

# Direitos Difusos e Coletivos: Vulnerabilidades e Proteção Jurídica

Glauce Suely Jácome da Silva  
Rozeane Albuquerque Lima  
(Organizadoras)

 eduepb





## Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. Flávio Romero Guimarães | *Vice-Reitor*

## **eduepb** Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidoval Moraes de Sousa | *Editor Assistente*

### Conselho Editorial

Luciano Nascimento Silva (UEPB) | José Luciano Albino Barbosa (UEPB)

Antonio Roberto Faustino da Costa (UEPB) | Antônio Guedes Rangel Junior (UEPB)

Cidoval Moraes de Sousa (UEPB) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

### Conselho Científico

Afrânio Silva Jardim (UERJ) | Jonas Eduardo Gonzalez Lemos (IFRN)

Anne Augusta Alencar Leite (UFPB) | Jorge Eduardo Douglas Price (UNCOMAHUE/ARG)

Carlos Wagner Dias Ferreira (UFRN) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Celso Fernandes Campilongo (USP/ PUC-SP) | Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)

Diego Duquelsky (UBA) | Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)

Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN) | Pierre Souto Maior Coutinho Amorim (ASCES)

Eduardo Ramalho Rabenhorst (UFPB) | Raffaele de Giorgi (UNISALENTO/IT)

Germano Ramalho (UEPB) | Rodrigo Costa Ferreira (UEPB)

Glauber Salomão Leite (UEPB) | Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL)

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira (IPCA/PT) | Vincenzo Carbone (UNINT/IT)

Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB) | Vincenzo Milittello (UNIPA/IT)



Scientific Electronic Library Online - SciELO



Editora filiada a ABEU

### EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: [eduepb@uepb.edu.br](mailto:eduepb@uepb.edu.br)

**Glauce Suely Jácome da Silva**  
**Rozeane Albuquerque Lima**  
*(Organizadoras)*

# **Direitos Difusos e Coletivos: Vulnerabilidades e Proteção Jurídica**



Campina Grande-PB  
2020



## Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidoval Moraes de Sousa | *Editor Assistente*

### Expediente EDUEPB

Erick Ferreira Cabral | *Design Gráfico e Editoração*

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes | *Design Gráfico e Editoração*

Leonardo Ramos Araujo | *Design Gráfico e Editoração*

Elizete Amaral de Medeiros | *Revisão Linguística*

Antonio de Brito Freire | *Revisão Linguística*

Danielle Correia Gomes | *Divulgação*

Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.  
FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA HELIANE MARIA IDALINO SILVA - CRB-15ª/368

---

D597 Direitos difusos e coletivos: vulnerabilidades e proteção jurídica. [Livro eletrônico]. / Glauce Suely Jácome da Silva, Rozeane Albuquerque Lima (Organizadoras). - Campina Grande: EDUEPB, 2020. 2000kb. - 427 p.

Modo de acesso: <http://eduepb.uepb.edu.br/e-books/>

**ISBN 978-85-7879-521-4 (E-book)**

1. Direito Constitucional e administrativo. 2. Direitos humanos. 3. Políticas públicas e multiculturalismo. 4. Direito trabalhista brasileiro - Reforma. 5. Ideologia ultraindividualista. 6. Interculturalismo. 7. Direito do consumidor. 8. Direito ambiental - Sociobiodiversidade. I. Silva, Glauce Suely Jácome da (Organizadora). II. Lima, Rozeane Albuquerque (Organizadora).

21. ed.CDD 342

---

Copyright © **EDUEPB**

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

# Sumário

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
As organizadoras.	
<b>IDEOLOGIA ULTRAINDIVIDUALISTA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO OBSTÁCULO À APLICAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS</b> .....	11
André Augusto Salvador Bezerra	
<b>INTEGRAÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS ÉTNICO- NACIONAIS NAS CIDADES GLOBAIS MULTICULTURAIS</b> .....	33
Alessandra Danielle Carneiro dos Santos Hilário	
<b>DIREITOS CULTURAIS, PATRIMÔNIO E DIVERSIDADE: A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS INDÍGENAS</b> .....	69
Gilmara Benevides C. S. Damasceno Luciana de Oliveira Chianca	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS E A JUREMA SAGRADA: UMA QUESTÃO DE RECONHECIMENTO</b> .....	109
Camilo de Lélis Diniz de Farias	
<b>A DEFICIÊNCIA EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA: DA ANIQUILAÇÃO DA DIFERENÇA AO MODELO DE INCLUSÃO SOCIAL PELO ACESSO AOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	141
Gustavo Giorggio Fonseca Mendoza Glauber Salomão Leite	

**O AUMENTO DA DELINQUÊNCIA FEMININA E A  
INAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE..... 165**

Félix Araújo Neto

Sabrina Correia Medeiros Cavalcanti

**APLICAÇÃO DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA  
COMO MÉTODO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO  
DA IGUALDADE SUBSTANCIAL NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO..... 193**

Italo Barbosa Leôncio Pinheiro

**A GARANTIA DO EFETIVO DIREITO À COMUNICAÇÃO ..... 225**

Ana Cristina Santos

**REFORMA NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO:  
O CONTEXTO DOS TEXTOS ..... 259**

Nadine Gualberto Agra

**A INSEGURANÇA JURÍDICA DO CONSUMIDOR NAS  
RELAÇÕES CONSUMERISTAS NO ÂMBITO DOS  
PAÍSES DO MERCOSUL ..... 287**

Fernando Antônio Vasconcelos

Fernanda Holanda V. Brandão

Ilany Caroline da Silva Leandro

**OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: UM ESTUDO À LUZ DO  
DIREITO DO CONSUMIDOR E DO DESENVOLVIMENTO  
SUSTENTÁVEL..... 311**

Antonio Pedro de Mélo Netto

Mariana Loureiro Gama

**O BIODIESEL NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... 341**

Talden Farias

Arícia Fernandes Correia

**O SEMIÁRIDO SUSTENTÁVEL - UMA CONSTRUÇÃO  
DISCURSIVA? REFLETINDO CONCEITOS E NARRATIVAS  
SOBRE E PARA O SEMIÁRIDO BRASILEIRO ..... 379**

Cristian José Simões Costa

Glauce Suely Jácome da Silva

Rozeane Albuquerque Lima

**POLÍTICAS PÚBLICAS E GESTÃO AMBIENTAL:  
REFLEXÕES SOBRE A AMPLIAÇÃO DO ACESSO À ÁGUA  
NO SEMIÁRIDO, O CASO DO MUNICÍPIO DE SUMÉ-PB ..... 409**

Allan Gustavo Freire da Silva

José Irivaldo Alves de Oliveira Silva

Carina Seixas Maia Dornelas

Alecksandra Vieira de Lacerda



## APRESENTAÇÃO

O livro *Direitos Difusos e Coletivos: Vulnerabilidades e Proteção Jurídica* foi também pensado a partir de um congresso realizado na cidade de Campina Grande Paraíba: o I Congresso Internacional de Direitos Difusos. Tivemos a intenção de reunir as principais temáticas abordadas ao longo do encontro pelos palestrantes e convidados, temáticas estas com relevância e repercussão nacional .

Na sociedade atual, de contexto massificado, os interesses coletivos ganharam grande repercussão. Em alguns momentos chegam a ser mais importantes que os direitos individuais. Nesse cenário, a defesa dos direitos difusos torna-se um dos grandes desafios das instituições jurídicas do Estado moderno. Buscando proporcionar aos profissionais, acadêmicos e aplicadores do direito uma visão ampliada sobre os interesses difusos e suas repercussões no campo social é que este livro se propõe a discutir as vulnerabilidades e a proteção jurídica, compreendendo a vulnerabilidade como característica intrínseca e ao mesmo tempo como o próprio fundamento da formulação das leis protetivas no campo dos direitos difusos. Os artigos aqui reunidos se propõem a discutir temas nos mais diversos campos do Direito e diálogos com disciplinas afins e com temáticas atualizadas nas áreas de consumidor, gênero, patrimônio cultural e ambiental, questões étnico raciais, trabalho, inclusão dentre outras; aspectos relevantes para o avanço na carreira acadêmica e jurídica.

Convidamos você, leitor, a passear pelas páginas e mergulhar nas leituras que te atraem. E, assim fazendo, te convidamos a refletir sobre a relevância destes debates na atual conjuntura nacional.

Boa leitura!  
*As organizadoras.*



# IDEOLOGIA ULTRAINDIVIDUALISTA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO OBSTÁCULO À APLICAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

*André Augusto Salvador Bezerra<sup>1</sup>*

## **1 Introdução: a compreensão do problema a partir de dois julgados**

O presente texto tem início com uma breve apresentação de dois casos submetidos ao Poder Judiciário, aptos à compreensão do objetivo da análise que pretendemos realizar: relacionar a dificuldade da atividade jurisdicional brasileira em aplicar direitos coletivos como um problema ideológico.

Os casos decorrem de processos originados nas demandas de aproximadamente 5 mil indígenas, que reivindicam o cumprimento do artigo 231 da Constituição da República para a demarcação de área de cerca de 47 mil hectares, abarcando porções dos Municípios baianos de Buerarema, Una e Ilhéus. Trata-se da demanda pela Terra Indígena (TI) Tupinambá de Olivença.

No âmbito desse conflito, foi ajuizada, por particular, ação de reintegração de posse perante a Justiça Federal em Ilhéus, julgada procedente, ficando, em 1ª instância, decretada a expulsão dos indígenas de determinada fazenda situada na área demarcável. Os Tupinambá que se encontravam na local recusaram-se a cumprir

---

1 Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Humanidades, Direitos e outras legitimidades da Universidade de São Paulo (Diversitas/USP). Membro e ex-presidente (2014-2017) da Associação Juízes para a Democracia (AJD).

a decisão judicial, permanecendo no pedaço de terra que consideram sagrado e que, em consonância com o estudo multidisciplinar realizado pela Fundação Nacional do Índio (Funai), têm o direito constitucional de ver demarcada (BRASIL, 2008).

A solução judicial encontrada para o caso merece destaque, conforme o seguinte trecho:

Autor obteve inicialmente a tutela liminar interdita, confirmada por sentença, e, posteriormente convertida em mandado reintegratório, tendo em vista que a comunidade indígena, não só desrespeitou a ordem de interdito proibitório, como invadiu novamente a área após cumprido o mandado de reintegração.

[...].

Sendo assim, uma vez que se tornaram inócuas as multas aplicadas ao agente invasor bem como os meios pacíficos para dirimir o conflito, não resta alternativa senão utilizar-se dos instrumentos processuais postos à disposição do juiz para tornar efetivo o provimento jurisdicional.

[....].

Isso posto, **DEFIRO O REQUERIMENTO** da parte autora para determinar a suspensão do andamento do processo administrativo [...] referente à demarcação e da delimitação da terra indígena Tupinambá de Olivença no Município de Ilhéus, Buerarema e Una [...], enquanto perdurar a permanência da Comunidade Indígena na área da Fazenda Serra da Palmeira, localizada no Distrito de Japu, Ilhéus/BA (BRASIL, 2010).

Verifica-se que, a fim de dar efetividade à ordem de reintegração de posse, o Judiciário Federal de 1ª instância determinou a suspensão de todo o processo de demarcação dos 47 mil hectares

conduzido pela Funai, envolvendo os interesses não apenas dos aproximadamente 5 mil indígenas, mas também dos milhares de não-índios a serem atingidos pela demarcação: incluem-se, aí, proprietários de áreas que têm direito à justa indenização pela eventual perda do domínio em parte do todo demarcável.

Em outras palavras: reconheceu-se judicialmente que o interesse de um único suposto possuidor de terra pode sobrepor-se aos interesses de milhares de indígenas e proprietários ou possuidores de imóveis da região.

Há mais um caso, decorrente da demanda pela TI Tupinambá de Olivença, a comentar.

Trata-se de ação civil pública que o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou em face da União, objetivando condená-la aos danos morais coletivos decorrentes de torturas praticadas contra indígenas, por policiais federais, no contexto da demanda coletiva pela demarcação de terras. As torturas foram reconhecidas pela Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (BRASIL, 2011, p. 8).

O processo tramitou da 1ª Vara Federal de Itabuna, tendo, ao final, sido extinto sem julgamento do mérito, em termos abaixo citados:

Delimitada a lide, portanto, aos fundamentos de fato e de direito expostos na inicial, que se restringem às assertivas acerca da repercussão dos eventos narrados sobre “a imagem, a auto-estima e a identidade das Comunidades Indígenas Tupinambás”, resta concluir que, tais alegações, aventadas na forma genérica e superficial, sem amparo de mínima evidência da ocorrência de supostas lesões, revelam-se insuficientes para configurar a necessidade/ utilidade/adequação da tutela coletiva pretendida em prol de toda a coletividade indígena da comunidade.

[...].

Na verdade, a violência policial mais traz danos à imagem da ré do que à coletividade [...] (BRASIL, 2014).

Ficou, assim, reconhecido que a tortura incidente contra membros de uma coletividade no contexto de luta por um direito dessa mesma coletividade não é apta a gerar danos morais coletivos. Sob o raciocínio do julgador, tal fato, quando muito, gera danos morais (lesões à imagem) na própria ofensora, a União Federal.

## **2 Uma perspectiva individualista dos direitos**

Apesar de terem sido proferidas em processos distintos, nas decisões acima exemplificadas há a adoção de uma mesma perspectiva na aplicação dos direitos em discussão: uma visão individualista.

