centralizadora de poder (como, por exemplo, ao Estado). Desta forma, ao me referir à ação de governar, irei utilizar o termo governoamento para designar uma prática de governo que não está necessariamente vinculada à instituição estatal.

Acredito que seja importante retroceder na história e analisar o que Foucault está querendo dizer com a palavra “governo”, uma vez que o conceito foi-se constituindo de diferentes formas com o passar do tempo. Foucault apresenta a origem da modalidade pastoral do poder, trazendo todo o histórico do pastorado enquanto derivação do Oriente, especialmente da sociedade hebraica, e a forma como este é introduzido no Ocidente pelo cristianismo⁸.

Foucault traz quatro características do poder pastoral, defendendo que este orienta para a salvação. Contudo, o poder pastoral não é uma invenção cristã, mas uma apropriação do cristianismo que se foi transformando ao longo dos séculos III ao XVII no âmbito interno da instituição Igreja. Nas palavras do autor:

1. É uma forma de poder cujo objetivo final é assegurar a salvação individual no outro mundo.
2. O poder pastoral não é apenas uma forma de poder que comanda; deve também estar preparado para se sacrificar pela vida e pela salvação do rebanho. Portanto, é diferente do poder real que exige um sacrifício de seus súditos para salvar o trono.
3. É uma forma de poder que não cuida apenas da comunidade como um todo, mas de cada indivíduo em particular, durante toda a sua vida.

⁸ Para Foucault, o cristianismo é um exemplo único na história. Trata-se do processo pelo qual uma comunidade religiosa se constituiu como Igreja, almejando governar a vida dos homens e conduzi-los à vida eterna e à salvação.

4. Finalmente, essa forma de poder não pode ser exercida sem o conhecimento da mente das pessoas, sem explorar suas almas, sem fazer-lhes revelar seus segredos mais íntimos. Implica um saber da consciência e a capacidade de dirigi-la. (FOUCAULT, 1995, p.237).

No entanto, nos séculos XV e XVI, há uma crise geral do pastorado. A problemática acerca da “maneira de se governar, de conduzir e se conduzir, acompanha, no fim do feudalidade, o nascimento de novas formas de relações econômicas e sociais e as novas estruturas políticas”. E conclui:

Uma importante transformação nas ‘artes de governar’ começa a acontecer desde o final do século XVI até a primeira metade do século XVIII. Essa transformação está ligada à emergência da “razão de Estado”. Passa-se de uma arte de governar cujos princípios foram tomados de empréstimos às virtudes tradicionais (sabedoria, justiça, liberdade, respeito às leis divinas e aos costumes humanos) ou às habilidades comuns (prudência, decisões refletidas, etc.) a uma arte de governar cuja racionalidade tem seus princípios e seu domínio de aplicação específico no Estado (FOUCAULT, p. 1997, p.83-82).

Foucault aponta quatro características da evolução do pastorado – tecnologias de poder: 1. responsabilidade geral e individual sobre o rebanho; 2. garantir a obediência a sua vontade que é lei; 3. forma de conhecimento individualizado entre o pastor e o rebanho e, 4. a renúncia aos desejos do indivíduo. Este quarto aspecto da evolução do pastorado é considerado pelo autor talvez o mais importante, já que “todas essas técnicas cristãs de exame, de confissão, de direção de consciência e de obediência têm um objetivo: levar os indivíduos a trabalhar por sua própria ‘mortificação’ neste mundo”; e o autor acrescenta:

Podemos dizer que o pastorado cristão introduziu um jogo que nem os gregos nem os hebreus haviam imaginado. Um estranho jogo cujos elementos são a vida, a morte, a verdade, a

obediência, os indivíduos, a identidade; um jogo que parece não ter nenhuma relação com aquele da cidade que sobrevive através do sacrifício de seus cidadãos. Ao conseguir combinar estes dois jogos – o jogo da cidade e do cidadão e o jogo do pastor e do rebanho – no que chamamos os Estados modernos, nossas sociedades se revelam verdadeiramente demoníacas (FOUCAULT, 2006, p.369-370).

Para o poder pastoral, o governo era algo distinto do sentido utilizado no poder governamental, ou seja, enquanto o primeiro apresentava uma racionalidade centrada no pastorado o segundo trazia uma racionalidade centrada na Razão de Estado. No entanto, é importante salientar que esta relação não é tão simples, pois o Estado moderno ocidental combina as técnicas de individualização aos processos de totalização, criando uma nova forma de poder pastoral. A citação que se segue, tanto longa quanto útil, traz algumas das características desta nova arte de governar:

1. Podemos observar uma mudança em seu objetivo. Já não se trata mais de uma questão de dirigir o povo para a salvação no outro mundo, mas, antes, assegurá-la neste mundo. E, neste contexto, a palavra salvação tem diversos significados: saúde, bem-estar (isto é, riqueza suficiente, padrão de vida), segurança, proteção contra acidentes.
2. Concomitantemente, houve um esforço da administração do poder pastoral. Às vezes, esta forma de poder era exercida pelo aparelho do Estado ou, pelo menos, por uma instituição pública como a polícia. (Não nos esqueçamos de que a força policial não foi inventada, no século XVIII, apenas para manter a lei e a ordem, nem para assistir os governos em sua luta contra o inimigo, mas para assegurar a manutenção, a higiene, a saúde e os padrões urbanos, considerados necessários para o artesanato e o comércio.).
3. Finalmente, a multiplicação dos objetivos e agentes do poder pastoral enfocava o desenvolvimento do saber sobre o homem em torno de dois pólos: um, globalizador e quantitativo,

concernente à população; o outro, analítico, concernente ao indivíduo (FOUCAULT, 1995, p.238).