Nesse aspecto, é necessário lembrar que os direitos que conhecemos e que estão previstos no ordenamento jurídico têm a *historicidade* como elemento essencial. São eminentemente históricos, advindo, especialmente nas democracias, a partir das demandas de determinados grupos sociais, presentes em determinados períodos e que terminam reconhecidas pelo Estado na forma de documentos normativos.

O reconhecimento da propriedade privada, enquanto direito individual, por exemplo, tem sua História relacionada à ocupação da burguesia à posição de classe social dominante da Europa do século XVIII. O direito de greve, por sua vez, encontra sua origem nos movimentos operários dos primeiros tempos de consolidação do capitalismo, especialmente nas fábricas do século XIX, perdurando no século seguinte (como no Brasil), sempre objetivando melhores condições de trabalho. Os direitos do consumidor, como derradeiro exemplo, decorrem de reivindicações de utentes de produtos e serviços no âmbito da explosão da sociedade de consumo do capitalismo globalizado dos séculos XX e XXI.

Há, portanto, uma multiplicidade de grupos sociais que lutam para que suas demandas sejam reconhecidas pelo aparelho estatal. Tais grupos nem sempre ostentam os mesmos interesses; pelo contrário, é comum haver demandas contraditórias umas com as outras, mas igualmente reconhecidas pelo Estado, gerando conflitos para a aplicação de alguns direitos em detrimentos de outros.

É assim que entendemos a assertiva no sentido de que os direitos configuram um *campo de lutas* (STRECK, 2011, p. 7). Como ressalta Upendra Baxi (2006, p. 171), tem-se um campo caracterizado pela coexistência de contradições sócio-ideológicas entre presente e passado e entre grupos sociais distintos.

No plano das ideias, o processo de reconhecimento de direitos levou o campo de lutas ao debate discursivo em torno de duas bases filosóficas: o ser humano como indivíduo isolado e, portanto, titular de direitos individuais, originados nas Revoluções Burguesas do século XVIII; ou o ser humano como ente social, ligado um ao outro por redes de relações historicamente construídas, titular prevalentemente de direitos coletivos, que encontram sua gênese nos conflitos por condições dignas de trabalho dos primeiros tempos da Revolução Industrial e ampliando-se nas lutas pela descolonização de países e povos periféricos nos séculos XX e XXI (SHIVJI, s.d., p. 1).

Voltando às duas decisões citadas no início deste texto, têm-se, em ambas, a adoção judicial de uma perspectiva filosófica individualista de sociedade, a fazer prevalecer os direitos individuais. A posse de uma pessoa prevalece sobre os interesses de milhares de índios e não-índios na demarcação de terra; a tortura sofrida no âmbito de uma luta coletiva não gera danos extrapatrimoniais na mesma coletividade.

É preciso anotar que a base filosófica individualista não consiste em peculiaridade da leitura dos direitos no âmbito de conflitos envolvendo indígenas. Quem acompanha o cotidiano do Poder Judiciário brasileiro percebe que considerável parcela das respectivas decisões privilegia a mesma visão.

Basta lembrar a dificuldade da atividade jurisdicional reconhecer institutos de índole coletiva, como a indenização por dano social causada por práticas abusivas de grandes empresas no âmbito da sociedade do consumo; ou ainda a forma pela qual a Justiça do Trabalho, de modo geral, trata conflitos eminentemente sociais na relação capital-trabalho como desavenças isoladas entre empregados e empregadores; da mesma maneira, a expedição de mandados possessórios contra pessoas que lutam por moradia nos centros urbanos ou por reforma agrária no campo, como se os respectivos conflitos consistissem em meras brigas de vizinhos por marcos divisores de propriedades; por fim, apenas para não se alongar em demasia na exemplificação, a lotação do sistema penitenciário brasileiro por pessoas condenadas, ou simplesmente acusadas, da prática de crimes contra a propriedade individual<sup>2</sup> em contraste com a histórica omissão na exigência de controle e transparência nos atos da Administração Pública e que poderiam evitar a prática de delitos contra o patrimônio coletivo.

### **3 A ideologia das decisões: o ultraindividualismo**

A abrangência e a intensidade dos casos e da natureza das causas, acima mencionadas, permitem dizer que a filosofia individualista primordialmente adotada no Judiciário brasileiro tem uma peculiaridade: trata-se de verdadeiro ultraindividualismo, uma *opção ideológica* adotada jurisprudencialmente e que obsta a efetivação de direitos fundados em uma concepção solidária de sociedade.

---

2 Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias relativo a 2016, 37% dos custodiados brasileiros eram acusados ou condenados pela prática dos crimes contra a propriedade individual furto e roubo. É uma fatia superior aos envolvidos com tráfico de drogas (28%) e com homicídio (11%) (VERDÉLIO, 2017, p.1).

Quando mencionamos *opção ideológica*, estamos cientes dos múltiplos significados que a expressão tem recebido no âmbito da Sociologia e da Política. No presente estudo, adotamos a *concepção total de ideologia*, formulada por Karl Mannheim<sup>3</sup> (1982, p.82), no sentido de se tratar de um conjunto de “[...] opiniões, declarações, proposições e sistemas de ideias [...]” presentes em uma época ou em “[...] um grupo social concreto, por exemplo, a de uma classe, ocasião em que nos preocupamos com as características e a composição da estrutura total da mente desta época ou deste grupo”.

Por esse entendimento, não estamos a ignorar o significado crítico (ou forte) da expressão ideologia, a “falsa consciência nas relações de domínio entre as classes [...]” (STOPPINO, 2010, p. 585). Anota o próprio Mannheim (1982, p. 91), que, quando da superação do regime feudal, a emergência da burguesia como classe dominante veio também acompanhada de “[...] um novo estilo de pensamento, que finalmente deslocou os modos existentes de interpretar e explicar o mundo”.

Dessa forma, a adoção da visão de mundo burguesa para além dessa classe social, inclusive por setores de grupos oprimidos pelo sistema, descortina o problema da falsa consciência, presente no significado forte do termo ideologia: “[...] as ideias da classe dominante se tornam as ideias de toda classe social, se tornam as ideias dominantes” (CHAUÍ, 1994, p. 117).

Existe, dessa maneira, um inevitável vínculo da concepção de ideologia com os interesses de classes ou dos grupos sociais em conflito, cujas demandas, como mencionamos acima, podem ser acolhidas pelo Estado na forma de direitos. Tal inevitabilidade fica mais clara quando da adoção de visões de mundo, por grande

---

3 Entendemos que as ideias do húngaro Mannheim (1893-1947) ganham especial relevância em tempos atuais, e por isso as adotamos neste estudo, pela similitude daqueles vividos pelo autor entre as duas grandes guerras mundiais (1918-1939): o crescimento da intolerância e de ideias autoritárias, preocupação presente em sua obra.

parte da sociedade, daquelas que seriam dos interesses dos grupos dominantes, tendendo “[...] a degenerar em ideologias, cuja função consiste em ocultar o real significado da conduta ao invés de revelá-lo” (MANNHEIM, 1982, p. 121).

De todas essas observações, fica notável o caráter conservador do termo ideologia. É certo que se admite que todos os grupos ou classes sociais em conflito buscam a “[...] realidade em seus pensamentos e em seus atos, não sendo por conseguinte de estranhar que esta pareça ser diferente para cada um deles” (MANNHEIM, 1982, p. 124). Todavia, quando se fala em uma ação ideológica, considera-se – e é o que consideramos neste texto –, que se tem uma ação baseada na visão dos grupos dominantes objetivando a manutenção do poder<sup>4</sup>.

Voltando aos casos citados no início deste estudo, a suspensão de processo demarcatório da TI Tupinambá de Olivença termina por beneficiar os interesses econômicos do agronegócio, normalmente contrários à retirada de um pedaço de terra do comércio em favor dos indígenas. Da mesma forma, o não reconhecimento de dano moral coletivo por tortura termina por legitimar um aparelho estatal, como o brasileiro, que historicamente faz uso de práticas repressivas primitivas em detrimento do diálogo democrático<sup>5</sup>.

Podemos ir além da questão indígena na consideração de outras espécies de causas. Nesse sentido, o tratamento judicial das desigualdades presentes nas relações de consumo, da criminalidade

---

4 E que, na esteira do pensamento de Mannheim, contrapõe-se à ação utópica, isto é, baseada na visão de mundo das classes e grupos dominados, que querem que suas ideias passem a ser as dominantes, objetivando o alcance do poder.

5 Estudo publicado por entidades de defesa de Direitos Humanos concluiu que a tortura perdura como método de investigação no Brasil e que tal delito permanece impune, mormente em razão da ausência de mecanismos de “[...] monitoramento dos espaços onde ocorre a tortura [...]” (JESUS; CALDERONI, 2015, p. 61)

sobre o patrimônio particular, da situação dos que não tem onde morar ou das explorações nas relações de trabalho, como meros problemas individuais e privados, termina também por beneficiar interesses econômicos e governamentais.

Para a melhor compreensão do problema, é importante perpassarmos a (grave) questão indígena, inicialmente citada, e alcançarmos, com breve e elucidativo exemplo, as relações de consumo.

Imaginemos uma instituição financeira que não toma as necessárias cautelas para a celebração de contratos com clientes e permite que fraudadores obtenham crédito fazendo uso do nome de terceiro de boa-fé. Claro que os responsáveis pela fraude não pagarão a dívida, o que ensejará ao banco a inscrição do nome do terceiro em órgãos de proteção ao crédito.

O resultado é bem conhecido a muitos que militam no Sistema de Justiça. Há um dano moral causado pelo banco a uma pessoa que sequer sabia ter havido uma abertura de crédito em seu nome. Esta pessoa poderá ajuizar uma indenização por dano moral individual em face da instituição financeira, que, certamente, conforme maioria jurisprudencial, sairá derrotado e terá de pagar um valor indenizatório arbitrado judicialmente.

O problema é que esse terceiro de boa-fé talvez não ingresse com ação indenizatória. Neste caso, o banco causador do dano não sofrerá qualquer sanção, lucrando ao continuar a não usar as devidas cautelas na concessão de crédito.

Ora, a situação seria diferente se o caso, tão frequente no cotidiano forense, fosse tratado coletivamente. Por exemplo, se a mesma instituição financeira fosse condenada por dano social em valor elevado, decorrente da negativação descuidada do nome de cidadãos em entes de proteção ao crédito, a ser destinado, não para o enriquecimento pessoal de um lesado, mas para instituições beneficentes ou de defesa do consumidor.

Do caso acima concebido, é possível ainda perceber que o ultraindividualismo que permeia a mentalidade da maioria dos membros do Judiciário brasileiro prejudica esses mesmos membros. Lembramos que, somente em 2016, circularam no Brasil cerca de 102 milhões de processos (BRASIL, 2017), sendo que, em cerca de 90% deles, envolvendo apenas três categorias de litigantes: Estado, instituições financeiras e empresas de telefonia (BEZERRA, 2016b).

Vale dizer: temos a tramitação de milhões de processos em que se discutem casos individuais e que, por serem idênticos a outros, poderiam ser resolvidos por soluções coletivas.

Tal circunstância corrobora a utilização do sentido crítico do termo ideologia: consciência falsa, isto é, equivocada, em benefício de grupos que dominam os sistemas econômico e estatal. Imperceptivelmente, juízes prejudicam a própria qualidade de seu trabalho; afinal, não são necessárias grandes argumentações para concluirmos que 102 milhões de processos configura uma quantidade dificilmente administrável.

O que não se percebe, especialmente os próprios juízes, é que o Judiciário é instrumentalizado para que demandas oriundas da sociedade civil sejam silenciadas e para que as violações coletivas de direito sejam naturalizadas. Eis o efeito primordial do tratamento caso a caso em processos originados em problemas sociais de um dos dez países mais desiguais do mundo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017).

#### **4 Críticas à tese do ultraindividualismo**

As conclusões acima colocadas podem ensejar alguns estranhamentos decorrentes de crenças arraigadas no campo jurídico, da legislação em vigor ou de fundamentos teóricos do que conhecemos como Estado de Direito.

Com base nessas circunstâncias, descreveremos três possíveis críticas à hipótese que ora defendemos, para, ao final, refutá-las.

## 4.1 Judiciário e ideologia

A primeira crítica a ser descrita é aquela que se ampara na crença do dever de neutralidade ideológica pelos membros do Judiciário.

A existência de juízes neutros consiste em tese originada na filosofia positivista. Prevalente entre o século XIX e a primeira metade do século XX, o positivismo enxergava o dever de imparcialidade, imposto em qualquer julgamento, como uma simbiose entre independência dos juízes e neutralidade política (SANTOS, 2009, p. 90).

Tal posição, porém, não se sustenta.

Nesse aspecto, para a adequada compreensão do problema, precisamos salientar que o processo de consagração estatal de direitos envolve dois momentos.

O primeiro momento consiste no processo de *escrita* dos direitos em documentos normativos. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, configura a escrita de determinadas demandas sociais que visam ao equilíbrio entre fornecedores e utentes nas relações de consumo.

O segundo, por sua vez, configura o momento posterior da *leitura* dos documentos escritos, advindo, assim, o trabalho de interpretação das normas escritas para a respectiva aplicação concreta. A interpretação do Código de Defesa do Consumidor advém da leitura da escrita das aludidas demandas sociais que o compõem.

Ora, nenhum texto escrito é dotado de significado claro. O processo interpretativo de leitura de direitos passa, então, a ser influenciado pelos mais diversos fatores, inclusive ideológicos (BAXI, 2006, p. 168-170).

Daí Eros Grau (2014, p. 72) defender que qualquer decisão judicial é produto de vasta gama de acontecimentos, dentre os quais as “[...] convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem

política”. Isso porque, como complementa Rui Portanova (2003, p. 16), “todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual”.

Tais observações não significam que o magistrado esteja isento do cumprimento do dever de imparcialidade.

Deve o juiz declarar-se impedido ou suspeito quando presente alguma situação legal que faça caracterizar tais situações: não pode um julgador apreciar processo que tem como parte seu amigo íntimo, por exemplo. Ademais, tem o juiz o dever de seguir os ditames do devido processo legal, ouvindo sempre todas as partes antes de alcançar uma conclusão definitiva no processo e manifestando, de forma clara, os motivos de fato e de direito que o levaram a uma decisão.

A ressalva acima exposta não significa ignorar a importância da visão de mundo do juiz na leitura pessoal - e interpretação - das normas jurídicas no momento que irá aplicá-las ao caso concreto. O juiz que cumpre seu dever funcional de imparcialidade será inexoravelmente influenciado por suas ideias e valores.

## **4.2 Limites legais a soluções coletivas de conflitos.**

Uma segunda crítica que pode advir contra a sustentada prevalência de ideologia ultraindividualista no Judiciário diz respeito às limitações legais à solução coletiva de conflitos.

De fato, o Direito brasileiro desconhece uma ação como a chamada *class action* estadunidense, na qual “[...] uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum” (BUENO, 1996, p. 95). A ação civil pública do Brasil tem sua legitimidade ativa a reduzidas entidades, não se olvidando ainda dificuldades de cumprimento de julgado, que, por vezes, ensejam

verdadeiras novas instaurações de processos de conhecimento individual.

Não podemos, ainda, desconsiderar que o Novo Código de Processo Civil brasileiro manteve a tradição processual individualista. O incentivo, presente em tal diploma, a composições amigáveis individuais, como a audiência de conciliação e a mediação, configura um exemplo desse quadro. Da mesma forma, o veto ao artigo 333, do mesmo diploma processual, que previa a possibilidade de coletivização da demanda individual.

A realidade, porém, é que frequentemente se têm decisões ainda mais individualistas do que a própria legislação em vigor. Os dois casos citados no início deste texto são paradigmáticos.

A lei não prevê que o descumprimento de medida de reintegração de posse concedida em favor de um único suposto possuidor possa ensejar a suspensão de todo um processo demarcatório envolvendo os interesses de milhares de indígenas e não-índios. Além do mais, a lei não proíbe o reconhecimento de danos morais coletivos em favor de povos que ostentam modo de vida sócio-coletivo e que, em razão de uma luta coletiva, têm alguns de seus membros vítimas de tortura praticadas por agentes do Estado.

Podemos ir mais longe nos exemplos para lembrar a dificuldade da jurisprudência em reconhecer danos sociais contra grandes empresas que, em razão de manobras processuais protelatórias, não observam o imperativo de ordem pública de cooperar para solução rápida de litígios (art. 6º, do Código de Processo Civil) (BEZERRA, 2016a, p. 237). Podemos, por fim, ir ainda mais adiante e ingressar na jurisdição penal, recordando que o ordenamento jurídico prevê penas alternativas ao abarrotado, por decisões judiciais, sistema penitenciário brasileiro, formado, em considerável parcela, por condenados ou acusados de crimes contra a propriedade individual, na forma que mencionamos anteriormente.

### 4.3 O individualismo do Estado de Direito

Uma derradeira discordância, a ser citada e que pode ser realizada à questão ideológica que inserimos neste texto, diz respeito ao fato de o Direito Ocidental ter uma base filosófica individualista. Do ponto de vista teórico, consideramos essa a crítica mais forte à nossa hipótese.

Realmente, o que se conhece hoje como Estado de Direito, oriundo de eventos como a Revolução Francesa de 1789, é produto da formulação teórica do contrato social: figura de linguagem que, baseada na obra de autores como Hobbes, Locke e Rousseau, indica a formação da realidade estatal a partir de um ato humano, o contrato, objetivando a segurança do próprio ser humano e a preservação dos direitos então tidos por naturais.

Há, pois, um protagonismo do indivíduo. Daí anotar Bobbio (2005, p. 15) que:

O contratualismo moderno representa uma verdadeira reviravolta na história do pensamento político dominado pelo organicismo na medida em que, subvertendo as relações entre indivíduo e sociedade, faz da sociedade não mais um fato natural, a existir independentemente da vontade dos indivíduos, mas um corpo artificial, criados pelos indivíduos à sua imagem e semelhança e para a satisfação de seus interesses e carências e o mais amplo exercício de seus direitos.

Sob a lógica dessa formulação teórica, portanto, não é o indivíduo que existe para a sociedade; é a sociedade que existe para o indivíduo. O Direito, então, passa a objetivar o indivíduo, o que explica serem os valores legalizados pelas revoluções burguesas, do final do século XVIII, conhecidos como direitos individuais: propriedade individual, liberdade de expressão, liberdade de religião, dentre tantos outros.

Sucedem que a instituição do chamado Estado de Bem-Estar-Social, originado no século XIX e consolidado na segunda metade do século XX na Europa Ocidental, atenuou o individualismo de origem burguesa. Ao legitimar uma realidade estatal intervencionista e dotada do dever de efetivar direitos coletivos e difusos - como moradia, saúde, educação e ambiente - revelou possibilidades de acolhimento de valores baseados em uma concepção solidária de sociedade (SHIVJI, s.d., p. 1), ainda que no âmbito da ideia do contrato social.

A propósito, até mesmo em sociedades cujas constituições não adotam o Estado de Bem-Estar-Social tem sido possível uma leitura menos individualista dos direitos. É o caso da aplicação judicial da *class action* no país paradigma de defesa, em tese, de valores individuais: os Estados Unidos da América.

No Brasil vigora uma Constituição que contém direitos coletivos e difusos baseados no projeto de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Além disso, o direito individual por excelência, a propriedade individual (base do sistema capitalista vigente), tem sua proteção constitucionalmente condicionada a valores solidários decorrentes da observância de sua função social (art. 5º, XXIII).

Em suma, temos no ordenamento jurídico brasileiro, em tese, um Estado de Bem-Estar-Social. Todavia, a leitura dos direitos é mais individualista do que em países em que não há a consagração normativa de tal realidade estatal.

## **5 Pensamento e sociedade autoritária**

A admissão de direitos metaindividuais em países de tradição individualista, na forma acima mencionada, encontra fundamento de natureza política: o sistema democrático exige o reconhecimento de conflitos, interesses e direitos coletivos. Afinal, a democracia consiste em processo histórico de reinvenção permanente, que possibilita à sociedade - na forma de um

verdadeiro poder social, conforme Claude Lefort (2011, p. 80) – pressionar coletivamente o Estado, transformando suas demandas em direitos, conforme mencionamos no início do presente artigo.

Acolher, portanto, uma ideologia ultraindividualista a negar conflitos, interesses e direitos metaindividuais é acolher, ainda que involuntariamente, uma prática contrária a valores básicos de uma democracia. Isso, em detrimento, por exemplo, de povos indígenas que não têm sua terra demarcada, consumidores lesados por violações sistêmicas de oligopólios empresariais, moradores de centros urbanos privados de moradia digna ou de populações periféricas que só são lembradas pelo Estado quando da aplicação do Direito Penal.

Sublinhamos o uso da expressão *ainda que involuntariamente*. Não estamos a afirmar que o ultraindividualismo autoritário praticado jurisprudencialmente decorra de uma intenção firme, por parte dos juízes, de abalar os pilares de uma democracia historicamente instável<sup>6</sup>, como a do Brasil.

Pelo contrário, é possível dizer que se trata de uma prática pouco refletida. Daí a inserção do ultraindividualismo como um fenômeno ideológico: a *falsa consciência*, legitimando os interesses dos donos do poder, a pretexto de se preservar direitos individuais.

Alcançado o atual ponto do debate, precisamos trazer as observações de Mannheim (1982, p. 131), no sentido de que “o pensamento é um processo determinado por forças sociais efetivas, continuamente questionando suas descobertas e corrigindo seu procedimento”.

Cabe, então, apontar o que é aparentemente óbvio, mas nem sempre considerado: juízes brasileiros são oriundos da sociedade brasileira, fazendo refletir, em suas decisões, os valores dessa mesma sociedade.

---

6 A ponto de, de 1926 para 2018, dos 25 presidentes do Brasil, apenas quatro foram eleitos pelo voto popular e permaneceram na função até o fim do mandato: Eurico Gaspar Dutra, Juscelino Kubitschek, Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva.

O autoritarismo é característica histórica da sociedade de nosso país. Conforme Marilena Chauí (s.d., posições 4173-4260), formou-se no Brasil - desde os tempos da colonização portuguesa, passando pela independência política destituída de participação popular, abolição formal dos escravos, proclamação da República e processo de industrialização -, uma sociedade eminentemente hierarquizada, que, bloqueando os debates no âmbito da esfera pública, nega os conflitos sociais e enxerga, como perigosa, qualquer discordância.

É certo que não se pode resumir o problema do autoritarismo à construção histórica da sociedade brasileira. Há ainda outros fatores que devemos considerar, inclusive o tendente crescimento global de práticas estatais autoritárias, que, desde os ataques do dia 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, têm levado à substituição da “[...] gestão negociada dos conflitos para outro padrão de controle e repressão, em grande medida regido por uma concepção de ordem pública cada vez mais tomada – colonizada, dizem alguns – pela chamada ‘guerra ao terrorismo’ [...]” (TELLES, 2016, p. 4).

Tal concepção encontrou campo fértil para florescer e disseminar-se no Brasil. Se, como afirma Tzvetan Todorov (2012, p. 63), a prevenção e a segurança consistem na preocupação central do Ocidente dos tempos atuais, em uma sociedade historicamente construída sob padrões autoritários, como a brasileira, isso tem significado restringir, ainda mais, a autonomia da esfera pública, tratando-se as ações de mobilização coletiva como perturbações da ordem, a serem, assim, debeladas<sup>7</sup>.

---

7 “E isso envolve não apenas o aparato militarizado da chamada contenção do conflito – tudo isso que vimos em 2013 e 2014 e agora, mais recentemente, nas últimas manifestações do MPL (Movimento Passe Livre): o dito envolvimento dos manifestantes, a tática do cerco e bloqueio de vias de acesso, o chamado policiamento desproporcional (ao que se diz, técnicas de gestão de multidões), tudo isso acompanhado por pesado aparato militarizado (batalhões de choque, cães, armas ditas não letais)” (TELLES, 2016, p. 5).

As peculiaridades históricas autoritárias do Brasil tornam, pois, mais intensas, as atuais práticas autocráticas globais.

Daí a naturalização – e, portanto, a não reflexão – das violações sistemáticas aos direitos coletivos, ainda que estes sejam reconhecidos normativamente pelo Estado brasileiro: indígenas oprimidos por ações de pistoleiros e torturadores, famílias sem moradia ou sem terra para trabalhar, consumidores submetidos a manipulações de mercado por oligopólios empresariais, trabalhadores precarizados, apenas para lembrar algumas situações já mencionadas. Quando questionadas, tais violações são tratadas como se configurassem acidentes de índole individual, a serem solucionados por um processo judicial falsamente baseado em interesses individuais.

É difícil esperar de um juiz vindo de uma sociedade, como essa, uma postura diferente.

## **6 Considerações finais**

Costuma-se apontar prioritariamente soluções legislativas para o enfrentamento de problemas estruturais de um país desigual como Brasil. Quando se reclama da índole individualista dos processos brasileiros, a colocar em segundo plano soluções processuais baseadas em interesses coletivos e a abarrotar o Judiciário de ações individuais, normalmente são apontados projetos de lei que focam os chamados processos coletivos.

Não negamos a importância de soluções legislativas, ainda mais porque, como analisamos neste texto, o Direito Processual brasileiro realmente dificulta a tramitação de ações coletivas e prioriza soluções individuais para problemas sociais.

É preciso, porém, ir além. É preciso também que nos atentemos para leitura do que já está reconhecido no campo legislativo.

Dessa forma, se existem interpretações excessivamente individualistas dos direitos, por parte dos juízes, é preciso que os fundamentos do problema sejam investigados. Por que o

ultraindividualismo? Como superá-lo apesar do caráter autoritário da sociedade?

A título de sugestão, podemos começar a responder tais questionamentos a partir de reflexões acerca do processo de formação dos juízes: o sistema de educação a que são submetidos (como os magistrados são teoricamente formados? Qual a responsabilidade do ensino jurídico pelo quadro que descrevemos?); o núcleo familiar que os cria (qual a origem dos juízes? Qual o perfil sócio-econômico de quem ingressa na magistratura?); ou as suas fontes diárias de informação (como os juízes se informam? O que eles assistem ou leem?).

Em suma, é preciso que pensemos nos mais diversos mediadores responsáveis pela perpetuação de pensamentos e práticas autoritárias da sociedade brasileira, a inexoravelmente alcançar os magistrados, componentes dessa mesma sociedade.

## 7 Referências

BAXI, Upendra. Politics of reading human rights: inclusion and exclusion within the production of human rights. In: MECKELED-GARCÍA, Saladin; ÇALI, Basak. **The legalization of human rights: multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law**. [recurso eletrônico]. New York: Routledge, 2006.

BEZERRA, André Augusto Salvador. Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais. In: MOARES, Vânia Cardoso André de. **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016a.