Considerações finais

Percebemos que, neste momento histórico, o poder pastoral, que por séculos esteve ligado à instituição religiosa, dissemina-se pela rede social, encontrando apoio em diversas instituições. No entendimento de Foucault, ao invés de dois poderes (pastoral e político) ligados e muitas vezes atuando como rivais, há “uma ‘tática’ individualizante que caracterizava uma série de poderes: da família, da medicina, da psiquiatria; da educação e dos empregadores” (FOUCAULT, 1995, p.238). Assim, se no século XVIII ocorre o fim da era pastoral “em sua tipologia, em sua organização, em seu modo de funcionamento” (FOUCAULT, 2008, p.197), não podemos esquecer que o poder pastoral continua atuando e talvez não nos libertaremos mais dele.

Após esta breve (re) apresentação de Foucault como um pensador do presente e sua relação com o “kantismo para além de Kant”, pensamos ser bastante produtivo avistar no neologismo “governamentalidade” não somente relacionado à matriz da razão política moderna, mas também com todo um histórico de como pouco a pouco o Ocidente foi-se governamentalizando. Assim, a governamentalidade pode ser entendida como uma categoria metodológica que permite nos deslocar do estudo das instituições e nos interrogar acerca das tecnologias de poder: suas estratégias e táticas.

Remetendo-nos ao título do ensaio, **Foucault e a Modernidade como atitude ética** é crucial retomar que a Modernidade como período histórico começa no final do século XVIII e estende-se até nós. Nos escritos de Foucault, os dois primeiros sentidos para o termo “Modernidade” são históricos. Os dois outros têm a ver com o trabalho histórico-filosófico até a publicação dos dois últimos volumes de *Historie de la sexualité*

(1984), pois, como foi apontado neste ensaio, os livros de Foucault tinham como campo de trabalho a época clássica e a Modernidade.

O quinto sentido, que foi o que mais nos debruçamos a estudar aqui, atribui ao termo “Modernidade” um sentido diferenciado. Não tem a ver nem com uma época nem com uma caracterização, mas com uma atitude. Ao longo deste ensaio buscamos apresentar esse sentido de Modernidade como atitude ética tomando como base dois artigos escritos por ocasião do bicentenário da célebre resposta de Kant à questão: Que é o Iluminismo? Foucault vê a Modernidade muito mais da ordem da atitude, do que propriamente um período histórico, ou uma época. Mas, enfim, o que é atitude? Por atitude Foucault quer dizer um modo de relação a respeito da atualidade, uma eleição voluntária que alguns fazem, enfim, uma maneira de pensar e de sentir, e também uma maneira de agir e de se conduzir que, ao mesmo tempo, marca um pertencimento e se apresenta como uma tarefa. Um pouco, sem dúvida, o que os gregos chamavam de *ethos*, ou seja, uma atitude ética.

Referências

CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*. Belo Horizonte, Autêntica, 2009.

ERIBON, Didier. *Michel Foucault, 1926-1984*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo, Companhia das Letras, 1990.

FOUCAULT, M. *O que é o Iluminismo?* Trad. Wanderson Flor do Nascimento. Brasília, UNB, 1994, p. 1-13. <http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/iluminismo.html>. Acesso em: 25/11/2008, à 10h 31 min.

_____. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Michel Foucault. Uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 231-249.

_____. *Resumo dos Cursos do Collège de France (1970-1982)*. Trad. Andrea Daher. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1997.

_____. O que são as Luzes? Ditos & Escritos, vol II – *Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005a, p. 335-351.

_____. A vida: a Experiência e a Ciência. Ditos & Escritos, vol II – *Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005b, p. 352-366.

_____. Omnes et Singulatim: uma Crítica da Razão Política. Ditos & Escritos, vol IV – *Estratégia, Poder-Saber*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2006, p. 355-385.

_____. *Segurança, Território, População*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o iluminismo? IN: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. São Paulo, Edições 70, 1990.

MOTTA, Manoel Barros da. A questão do Iluminismo. IN: Ditos & Escritos, vol II – *Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. Trad. Elisa Monteiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. XX-XXII.

RAJCHMAN, John. *Foucault: A liberdade da Filosofia*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar, 1987.

VEIGA-NETO, Alfredo. Coisas de governo... In: *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzschianas* Rio de Janeiro, Dp&A editora, 2005, p. 13-34.