\_\_\_\_\_. Explosão da litigiosidade é resultado da distância entre lei e realidade. **Conjur**, São Paulo, 5 nov. 2016b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-05/andre-bezerra-litigiosidade-vem-distancia-entre-lei-realidade>>. Acesso em 27 ago. 2017.

BOBBIO, Noberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BRASIL. Processo de Identificação e Delimitação de Terra Indígena n. 08620 001523. Brasília: Fundação Nacional do Índio, 2008.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal (Vara Única de Ilhéus). Processo 2010.33.01.000173-4. Autor: Manoel Dias Costa. Réus: os Índios da Tribo dos Tupinambás e Outros. Juiz: Pedro Alberto Calmon Holliday. Ilhéus, 14 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Relatório da Comissão Especial “Tupinambá”, Resolução 15 de 2010 e Resolução 6 de 2011. Brasília: Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, outubro de 2011.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal (Vara Única de Itabuna). Processo 1825-23.2010.4.01.3311. Autor: Ministério Público Federal. Réu: União Federal. Juíza: Maízia Seal Pamponet. Itabuna, 31 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Justiça em números**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica\_em\_Numeros/relatorio\_jn2016.pdf>. Acesso em 27 ago. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, v. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Círculo do livro, 1994.

\_\_\_\_\_. . Brasil: mito fundador e sociedade autoritária. In: \_\_\_\_\_. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. 2. ed. [recurso eletrônico]. São Paulo: Autêntica, s.d.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JESUS, Maria Gorete Marques de; CALDERONI, Vivian (coord). **Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)**. São Paulo: Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura, Conectas Direitos Humanos, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e Pastoral Carcerária, 2015.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. 4 ed. Zahar editores: Rio de Janeiro, 1982.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**, Brasília, 2017. Dados completos disponíveis em: < [http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/operations/about\\_undp.html](http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/operations/about_undp.html)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociologia Jurídica Crítica: para un nuevo sentido común en el derecho**. Bogotá: Editorial Tronka, 2009, p. 90.

SHIVJI, Issa G. **Perspectives on Human Rights – An Introduction**. [s.l.], [s.d.], p. 1. Disponível em: <<http://www.rightstraining.fahamu.org/ocw/learning-for-change/introduction-to-human-rights/content/pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

STOPPINO, Mario. Verbete “Ideologia”. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2010, v. 1.

STRECK, Lenio Luiz. O Estado Democrático de Direito e a (des) funcionalidade do Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TELLES, Vera da Silva. A violência de Estado em guerra contra a população civil. Entrevista. **Le Monde Diplomatique Brasil**, ano 9, n. 103, São Paulo, fev. 2016.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VERDÉLIO, Andreia. Com 726 mil presos, Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo. **Agência Brasil**, Brasília, 8 dez. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em 8 dez. 2017.

# INTEGRAÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS ÉTNICO-NACIONAIS NAS CIDADES GLOBAIS MULTICULTURAIS

*Alessandra Danielle Carneiro dos Santos Hilário<sup>8</sup>*

## Introdução

O processo de urbanização contemporâneo tem alcançado patamar inédito e destacável, muito mais propulsionado pelo contexto de globalização econômica e nos diversos matizes, que foram capazes de interligar, em rede, empresas, trabalhadores, comércio e, sobretudo, cidades, pessoas e grupos. As cidades tornam-se cada vez mais heterogêneas, marcadas por disparidades socioeconômicas crescentes, multiculturalismo progressivo com repercussões de alta relevância para a garantia do desenvolvimento urbano sustentável e da própria integridade e governança urbanas, mormente quanto aos direitos econômicos, socioculturais e ambientais. Esse novo perfil de cidades, multiculturais e heterogêneas, traduz-se em desafio de governabilidade e efetividade dos direitos econômicos, socioculturais e ambientais, cujas políticas se constituem em instrumentos

---

8 Professora Adjunta do Departamento de Ciências Jurídicas de Santa Rita/PB/CCJ/UFPB, na área de Direito Constitucional e Administrativo. Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pelo Programa de Pós- Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Mestra em Direito Econômico (UFPB/CCJ/PPGCJ). Especialista em Gestão Pública (UNIPÊ/TCE-PB). Bacharela em Direito (UNIPÊ). Email: alessandrahilario@ccj.ufpb.br.

poderosos e estratégicos de integração cultural, desde que sejam constitucionalmente adequadas. Categorias como direitos de grupos, multiculturalidade e interculturalidade, governança global transcooperada, cidade global, neossustentabilidade urbana e transconstitucionalismo, tornaram-se pivôs instrumentais que demandam reconfiguração urbana com o fito indelével de integração em patamar alargado, superior e complexo, jurídica, política e economicamente. Grupos multiculturais de origens étnico-nacional (indígenas, quilombolas, ciganos) e religiosa (muçulmanos, judeus, menonitas, amish e castas multiculturais presentes em dados países, a exemplo da África), imigrantes e refugiados se disseminam nos espaços urbanos em busca de abrigo. Em regra, os espaços urbanos de vivência e acolhimento são contrapontos histórico-culturais, jurídica, constitucional e politicamente em relação aos indivíduos acolhidos com suas respectivas matrizes de mesmos espectros, e no que concerne aos grupos multiculturais pré-existentes de *modus vivendi* isolado minimamente da maioria da comunidade. A conjuntura densa e paradoxal representa a disputa do espaço urbano entre grupos multiculturais vulneráveis e a “maioria” da população local. A disputa se manifesta na busca de condições mínimas de igualdade na fruição de direitos econômicos, socioculturais e ambientais no *locus urbano* pelos grupos multiculturais vulneráveis em compatibilidade com suas necessidades e *modus vivendi* peculiares. Impõem políticas locais de integração, aproximação e inclusão na perspectiva de direitos econômicos, socioculturais e ambientais que, por sua vez, desafiam a governança local pelo grau de transnacionalidade jurídica, heterogeneidade, complexidade cultural e debilidade administrativo-orçamentária que envolvem a questão. O referido contexto de disputa revela tensões sob diversas perspectivas e níveis: modelos de gestão local e global; entre maioria e minoria, ou entre minorias maiorizantes e maiorias minorizadas; arcabouço jurídico-constitucional doméstico e legislações internacionais sobre direitos

humanos com respectiva exigência de readaptação/harmonização para integração; tensão entre contexto histórico-jurídico e cultural originário peculiar de dada cidade e demanda por postura jurídica de tolerância e integralizadora. Em vista dessa conjuntura complexa, cultural e jurídico-constitucionalmente, a teoria do universalismo ponderado, em contexto de transconstitucionalismo, afigura-se instrumento jurídico-constitucional adequado à efetividade de direitos econômicos, socioculturais e ambientais como mecanismo de governança e integração de grupos étnico-nacionais vulneráveis na cidade global.

## **Cidades globais multiculturais**

Nem toda grande cidade é considerada uma cidade global, por mais pujante e frenética política e economicamente que seja. E nem toda pequena cidade é, aprioristicamente, desconsiderada como cidade global. A abordagem acerca dos parâmetros teórico-ideológicos que sustentam o estudo e a própria concepção de cidades globais/mundiais torna-se de relevância fundamental para discernir entre os demais tipos de cidade. Constitui-se em ferramenta adequada para posterior enquadramento e compreensão de determinadas cidades na perspectiva global/mundial e detecção dos vários níveis de cidade hierarquicamente organizadas dentro dessa conjuntura global. Para a abordagem técnica e juridicamente rigorosa quanto à origem e significância do termo cidade global, é mister recorrer à definição das bases metodológicas que sustentam o arcabouço jurídico-sociológico sobre “cidades globais” e/ou “mundiais”, a partir das perspectivas traçadas pelas respectivas Escolas de Pensamento (JACOBS, 2013, p. 1; SOUSA, 2008) sobre a questão urbana.

A primeira escola de pensamento é a Escola de Ecologia Humana e Sociologia Urbana de Chicago, da qual as bases teóricas se firmam na percepção da formação de cidades em escala

global, e cujos fatores determinantes (objeto de sua pesquisa) eram especialmente as causas socioeconômicas oriundas do capitalismo e a tendência de produzir desenvolvimento econômico e espacial desiguais. Seus precursores são Roderick Mackenzie, Robert Park, Ray Pahl, David Harvey, Patrick Geddes, Manuel Castells e Peter Hall. A segunda escola de pensamento é a Escola de Estudos Urbanos, cujo foco de pesquisa é a globalização e seus impactos nas regiões metropolitanas, a partir do estudo das principais cidades do mundo, com destaque para a proposição de uma Nova Divisão Internacional do Trabalho como base da teoria do crescimento urbano, a qual seria responsável pelo desenvolvimento de uma hierarquia urbana (BRENNER, 2001, p. 134; SASSEN, 2004 e 2008<sup>92</sup>) liderada por algumas cidades de comando. Seus expoentes são Michael J. Dear, Allen J. Scott, Edward Soja, Michael Storper e Mike Davis. Essa escola é uma espécie de sequência da anterior, cuja premissa evolui para a teoria da cidade mundial/global, pela qual o capitalismo contemporâneo é a causa da reorganização espacial e do enfraquecimento dos atores locais/nacional. Autores principais: John, Friedman, Saskia Sassen, Michael Timberlake e Peter Taylor.

A terceira escola de pensamento é a Escola dos Fatores Locais/Nacionais, cujas premissas focam causas históricas locais e/ou nacionais como determinantes para o resultado do desenvolvimento urbano (FRIEDMAN, 1995, p. 34). Baseia-se na teoria da cidade-região como motor da atividade e do crescimento econômicos, cujo fundamento se centra nos próprios atores locais como protagonistas do desenvolvimento urbano, por meio das cidades que continham aglomerações de indústrias complementares, conglomerados de empresas inovadoras e empreendedoras

---

9 Sobre a hierarquia urbana, que faz surgir um reescalonamento entre as cidades (subglobais, globais, regionais), é de se destacar os novos arranjos político-institucionais que são factíveis e que se afastam da tradicional concepção westfaliana centrada no estado-nação.

de desenvolvimento local. Essas cidades foram as que se mostraram mais bem sucedidas. Com fulcro nos estudos das escolas, erigiu-se uma série de teorias explicativas das causas de surgimento das cidades globais ou regionais.

A. J. Jacobs (2016, p. 84) defende a ideia de que o estudo das cidades globais e suas diferenças deve necessariamente ser procedido por meio da abordagem integrada e interdisciplinar. O autor justifica a existência de várias cidades de escala global, mas tão diferentes entre si, em virtude de uma multiplicidade de contextos em constantes mudanças, do político ao geoespacial, do local ao global, todos exercendo influência direta nos resultados do desenvolvimento. Entre as teorias que explicam a formação da cidade global, destacamos as teorias da cidade global/mundial, cidades do sistema mundial e rede de cidade global, cujos estudos concentram-se no impacto que as forças econômicas e mercados globais exercem nos resultados de desenvolvimento urbano e regional. Utilizam-se da metáfora ecológica da imagem de teia de aranha de interconexão para representar os padrões de desenvolvimento espaciais próprios das cidades-regiões no Século XX. O crescimento e progresso das cidades se dão através dos avanços nos transportes e comunicações que, por sua vez, ensejam a dicotomia entre administração da indústria e do comércio. Descentraliza-se a produção (CARVALHO, 2000, p. 71) e cria-se um padrão espacial axial, periférico e regido por centro de controle, com destaque, nesse ponto, para as corporações transnacionais.

Teóricos da cidade global (John Friedman e Saskia Sassen) asseveram, como análise negativa deste contexto econômico-global, que o crescimento radical da atividade financeira após os anos 80, que deu azo a fluxos de capital e de produção transfronteiriços, terminou por enfraquecer vivamente a autoridade dos Estados-Nações. Esse fato propiciou espaço livre às corporações transnacionais para reorganização geográfica e humana na persecução de seus objetivos corporativos. Desmistifica-se, portanto, a

ideia de cidades vinculadas a fronteiras nacionais quanto ao controle e proteção de seu Governo.

Na mesma vertente, entretanto, destaca-se a contribuição de Janet Abu-Lughod's (2000, p. 2; 2007, p. 5), um dos expoentes da teoria da cidade aninhada e cidades-regiões incorporadas, na obra "New York, Chicago, Los Angeles: America's Global Cities". A autora, por intermédio do método histórico-comparativo, arguiu em sua teoria a compreensão de que as "tendências que geralmente se supõem serem exclusivas da cidade global contemporânea [...] desempenharam, de fato, papéis importantes" a partir de meados do século XIX até meados do século XX nas cidades de Nova York, Chicago e Los Angeles, cidades objetos de seu estudo. Mas outros fatores foram decisivos a ensejar diferentes resultados nas cidades. A autora aglutinou em três eixos as suas análises sobre os fatores desencadeantes de diferentes trajetórias de desenvolvimento: eixo 1 – a escala do tempo, que categoriza a reestruturação urbana em cinco ondas de desenvolvimento econômico de acordo com as inovações tecnológicas; eixo 2 – a escala espacial, pela qual a autora define, para além das escalas local, regional e metropolitana, as escalas de espaço nacional e global; eixo 3 – processos sociais substantivos. Entretanto, após a consolidação das funções globais urbanas em cada cidade e em diferentes períodos históricos, estas mesmas funções foram modificadas e reforçadas por diversos fatores locais (tecnológicos, demográficos, negociais, decisões institucionais e políticas), que, por sua vez, foram decisivos para a formação do papel econômico global que as cidades desempenham e resultaram de uma "linhagem histórica complexa".

Seu objetivo foi desvincular o padrão de interpretação baseado na dependência irrestrita das funções urbanas globais como fatores exclusivos à formação das cidades globais, de maneira a atrelar esse iter interpretativo aos demais fatores socioeconômicos, políticos e culturais locais ocorridos ao longo desse período após

os anos 70 (ABU-LUGHOD'S, 2000, p. 2). A. J. Jacobs (2016, p. 88) propõe nova estrutura teórica transdisciplinar para amparar os estudos empíricos e acadêmicos de pesquisadores, fundamentados na análise de quatro fatores que têm influenciado e formatado os resultados de desenvolvimento nas cidades-regiões do mundo nas escalas global, nacional e local: (teoria “cidade como o modelo de nexos”): Estado, mercado, relações sociais e geoespaço. Dentre tais fatores, destacamos os estatais e sociais. Os primeiros são concernentes aos casos de governança, às ações (UE, NAFTA, pactos comerciais) e estruturas governamentais nacionais e subnacionais que podem afetar, de diversas formas, os resultados do desenvolvimento econômico.

Já os fatores sociais que interferem no desenvolvimento urbano das cidades referem-se a: o ambiente social e civil da cidade (ética religiosa e cultural protestante na Europa e EUA), inclusive os seus atributos culturais locais e nacionais; o contexto sociohistórico peculiar, a exemplo do nível de tecnologia mundial quando se estabeleceu inicialmente e se urbanizou (Detroit e o Fordismo); o estágio atual de desenvolvimento econômico e social da Nação (crescente semiperiferia das nações BRIC e emergentes em vias de industrialização, Tigres Asiáticos); e, por fim, o contexto sociodemográfico nacional e local peculiar, neste inclusas as relações intergrupais e características socioeconômicas (tendências bi-étnicas de Detroit, Nova York). Portanto, a conjuntura abordada quanto à formação da cidade global, principalmente no que se refere ao Estado e às relações sociais, enseja um contexto urbano global multicultural e heterogêneo, posto que, interligada em rede dos mais diversos matizes, traz relevantes repercussões no perfil de sociedade, em face da multiplicidade de culturas, assim como no Estado/governo subnacional, instado que é conduzir e dirimir as complexidades de uma estrutura urbana de viés econômico, sociocultural e ambiental.

A guisa dessa conjuntura, compreendemos esse contexto sob o enfoque da teoria da adequação urbano-global (HILÁRIO, 2018, p. 65), pela qual a globalização é causa concorrente (tendências/vocações universalizantes) e potencializadora (positiva ou negativamente) paralelamente aos fatores locais peculiares como bases que explicam as causas e processos que fomentaram o desenvolvimento urbano diferenciado em cada localidade na perspectiva de totalidade/individualidade defendida por Milton Santos (2006, p. 73 e 76). Parte-se do pressuposto da realidade e do contexto contemporâneo de globalização que demandam das cidades e governos locais/nacionais o movimento necessário de adequação ou reacomodação urbana (intervenções urbanas, planejamentos estratégicos) em relação à economia/hierarquia globais e seus inevitáveis reflexos, especialmente quando se trata de empreender estratégias de integração de grupos étnico-nacionais vulneráveis nesse contexto urbano-global quanto aos direitos econômicos, socioculturais e ambientais que lhes permitam conviver nessa perspectiva urbana contemporânea.

Nesse sentido, além dos fatores analisados por A. J. Jacobs aqui destacados (Estado e relações sociais), ressaltamos ainda outro elemento: o contexto jurídico-constitucional, fator instrumental de implementação de modificações (inclusive no campo econômico-urbano) ou de manutenção, em certa medida, das opções político-governamentais de dada cidade/região em face de seu arcabouço histórico, político e cultural em transversalidade com a normativa internacional nesse contexto global. Isso significa que, não obstante as causas concorrentes que dão forma e rumo ao desenvolvimento urbano da cidade, as alterações (abertura de mercado, alianças, planejamentos, etc.) no sentido do desenvolvimento (inclusive de fundo ideológico) se procedem mediante atos formais jurídicos e/ou constitucionais, os quais, por sua vez, são (ou devem ser) guardiões da herança histórica, política e sociocultural que orienta, direciona e condiciona as ações estatais, especialmente em sede de desenvolvimento urbano, o que

envolve, simultaneamente, efetivação de direitos humanos, especificamente econômicos, socioculturais e ambientais às diferentes matrizes culturais, por mais diversas que sejam.

Esse entendimento leva necessariamente ao movimento de resistência ou conformação do Estado-Nação e seus entes em relação à força generalizadora de padrões da economia global, “globalização contra-hegemônica” (SANTOS, B., 2003, p. 496). Tal resistência ou a conformação ficarão a cargo do contexto histórico-político e sociocultural de cada nação mediante a aliança que travou via Constituição, em termos ideais. Significa que pode ser (e é) possível adequar-se de forma diferenciada nesse contexto econômico-global, ocupando diferentes níveis na hierarquia urbana global, e não necessariamente o nível de cidade global padrão, incluindo-se, portanto, até mesmo pequenas cidades locais, que, apesar de não preencherem os critérios padrões da teoria da cidade global, são categorizadas como cidades de perspectiva global e se traduzem em ganhos e vantagens em qualidade de vida e nação e, portanto, em direitos humanos, especialmente na perspectiva dos grupos minoritários.

Portanto, em nosso sentir, a cidade global se constitui no espaço urbano paradoxalmente local (na perspectiva política, geográfico-territorial, socioeconômica, cultural e ambiental) que, não obstante não preencha todos os exatos requisitos estabelecidos pelos teóricos para aferir a sua globalidade (corporações transnacionais, atividades de alta tecnologia, serviços especializados, entre outros), ainda que inexistente um planejamento formal deliberado nesse sentido, conduzem (ou são conduzidas) sua governança (sentido amplo) sob o prisma da lógica econômica e constitucional-jurídica global multidisciplinar e readequada. Impende-se, portanto, de transversalidade global/local de sistemas econômicos e ordenamentos jurídico-constitucionais que pautam as relações sociais (estado da política – corporações, Estado, cidadãos, e, especialmente para os fins deste capítulo, grupos vulneráveis étnico-nacionais e minorias religiosas), econômicas, culturais e

ambientais (essas últimas em sede de políticas públicas de integração) nessa conjuntura. É sob essa perspectiva que se tomará, a partir de então, a concepção de cidade global multicultural.

## **Multiculturalismo, interculturalismo e integração**

O ambiente urbano da cidade global ou mesmo de cidade que não tenha ascendido a esse patamar, mas mantenha relações de significativas proporções com a economia global, terminou por se constituir em *locus* de heterogeneidade singular na história, para além da heterogeneidade e multiculturalidade preexistentes e históricas de cada País. Em parte, e decisivamente, a conjuntura foi proporcionada por nova divisão do trabalho, entretecida pela migração empresarial, transnacional e nacional, que trouxe consigo uma gama considerável, qualitativa e quantitativamente, de profissionais de alto nível, especialmente no âmbito da atividade informacional. Em outras situações, não menos expressivas, a migração foi potencializada pela esperança de novas oportunidades promovidas pela economia transnacional global ou conjunturas sócio-políticas externas de gravidade elevada (as guerras civis) com repercussões locais (mais uma vez, a relação global/local). Desse contexto destaca-se no panorama urbano contemporâneo uma realidade de potencializada heterogeneidade social que se opõe como desafio sem precedentes quanto ao contexto de pluralidade anterior e nata muitas vezes. A heterogeneidade, por sua vez, engloba profissionais de alto nível de especialização e repercute sobremaneira no sistema trabalhista e de empregos da cidade, mas também abarca outros patamares de diversidade que precisam ser gerenciadas: culturais, religiosas, sociais e políticas, que se constituem nos demais espectros de vida manejados por qualquer indivíduo no interior de uma cidade ou mesmo de uma nação com a qual, acrescente-se, não guardava, originariamente, relação de pertença, seja transnacional ou nacionalmente (entre estados).

O ambiente heterogêneo, portanto, demanda do Ente Público Estatal a capacidade de gerenciamento de diferenças, em seus diversos matizes, mas, sobretudo, o planejamento de políticas públicas eficazes na distribuição equânime – qualitativa e quantitativamente –, de direitos econômicos, socioculturais e ambientais em relação aos seus cidadãos. Tal necessidade, em contraposição com a crise de identidade do Estado<sup>103</sup> (amplo *sensu*) nesse ônus, manifesta a premência de sua reconfiguração – funcional e formal em sede de instrumentos jurídicos – para conduzir a realidade contemporânea urbana em contexto de economia global e sociedade multicultural. Por sua vez, a temática de reivindicações no universo urbanístico contemporâneo de multiculturalidade é singularmente oportuna, tendo em vista a natureza das demandas que se revestem de peculiaridade e ineditismo (no mínimo, na escala internacional), em virtude da categoria de direitos pleiteados e da condição específica de seus titulares em relação ao Estado. Nesse tópico, a compreensão dessa premissa remete, *ab initio*, a relacionar quais efetivamente são esses “novos” direitos reivindicados<sup>114</sup> (dimensão objetiva da multiculturalidade) e quem os titulariza (dimensão subjetiva da multiculturalidade).

Nesse sentido, não obstante multiculturalismo e interculturalismo sejam teorias sociológicas, conceitos e ideologias relevantes e instrumentais que orientam a análise, discussão e solução para dada realidade social sob a ótica da diversidade cultural (UNESCO, 2001), a abordagem das mesmas se baseia nas repercussões jurídicas na relação entre Estado, cidadão e direitos

---

10 É assim que compreendemos a situação de fragilidade do Estado, em virtude de um desvio de compromisso institucional e formalmente travado com os seus nacionais em face das pressões econômico-globais, ao que Milton Santos (2001, p. 34) chama de “fragmentação da desordem”.

11 A referência a novos direitos não induz a uma nova categorização de direitos, mas a uma lista de direitos (econômicos, socioculturais e ambientais) que, em conjunturas sociais pretéritas, não eram objeto de demandas expressivas no âmbito internacional, especialmente como meio de autodeterminação.

econômicos, socioculturais e ambientais, como instrumento de auxílio, para composição de conflitos, e subsídio à integração de tais grupos vulneráveis. Entre as teorias sociológico-filosóficas sobre pluralidade cultural, o multiculturalismo (KYMLICKA, 1996, p. 10) estuda a diversidade cultural no sentido de conduzir ao reconhecimento da identidade de grupos minoritários, acomodando suas diferenças por meio de políticas públicas. É considerado uma das ferramentas aos Estados-Nações para estipulação e implementação de políticas públicas de integração. A expressão multiculturalismo inclui diferentes formas de pluralismo cultural, oriundas de múltiplas situações: migração (por diferentes causas) e diversidade originária<sup>125</sup>. Pretende-se a integração de grupos, chamados de “minorias nacionais” (CASALS, 2006, p. 10) à cultura originária, sem, entretanto, desconstituírem-se como sociedades culturais distintas às quais se impõe respeito. A proposta multiculturalista para integração de minorias nacionais, em sua dimensão subjetiva, entretanto, termina tangendo na forma de Estado Federal, pugnando por espécie de “federalismo multinacional assimétrico” (MOREIRA, 2005), pelo qual a federação seria formada por diversos grupos representativos à semelhança da pluralidade de nações de matrizes culturais diferenciadas (comunidades históricas) dentro do Estado-Nação (KYMLICKA, 1996, p. 10<sup>136</sup>).

---

12 Denominamos diversidade originária àquela referente e existente contemporaneamente ao processo histórico de formação de dado Estado-Nação e que, portanto, guarda com este último vínculo de pertença espontâneo. Decorrência disso é o que chamamos de crédito cultural ao qual corresponde uma dívida cultural por parte do Estado. Will Kymlicka, por seu turno, denomina essa diversidade de “minorias nacionais”, posto que as remete à comunidade histórica de dado Estado.

13 A rigor, considerando a concepção de Estado/Federação Multinacional por Kymlicka, sociologicamente, o autor não considera o Estado-nação como pluralidade de comunidades históricas internas, e sim como Estado Multinacional, de formação voluntária ou involuntária. Embora o autor faça essa ressalva, a

Não obstante a proposta de assimetria multiculturalista ser apontada como solução constitucional para a composição de conflitos no âmbito da política de integração por meio da efetivação de direitos econômicos, socioculturais e ambientais, destaca-se que a responsabilidade e compromisso para a promoção desses direitos decorrerá do vínculo que se travará entre Estado e sujeito de direito, inclusive em eventual (e normalmente necessária) relação de financiamento (direto ou indireto) de sistemas socioculturais coordenados pelo ente público nas áreas, por exemplo, de seguridade social, educação e cultura. A noção e necessidade de financiamento, ao lado de causas como exigência de vínculos de cidadania, podem gerar obscuridades ou conduzir a perplexidades no campo da justiça distributiva de direitos econômicos, socioculturais e ambientais. Notadamente quando a reivindicação tende a alterar o sistema padrão de prestação do direito e exige estrutura específica paralela para determinada minoria. Por mais liberal que o Estado-nação seja, social e economicamente, não perde por completo a condição de ente prestador ou de bem-estar, ainda que focado na parcela hipossuficiente dos cidadãos.

O interculturalismo, por seu turno situa-se entre a “modernidade abstrata universalista e a pós-modernidade relativista e desconstrutivista” (VALER-BELLOTA, 2006, p. 164), portanto entre liberalismo (multiculturalismo) e comunitarismo. O interculturalismo se baseia em modelo de dialética entre culturas, fundado na inter-relação entre estas e não na separação (JERÓNIMO, 2014, p. 3). A proposta interculturalista defende a convivência ou coexistência cultural (integração) entre diversas matrizes e grupos culturais a partir de plano de igualdade. Entretanto, enquanto a ideologia multiculturalista propõe a igualdade com base em direitos coletivos ou de grupos, o que, constitucionalmente pode ser questionável, o interculturalismo mantém a premissa de direitos

---

designação de Estado Multinacional não muda as bases constitucionais da forma de Estado Federal.

humanos individualmente titularizáveis, entretanto apoiados na equidade do discurso nos direitos de proposição, fala, réplica e argumentação com o fito de integração (Subcomissão da ONU sobre Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias, 2012).

Sinteticamente, são quatro os princípios do interculturalismo (VALER-BELLOTA, 2006, p. 166): 1. Igualdade entre culturas, pela qual não há superioridade de uma cultura em relação à outra, propondo-se “ponto médio” equidistante para valoração das culturas em oposição ao etnocentrismo; 2. Ética procedimental de convergência, que se funda no método do discurso (ética comunicativa<sup>147</sup>) e intercâmbio cultural nas relações externas das culturas orientadas pela cooperação por meio de direitos de fala, proposição e argumentos, que envolvem efetiva participação política e discurso livre sem coações; 3. Inexistência de direitos universais “apriorísticos” dos quais descendam valores transculturais comuns; e 4. O universalismo só tem lugar na ideologia do interculturalismo como objetivo final de acordos efetivados conjuntamente pelas culturas envolvidas intermediados pelo discurso das razões, circunstâncias e ideologias de cada uma delas, ensejando uma espécie de contrato social com o Estado e culturas adjacentes.

A essência do interculturalismo (BETANCOURT, 2005) está na universalidade comunicável, e não isolada, que protege, mas não reduz nem exclui padrões culturais minoritários, por entender que se trata de processo aberto e indefinido de mútuo crescimento entre as culturas. É o que se chama de “nova universalização”, pela qual se intenta “lograr uma sociedade em que convergem harmoniosamente os momentos de universalização das singularidades e a singularização da universalidade”. É a ideia de ecumenismo no sentido de se manterem as diferenças e

---

14 Patrícia Jerónimo relembra o diálogo intercultural como objetivo central das políticas públicas efetivadas pela União Europeia – multilinguismo, cidadania, imigração e relações externas.

promover a sua convivência. A ideia de homogeneidade é substituída pela ideia de nova universalidade.

Em face dessa abordagem, é cediço que conduzir a multiculturalidade não é tarefa de somenos importância ou dificuldade, em face da escassez de recursos, sejam formais (normatividade minimamente adequada) ou materiais (financeiros e humanos). Por outro lado, já referimos que há cidades que, apesar de não serem formalmente globais segundo os critérios designados pelos teóricos da cidade global, têm perfil de magnitude nas diversas dimensões – social, política, econômica e cultural, potencializado pelas minorias imigrantes. Em países como África, Índia, Israel, Estados Unidos, Canadá e Inglaterra, a multiculturalidade gera desafios homéricos de governabilidade em seus variados matizes. A transversalidade, sobretudo, da norma jurídica nacional com normas internacionais em contraposição com direitos sectários de base cultural e religiosa (que abordam questões centrais da vida civil como casamento, propriedade e trabalho) é ponto nodal que precisa ser equacionado para se conferir governabilidade bem sucedida do ponto de vista da efetivação de direitos econômicos, socioculturais e ambientais.

Paradigmático é o caso de alguns vilarejos beduínos de origem árabe que foram removidos de sua área originária e não são reconhecidos pelo Estado de Israel, não figuram em mapas oficiais, não constam de placas de sinalização de direção, não são servidos por sistemas de energia elétrica, água ou esgotos e obtêm serviços escassos de educação e saúde, não obstante sejam reconhecidos como cidadãos israelenses. Paralelamente, outros assentamentos são largas áreas de terra ocupadas por comunidades judias para cumprimento de propósitos estatais de agricultura e turismo, providas de sistemas de água, esgotos e eletricidades, e a cujos titulares, o Estado de Israel reconhece cidadania, entretanto, supostamente com fruição diferente de direitos econômicos, socioculturais e ambientais.

Tais casos concretos, entre outros abordados por Mazen Masri (2017, p. 1), demonstram a complexidade de efetivação de direitos econômicos, socioculturais e ambientais, notadamente quando se trata de Estado Nacional constitucionalmente estruturado pela identidade cultural nacional. Essa identidade é positivada na Constituição Israelense (WAISBERG, 2008, p. 107<sup>15</sup>), ao preconizar que se trata de Estado Judeu e Democrático, aliando aspectos culturais e políticos. Pressupõe a identidade cultural como vínculo de pertença, cidadania e como requisito à obtenção daqueles direitos pelo Estado, sob o argumento de que a maioria judaica deve ser preservada em Israel para manter a condição de Estado Judaico. Outras situações no âmbito do exercício de direitos econômicos, socioculturais e ambientais podem causar perplexidade e, analogamente, demandam postura estatal de equalização de conflitos culturais intraexistentes por meio das Cortes Supremas, cenário propício à aplicação do interculturalismo ou da teoria intercultural da constituição (GALINDO, 2004, p. 133) como instrumento de efetivação de Direitos Humanos em face de plêiade de normas jurídicas transversais de viés cultural: nacionais, internacionais e internas.

No mesmo sentido os casos de uso de véus, de fardamento para educação física, crucifixos nas escolas públicas francesas (direito à educação), instalação de tendas nas varandas de apartamentos por judeus para celebrar o “sucôt” ou a festa dos

---

15 O Estado de Israel não dispõe de Constituição formal e promulgada como documento único. Sua constituição é formal e não escrita. Seu arcabouço constitucional é formado a partir das Leis Básicas de Israel, que dispõem sobre a formação e o papel das principais instituições do Estado e as relações entre as suas autoridades, além de tratarem sobre direitos civis. Seu sistema jurídico é, portanto, misto, composto tanto pelo direito romano-germânico como pela *common law*, esta última em razão do Mandato Britânico que precedeu a criação de Israel. Seu direito se move, eminentemente, por meio de casos e precedentes. Destaca-se a Lei Básica sobre “Dignidade da Pessoa Humana e sua Liberdade” (sobre direitos humanos, embora verse apenas sobre parte destes).

tabernáculos (direito à habitação), pleito de pensão por morte (direito à previdência social) de viúva cigana na Espanha, cuja tradição cultural dispensa o casamento civil. Tudo isso, entre outras situações que se caracterizam por ponto intercessório e conflituoso entre direitos culturais minoritários e direitos econômicos, socioculturais e ambientais da Nação/cidade de residência ou de acolhimento.

Em quaisquer dos casos tomados como paradigma, as complexidades sobre direitos econômicos, socioculturais e ambientais não resolvidas no âmbito da legislação nacional (constituição e leis infraconstitucionais), em transversalidade com o direito internacional e legislação cultural minoritária, são administradas pelas Cortes Superiores, Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais Internacionais a que se vinculam cada Estado-Nação dentro da respectiva realidade geográfica e político-constitucional. Os tribunais têm-se apoiado em interpretação conforme o contexto histórico-cultural que embasa os fundamentos constitucionais de dado Estado-Nação. A interculturalidade (UNESCO, 2001, p. 6), nesse contexto, instrumentaliza interpretação constitucional dialogada entre as culturas envolvidas no impasse relativo aos direitos econômicos, socioculturais e ambientais, reforçada por uma teoria constitucional adequada e compatível com a realidade posta à análise. A constitucionalização do Estado-Nação não é simplesmente a formalização normativa de lista de direitos que internacionalmente se reputou como inalienáveis e obrigatoriamente fruíveis pelos indivíduos, mas, sobretudo, consigna arcabouço histórico-cultural e político que gera créditos (aos nacionais) e débitos (ao ente público gestor) de viés cultural em matéria de direitos econômicos, socioculturais e ambientais.

Em outras palavras, não obstante se reconheça inequivocamente a natureza das multiculturalidades nacionais nos Estados-Nações, em seu viés sociológico e antropológico, histórico-culturalmente forjados, os pleitos de direitos humanos daí

advindos não serão adequadamente conduzidos, senão pela via jurídico-constitucional, ainda que sociológica e antropologicamente fundadas. A conjuntura normativa, entretantes vigente em sua forma constitucional, pressupõe vivamente as concepções de soberania (ainda que relativizada), nacionalidade/residência, cidadania (ainda que reconfiguradas pela polietnicidade superveniente ou não) e Estado como relevante articulador e intermediário de direitos aos seus cidadãos (ainda que externamente compelido a tal).

### **Grupos vulneráveis multiculturais étnico-nacionais no contexto urbano: governança global transcooperada**

Para tratar sobre grupos vulneráveis multiculturais, é fundamental a concepção de diversidade cultural, especialmente em razão da densidade e complexidade que o termo suscita. Portanto, diversidade cultural se refere à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão. Tais expressões são disseminadas entre e dentro dos grupos e sociedades. Exterioriza-se por numerosas formas pelas quais se expressa, enriquece-se e propaga-se o patrimônio cultural da humanidade mediante a pluralidade de expressões culturais, modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição de expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregadas. É fonte dos direitos humanos (VIEYTEZ, 2015, p. 3) que, historicamente, foi fortemente influenciada pela Reforma Protestante na condição de minoria, em oposição ao poder católico, a qual conduziu a teorias baseadas na resistência e combate à assimilação e repressão, o que deu ensejo à ideia de tolerância religiosa, pela qual se iniciou o espectro de proteção às minorias.

Na diversidade cultural, destacam-se as minorias, grupos minoritários ou vulneráveis. As minorias e seus direitos são objeto de proteção jurídica e internacional por meio da Declaração

das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (ONU, 1992a), Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Proteção das Minorias Nacionais e Declaração Americana sobre os Direitos Indígenas (CONSELHO EUROPEU, 1995; CIDH, 1997), Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (UNESCO, 2001) e Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO, 2005). Embora a definição de minoria não seja unanimidade, seus principais caracteres são objeto de convergência. Esses caracteres são realçados na definição apontada por Francesco Capotorti, ex-relator especial da ONU na Subcomissão sobre Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias (OHCHR, 2012a), segundo o qual se trata de grupo quantitativamente inferior ao remanescente da população de dado Estado, não predominante, cujos integrantes, mesmo sendo pátrios do Estado, detêm características étnicas, religiosas ou linguísticas diversas do resto da população e manifestam, ainda que implicitamente, senso de solidariedade quanto à preservação da cultura, das tradições, religião e língua.

Jules Deschênes (OCHCR, 1985, p. 226; ONU, 1986), por seu turno, é incisivo ao dispor que não há critérios definidos que satisfaçam a uma definição universal do termo minoria, embora não impeça de lhe configurar um padrão. A citada dificuldade é oriunda da variedade de situações nas quais as minorias existem: em áreas definidas e separadas da parte dominante da população ou espalhadas por entre a comunidade nacional, o que termina por tornar ambígua a ideia de isolamento em alguns casos; outros grupos têm “forte senso de identidade coletiva e histórico-cultural” e de autodeterminação seguida de reivindicação de direitos peculiares e conexos, que se assemelham à escusa de consciência (GONÇALVES, 2010). E em outros casos, essa noção é fragmentada. Não obstante tal dificuldade conceitual, algumas

características podem ser apontadas como padrão e alcançam inequivocamente a maioria dos grupos. Sendo assim, minoria pode ser considerada um grupo “não dominante” de indivíduos que partilham características nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas que o distinguem da população dominante, acompanhados do desejo coletivo de preservação de sua identidade cultural e de aceitação perante os demais na comunidade.

Interessante destacar também que, não obstante o critério numérico manifestado na definição de minoria, em alguns casos, especialmente naqueles que se referem a situações crônicas de exclusão socioeconômica vinculada, de toda forma, a critérios étnicos ou religiosos, observa-se o inverso: maioria ao invés de minoria (VIEYTEZ, 2015, p. 13). A tônica, portanto, fica adstrita a situações desvantajosas no campo de direitos econômicos, socioculturais e ambientais, em face dos critérios étnicos, religiosos e linguísticos, considerados como vínculo de separação do resto nacional, a exemplo da África do Sul.

Ratificando a oposição à ideia numérica de grupo empreendida por Caportoti, apresenta-se o conceito de minoria fundado em “maiorias minorizadas” e “minorias maiorizantes”, cuja ilustração baseada no regime de Apartheid como paradigma é muito elucidativa e tem especial relevância nesse contexto e notadamente na realidade contemporânea. As expressões remetem, respectivamente, a grupos “sub-representados” e “sobrerrepresentados”, em relação aos quais o direito (constitucional) deve servir de instrumento de resistência à dominação (de igualização) contra as últimas e de mecanismo de integração concernente às primeiras (WILHELMI apud BALDI, 2013a, p. 106; WILHELMI, 2013b, p. 83, SANTOS, B., 2003; PASTOR, 2008, p. 228). Essa função constitucional (nacional) de integração é denominada de “inclusividade multicultural” por Canotilho (2002, p. 1434), baseado nas ideias de Habermas (1999, p. 107), para quem, na perspectiva transnacional, seria caso de “inclusão integrativa de minoria

etnonacional quanto à identidade cultural”, pela qual as minorias mantêm seus costumes, tradições, religiões e normas sociais de forma relativamente harmônica, ensejando uma nova concepção de patriotismo, o “patriotismo constitucional” (HABERMAS, 2001, p. 95), de fundamento mais abstrato (“solidariedade abstrata”), desvanecendo a ideia de comunidade de origem.

Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 56), por sua vez, desconsiderando o critério numérico, consigna minoria relacionada ao direito das pessoas e grupos de serem iguais quando a diferença não é causa de inferiorização e, em decorrência disto, propugna a necessidade de estabelecimento da igualdade e da diferença como espécie de faces de uma mesma moeda: igualdade que não desconsidere as diferenças, e diferença que não “produza, alimente ou reproduza as desigualdades”. A política da igualdade se desenvolve amparada na ideia de redistribuição socioeconômica como práticas ou concretudes do princípio da igualdade, sem, contudo, cogitar das diferenças. Por outro lado, a política da diferença não se concretiza por meio da “simples” redistribuição, mas, sobretudo, por intermédio do reconhecimento das diferenças culturais. Não obstante a discussão sobre a inclusão ou não dos não nacionais (“novas minorias”), consideramos acertada a concepção ampla de minorias que abrange todas as categorias de grupos e pessoas que se diferem da cultura majoritária dominante em razão de critérios linguísticos, étnicos e religiosos em situações de desvantagem crônica e histórica. Incluem-se, portanto, na concepção de minorias os imigrantes, por trabalho ou sociais (transnacionais ou nacionais, isto é, migrações entre as regiões do País), refugiados e os apátridas, aos quais devem ser garantidos direitos socioeconômicos, culturais e ambientais respectivamente às peculiaridades culturais, conforme vínculo de pertença juridicamente pautado e em absoluta consonância com entendimento firmado pela ONU e seus instrumentos normativos.

Por outro lado, o contexto urbano-global no qual tais grupos vulneráveis estão inseridos revela-se desafiador do ponto de vista das ações de integração por meio de políticas públicas distributivas de direitos econômicos, socioculturais e ambientais. É nessa conjuntura global de empresas transnacionais, migrações empresariais e de força de trabalho, nova divisão internacional do trabalho, multiculturalidade crescente e formação de cidades globais em que se enquadram os novos desafios de governabilidade. Forja-se nova concepção de governo, que, entretanto, não desconfigura a instituição Estado, muito embora se opere, à semelhança da relativização de soberania sob a égide dos primeiros instrumentos formais de defesa de direitos humanos, a reconfiguração das bases de sua governabilidade. Os governos se movimentam com intuito de criar condições, estratégias e políticas públicas que satisfaçam as necessidades dos cidadãos (direitos econômicos, socioculturais e ambientais) e que estabeleçam ambiente de sustentabilidade, tido como cenário socioeconômico, político e jurídico que propicie estabilidade e renovação constante de recursos necessários à boa qualidade de vida para as gerações presente e futura. Nesse sentido, a governança global transcooperada (HILÁRIO, 2018, p. 217) no ambiente contemporâneo multicultural e heterogêneo orienta-se em direção à nova concepção de sustentabilidade que se caracteriza pela agregação de mais um aspecto à multidisciplinaridade que lhe é inerente: a perspectiva cultural.

A governança global transcooperada se constitui em capacidade governativa conduzida por forças/atores plurais, entre as quais entidades públicas, não governamentais e privadas, em contexto de cidade global ou cidades globalmente orientadas. Refere-se a governo que, ainda que local, se move em dupla direção: internamente, quanto aos seus cidadãos/administrados; e externa e transnacionalmente (embora internamente inspirado), referente ao contexto social, econômico, cultural e jurídico global, com o qual estabelece relações de trocas, mediante funções

de moderação, regulação, intermediação e, sobretudo, integração/agregação. Além desse aspecto, a governança global transcooperada lança a sua capacidade governativa em direção à implantação de políticas para satisfação de demandas, cujo resultado se dá pela cooperação/interação entre titulares de direitos e outros organismos e organizações nas esferas internacional e transnacional. Tal cooperação ocorre especialmente quanto à atividade jurisdicional - “transjudicialismo” – (SLAUGHTER, 2004) em face da omissão/insuficiência pública interna.

Nesse contexto de perfil de governabilidade transcooperada subjacente à condução de multiculturalidades vulneráveis, a abordagem acerca da concepção de sustentabilidade cultural invoca a necessidade de sua contextualização em relação aos instrumentos normativos que a vinculam à implementação de políticas públicas econômicas, socioculturais e ambientais. Assim, no 11º objetivo, entre outras diretrizes, a Agenda 2030 recomenda o incentivo à urbanização sustentável e inclusiva, bem como fomento à capacidade de planejamento e gerenciamento participativo, integrado e, igualmente, sustentável, de assentamentos humanos (expressão que remete à generalidade de origem e etnicidades). Além disso, orienta firmemente ao fortalecimento de esforços no sentido de proteger e salvaguardar o patrimônio natural e cultural do mundo. A análise conjugada dos objetivos em epígrafe implica em inferências relevantes e instrumentais ao reconhecimento de nova concepção de sustentabilidade no contexto urbano multiculturalizado em conjuntura de globalização (neossustentabilidade urbano-cultural). Ainda que considerada como decorrência desta última, parte-se da análise do conceito de patrimônio cultural como elemento que vincula os dois objetivos referidos sob os pilares da sociedade e meio ambiente em que se funda.

Por sua vez, as estimativas globais consubstanciam crescimento da população urbana em mais da metade atualmente e, em 2030, estima-se que 60% ou 2/3 da população mundial será

urbana (UNDESA, 2016). A ONU trata, especificamente, sobre os problemas de assentamentos (moradias) humanos – como um dos elementos para a sustentabilidade urbana – e, para tanto, toma como base o Relatório de Atividade Global UN-HABITAT de 2015, pelo qual se reconhece que, desde o último século, o mundo tornou-se mais rapidamente urbanizado, de maneira que, em 2008, pioneiramente, a população urbana se sobrepôs à população rural mundial, fato este que marcou decisiva e definitivamente o “novo milênio urbano”.

Isso significa que a governabilidade urbana na cidade global inclina-se, a todo vigor, para governança global transcooperada, inspirada pelo desenvolvimento sustentável multidisciplinar. Entretanto, em contexto de multiculturalidade ascendente, esse desenvolvimento inclina-se, cada vez mais, para neossustentabilidade urbano-cultural, pautada por medidas de gerenciamento e políticas públicas de equalização (no sentido de minimização de distorções) da diversidade cultural no atendimento de direitos econômicos, socioculturais e ambientais.

### **Proteção jurídica das vulnerabilidades no espaço urbano: transconstitucionalismo e universalismo ponderado**

A governabilidade, portanto, importa na administração de direitos minoritários, não raro em conflito com direitos de maioria, bem como se fundamenta em teoria hábil a conformar a transversalidade de direitos insertos em instrumentos normativos, para formatação de políticas públicas e concretização judicial de tais direitos, quando for o caso. A proteção de direitos culturais de reflexos socioeconômicos e ambientais em conjuntura de globalização e grandes transformações sociais, por meio de arcabouço de instrumentos normativos internacionais, e em face da presença de multiculturalidades nos espaços urbanos, traz relevantes consequências para a governabilidade urbana e para a nova concepção de sustentabilidade urbana em seu viés cultural.

A realidade fática ilustra vigorosamente essa premissa, nomeadamente quanto aos conflitos étnicos, religiosos e políticos em várias regiões e continentes do mundo. A crescente diversidade cultural tem propiciado uma espécie de miscigenação global. Por um lado, desvanece culturalmente as cidades – reputando-as simplesmente multiculturais –, e por outro, produz tal heterogeneidade e complexidade de demandas (direitos econômicos, socioculturais e ambientais), fundadas em normas sobrepostas (internacionais e nacionais), que ensejam necessário reposicionamento estatal quanto às suas funções. Nesse sentido, apontam-se três impactos imediatos das reivindicações e demandas de direitos originadas da heterogeneidade cultural urbanamente dispersa e alvos de ações e medidas governamentais no sentido da neossustentabilidade urbano-cultural:

- a) Complexidade da governança local transcooperada e multi orientada: neossustentabilidade urbano-cultural e demandas múltiplas
- b) Reconfiguração estatal: paradiplomacia e preempção
- c) Transversalidade de normas: necessidade de paradigmas jurídicos

A complexidade da governança local transcooperada e multi orientada é consequência natural de conjunturas plurais culturalmente, que conduzem à necessidade de tal nível de governança hábil a gerir a heterogeneidade de demandas oriundas das peculiaridades de grupos ou comunidades sob sua gestão. Não persiste a figura de governo central autônomo na coordenação de sociedade uniforme com demandas lineares, ainda que se trate de cidades de multiculturalidade reduzida. O ativismo dos grupos de minorias étnicas internos, ainda que mínimo, é suficiente para exigir a versatilidade governamental, para redução de desigualdades e atender pleitos de integração. A governança transcooperada, ainda que local, admite múltipla orientação. É governança que se move para seus administrados, mas também para a perspectiva global que com ela interage e dialoga, influenciando-a. No plano

interno, trata-se de governança multifocal, pelo que as demandas internas tornam-se mais complexas em face das singularidades da diversidade cultural. São exemplos: demandas envolvendo língua materna, liberdade religiosa (islamismo), habitação (ciganos), educação, saúde, entre outras. O grande desafio reside em compatibilizar as demandas e legislações internas com os objetivos e direitos de espectro internacional e seus respectivos instrumentos normativos, especialmente quando divergentes entre si. Não se trata de se haverem por, originariamente, incompatíveis. Ao contrário. No entanto, duas questões precisam ser discutidas a esse respeito.

1. Não obstante inicialmente compatíveis – demandas internas x legislações local/nacional e internacional – a forma de efetivação das mesmas variará de acordo com imperativos locais ou nacionais orientados por paradigma jurídico-constitucional próprio;
2. A convergência de direitos juridicamente tutelados (local/nacional e internacionalmente) não exclui possibilidade de provocação individual e coletiva às instâncias extragovernamentais e supranacionais. Igualmente, não prejudica cooperação local/nacional e internacional para propósitos de efetividade, em virtude de violação de direitos, especialmente nos casos de omissão/ineficiência estatal em face de seus municípios.

Nesse sentido, muito se debate sobre os limites da jurisdição doméstica em face de instrumentos normativos internacionais a que se reconheceu e sobre a reconfiguração estatal para adequadamente se postar nessa conjuntura –, contextos em que o paradigma jurídico-constitucional proposto é de extrema valia e instrumentalidade. Interdependência transnacional múltipla e domesticamente relevante é termo que designa espécie de dependência recíproca além das fronteiras domésticas e com interesses igualmente recíprocos, múltipla tanto em sua concepção subjetiva

– atores de vários matizes, governamentais e privados, como em sua concepção objetiva no que concerne aos fatores nacionais ou domésticos que a motivam – sejam políticos, econômicos, ambientais ou culturais – considerados de tal importância que impulsionam o ente a se postar e atuar na esfera internacional ou transnacional em forma de cooperação.

Ao lado do protagonismo dos governos subnacionais na esfera internacional, ressalta-se a transversalidade de normas como último impacto imediato das reivindicações e demandas de direitos econômicos, socioculturais e ambientais originadas da heterogeneidade cultural no espaço urbano-global. A proteção desses direitos, em espectro global e do ponto de vista de cada Estado-nação, tem ensejado conjuntura de normas protetivas transversais sobrepostas – internacionais e nacionais –, induzindo a erigir métodos de justaposição e aplicação uníssona dos direitos previstos, bem como um paradigma jurídico-constitucional para efetividade desses mesmos direitos, em face da heterogeneidade legiferante e cultural que envolvem a temática. Tal transversalidade de normas se manifesta sob a coexistência de múltiplos instrumentos normativos no âmbito internacional – com características de lei maior ou geral na previsão e regulação de direitos humanos amplamente considerados – em subordinação às constituições nacionais, que, por sua vez, orientam as políticas públicas das unidades subnacionais.

O transconstitucionalismo se apresenta como teoria constitucional alternativa a explicar o constitucionalismo da contemporaneidade, que emerge da necessidade de solução de problemas de alta complexidade em face da crescente, complexa e heterogênea sociedade urbano-global, bem como da impotência ou limitação do Estado quanto ao enfrentamento dos problemas comuns que se lhe apresentam em contexto de integração da sociedade mundial por outras ordens jurídicas internacionais, igualmente envolvidas com a solução das mesmas questões. A

proposta transconstitucional de Marcelo Neves, ao contrário de certo “vácuo” metodológico na teoria interconstitucional de J. J. Gomes Canotilho, mais focada na apresentação das dificuldades enfrentadas pelo interconstitucionalismo, toma como base a “razão transversal” (NEVES, 2012, p. XXIII) do filósofo alemão Wolfgang Welsch (apud NEVES, 2012), a qual funciona como “ponte de transição”, de comunicação entre dois sistemas (jurídicos e sociais) ou entre duas ou mais ordens jurídicas, ou seja, os casos de transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos (NEVES, 2012, p. XXIV).

Tal razão transversal seria a faculdade de efetivar transições ou, em outras palavras, segundo Wolfgang Welsch, seria a própria “metanarrativa pós-moderna”, por meio da qual se orientam as comunicações em direção a uma solução compatível e adequada. Essa razão transversal, como método de transição para a solução dos impasses jurídicos transnacionais e outros, amparada em uma metanarrativa pós-moderna, encontra guarida na opinião de Teubner e Korth (2009) quanto à lei substantiva. Nesse caso, entendemos que as declarações e convenções de direitos humanos em gênero, não obstante tenham “*status*” de “*soft law*”, especialmente quando incorporadas ao ordenamento jurídico pela relevância de seu conteúdo, tornando-se assim equivalência de “*hard law*”, constituem-se em discurso universal para ambas as ordens, ainda que seja preexistente. Portanto, pode-se originar um concerto (“lei híbrida”) pela adaptação e coadunação dos direitos previstos na lei substantiva e efetivados ou concretizados nas ordens respectivas conforme sua matriz histórico-cultural.

Além disso, a transversalidade como critério metodológico tem dupla significância: 1. Aspecto material ideológico, no sentido de inspirar e orientar, por meio da razão em sentidos plúrimos e baseada em metanarrativa universal pós-moderna, a busca por soluções de conflitos de direitos humanos em diferentes ordens jurídicas; 2. A transversalidade topográfica que sustenta

a inexistência de hierarquia formal entre as ordens jurídicas manifesta relação de convergência ou concorrência entre essas, inclusive no tocante a assuntos conexos do ponto de vista dos direitos humanos, donde se originam os conflitos. Nesse contexto, para a máxima efetivação desses direitos em consonância com as variantes culturais que lhe são subjacentes, é imprescindível uma correta e adequada concepção, além de enquadramento jurídico-constitucional dos direitos humanos, notadamente direitos socioeconômicos, culturais e ambientais. Tais direitos são considerados como premissa básica essencial à elaboração de políticas públicas de integração nessa área, sob pena da perpetuação de mero nominalismo de direitos ou de políticas-padrões, divorciadas das necessidades reais dos cidadãos, inclusive de fundo cultural, seja por omissão/exclusão social ou por desvio de finalidade específica equivalente ao grupo carente.

O universalismo ponderado (HILÁRIO, 2018, p. 256) é proposta de categoria de direitos humanos alternativa às categorias de universalismo e relativismo cultural, em contexto de transconstitucionalismo entre duas ordens jurídicas (nacional e supranacional), e cujas bases fundamentais não se sustentam diretamente em elementos específicos de ordem filosófico-sociológica (valor intrínseco do homem, ética, moral, cultura), ainda que se reconheça a sua procedência e vinculação ao homem, mas vinculam-se, indissociavelmente, a uma adequada dogmática jurídico-constitucional sob quatro premissas:

1. A dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico-constitucional de valor supremo;
2. Direitos abstratos, genéricos e substantivos, na condição de bens jurídicos constitucionalmente outorgados e suas respectivas características fundamentais e princípios;
3. Direitos substantivos passíveis de adjetivação ou efetivação/concretização com base na teoria constitucional de Robert Alexy (1993, p. 16) sobre a dicotomia de normas entre regras e princípios (dualidade da eficácia

das normas constitucionais: direitos/efetivação de acordo com o padrão histórico-cultural e político que forjou a ordem constitucional de dada sociedade e que orientará a implementação desses direitos como um sistema de recompensas aos déficits e lacunas na história político-constitucional do Estado-Nação. 4. Por fim, a ideia de equilíbrio entre fechamento e abertura (Habermas, 1999, p. 105), como base para enfrentamento do desafio da globalização sobre o Estado (marcado pelo pluralismo), por meio de nova forma de autocondução democrática na constelação pós-nacional: universalismo ponderado em suas três dimensões (políticas públicas, normativas e judiciais), o qual fundamenta a ideia de Estado multicultural e heterogêneo (pela superação da ideia de nação homogênea com base na solidariedade abstrata).

## **Considerações finais**

A realidade contemporânea de crescente urbanização em contexto de globalização em seus diversos matizes, em concorrência com fatores locais/nacionais, tem propiciado interligações em rede, sejam de ordem econômica ou social, jurídica e até política. É nesse contexto que emergem as cidades globais, caracterizadas, sobretudo, por uma heterogeneidade cultural complexa, da qual se destacam os grupos étnico-nacionais vulneráveis, conjuntura que tem desafiado governos subnacionais e o próprio arcabouço jurídico-constitucional quanto à integração de tais categorias tendo em vista, notadamente, vasta e densa normatização internacional de direitos humanos, nomeadamente de proteção às minorias vulneráveis.

Os grupos étnico-nacionais vulneráveis no contexto urbano-global são responsáveis por demandas complexas que desafiam a governabilidade subnacional, pois em regra, tais demandas se caracterizam por intersecção importante, e nem sempre convergente, entre o quadro jurídico-constitucional doméstico e a plêiade

normativa internacional especificamente protetiva de minorias. Tais demandas impõem versatilidade ao governo subnacional e invocam aparato mais robusto, administrativa e orçamentariamente, a exemplo de pleitos relacionados à língua, educação, atos civis, trabalho, entre outros. Isso porque tais demandas, em verdade, revestem-se de instrumentalidade para aplicação de políticas públicas de direitos culturais subjacentes aos grupos vulneráveis étnico-nacionais, entretanto de reflexos econômicos, sociais e ambientais, como medidas de integração ao ambiente urbano-global por excelência.

A procedimentabilidade de tal integração só se torna exequível por intermédio da concepção de uma categoria jurídico-constitucional adequada que permita uma leitura intercultural dos direitos humanos, especialmente no âmbito de minorias culturais tão diversas em suas cosmovisões que refletem, inequivocamente, na forma de realização desses direitos. A solução, portanto, perpassa necessariamente pela compreensão dos direitos humanos em sua dupla inferência: como regras e, portanto, direitos universais e abstratos aplicáveis a qualquer categoria de pessoas culturalmente independentes; e como princípios, pela técnica da ponderação no caso concreto entre os demais princípios envolvidos e em busca da maior efetivação possível do direito em questão, sob a fundamentação teórica da dicotomia de normas de direitos fundamentais.

## Referências

ABU-LUGHOD'S, Janet L. *Can Chicago make it as a global city?* University of Illinois at Chicago: The Great Cities Institute, 2000, p.2.

\_\_\_\_\_. *Race, space and riots in Chicago, New York and Los Angeles.* Oxford University Press, 2007. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php>. Acesso em 12 mai. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2015.

BETANCOURT, Raúl Forner. *La interculturalidad a prueba*. Aachen: Verlagsgruppe Mainz, 2006, p. 28.

BRENNER, NEIL. *World city theory, globalization and the comparative-historical method: reflections on Janet Abu-Lughod's interpretation of contemporary urban restructuring*. *Urban Affairs Review*, n. 37, 2001, p. 134. Disponível em: <http://www.lboro.ac.uk/gawc/rb/rb49.html>. Acesso em 12 abr. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Mônica de. *Cidade global: anotações críticas sobre um conceito*. São Paulo em Perspectiva: São Paulo, 14(4), 2000, p. 71.

CASALS, N. Torbisco. *Group rights as human rights: a liberal approach to multiculturalism*. EUA: Springer Science, 2006, p. 20.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, 1995*. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/ETS157relatexp.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

FRIEDMAN, JOHN. *Where we stand: a decade of world city research (1995)*\_\_\_\_\_. In: JACOBS, A. J. *World cities: contrasting regional, national and global perspectives*. New York: Routledge, 2013.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. *Constituição e integração interestatal: defesa de uma teoria intercultural da constituição*. 2004. Tese (Curso de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife-Pe.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Direito constitucional da religião: análise dogmático-constitucional da liberdade religiosa em Portugal e no Brasil*. 2010. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra-Portugal.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

\_\_\_\_\_. *La inclusión del outro: estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós, 1999.

HILÁRIO, Alessandra Danielle Carneiro dos Santos. *Cidades globais multiculturais: a teoria jurídica do universalismo ponderado como mecanismo de governança e integração*. Paraíba: Universidade Federal da Paraíba, 2018. 319 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB, UFPB, João Pessoa, 2018.

JACOBS, A. J. *The world's cities: contrasting regional, national and global perspectives*. New York: Routledge, 2013.

JERÓNIMO, Patrícia. *Interculturalidade e pluralismo jurídico: a emergência de ordens jurídicas minoritárias na Europa e a tutela de direitos fundamentais*. Portugal: Universidade do Minho, 2014, p. 2.

KYMLICKA, Will. *Cidadanía multicultural: uma teoria liberal de los derechos de las minorias*. Barcelona: Paidós, 1996.

MASRI, Mazen. *The dynamics of exclusionary constitutionalism: Israel as a jewish and democratic state*. Oregon: Oxford and Portland. Hart Studies in Comparative Public Law, 2017.

MOREIRA, Conceição. *Will Kymlicka e David Miller: multiculturalismo, nacionalismo e secessão*. 2005. 429 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade do Minho, Braga-Portugal, p. 10.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: WMF Martins Fontes, 2009.

OHCHR. *Proposals concerning a definition of term minority*. Relator: Jules Deschênes. In: E/CN.4/Sub.2/1985/31, de 14 mai. 1985.

\_\_\_\_\_. *Subcomissão sobre Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias*. Possíveis caminhos e significados de facilitar a solução pacífica e construtiva de problemas envolvendo minorias. IN: EIDE, Asbjorn. Relatório Final. ONU: 2012a. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/92/PDF/G9314292.pdf?OpenElement>. Acesso em: 12 ago. 2015.

ONU. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas*. ONU: 1992a. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r135.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Milton. *A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

SASSEN, Saskia. *Local actors in global politics*. Current Sociology, v. 52, n. 4, 2004. Disponível em: <http://www.net4dem.org/mayglobal/Papers/Conference2004Papers/SaskiaSassen.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. *Two stops in today's new global geographies: shaping novel labor supplies and employment regimes*. American Behavioral Scientist, v. 52, n. 457, 2008. Disponível em: <http://abs.sagepub.com/cgi/content/abstract/52/3/457>. Acesso em: 12 abr. 2016.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SOUSA, Rosângela Silva. *Uma investigação sobre as teorias da cidade mundial, cidade global, cidade pós-moderna e sua relação com a cidade de São Paulo*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. 291 f. Dissertação (Mestrado em Geografia Humana) – Programa de Pós-Graduação em Geografia Humana do Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2008.

TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. *Two kinds of legal pluralism: collisions of laws in the double fragmentation of world society*. In: Margaret Young (ed.). *Regime interaction in international law: theoretical and practical challenges*, 2009. Disponível em: [https://www.jura.uni-frankfurt.de/42853939/ZweiArtendesRechtspluralismusENG\\_PK\\_okt08.pdf](https://www.jura.uni-frankfurt.de/42853939/ZweiArtendesRechtspluralismusENG_PK_okt08.pdf). Acesso em: 19 nov. 2016.

UNDESA. *Progress towards the sustainable development goals*. Nova York, 2016. Disponível em: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/2016/75&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2016/75&Lang=E). Acesso em: 02 fev. 2015.

UNESCO. *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, 2001*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

VALER-BELLOTA, Pavel H. *Reseña de “interculturalismo, entre liberalismo y comunitarismo” de Ramon Soriano*. Reflexión política,

2006, p. 164. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa>. Acesso em: 20 set. 2015.

VIEYTEZ, Eduardo Ruiz. *Cultural diversities and human rights: history, minorities, pluralization*. The Age of Human Rights Journal, 03 dez. 2014, pp. 1-31.

WAISBERG, Tatiana. Notas sobre o direito constitucional israelense: a revolução constitucional e a constituição escrita do Estado de Israel. Revista Brasileira de Direito Constitucional: n.11, jan./jun. 2008, p. 107-108 e 113-114.

WILHELMI, Marco Aparicio. *Igualdad y derechos culturales: una aproximación a partir de la constitución de 1978*. Chapecó, v. 14, n. 3, p. 73-92, Edição Especial. 2013b.

\_\_\_\_\_. *Ciudadanías intensas: alcances de la refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia*, inédito, apud BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (orgs.). Crítica jurídica na América Latina. Aguascalientes: CENEJUS, 2013a.

# DIREITOS CULTURAIS, PATRIMÔNIO E DIVERSIDADE: A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS INDÍGENAS

*Gilmara Benevides C. S. Damasceno*<sup>16</sup>

*Luciana de Oliveira Chianca*<sup>17</sup>

## 1. A proteção internacional dos direitos culturais, do patrimônio e dos bens culturais e da diversidade cultural

Os resultados dos esforços da preocupação internacional com a proteção do patrimônio cultural e de seus bens, direitos culturais, da diversidade e da proteção dos direitos culturais indígenas tiveram início a partir de meados da década de 1960, com a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos

---

16 Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Historiadora pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Antropologia Cultural pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pesquisadora do LABIRINT – Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade. <http://www.labirint.co/> Membro associado ao *International Law Association* - Ramo brasileiro (ILA-BRASIL). E-mail: gilmara.benevides@yahoo.com.br.

17 Doutora em Antropologia pela Université Bordeaux 2 (França), é professora Associada do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal da Paraíba. Atua no programa de Mestrado em Antropologia da UFPB. Pesquisa a cultura popular e o patrimônio cultural com ênfase nas dinâmicas urbanas da sociedade brasileira contemporânea, buscando suas articulações com os territórios rurais e com a cultura globalizada. E-mail: lucianachiancaufpb@yahoo.com.br.

Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), promulgado pelo Brasil a partir do Decreto nº 591/7/1992:

O PIDESC estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e implementar progressivamente os direitos nele enunciados. Possui um Comitê de Direitos Humanos próprio, e, somente em 2008, passou a contar com um protocolo facultativo em que conta com o mecanismo de petições individuais. O instrumento foi criado na expectativa de que tenha o “extraordinário poder de impactar positivamente o grau de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais nas esferas global, regional e local” (PIOVESAN, 2011, p. 255).

No ano de 1982, ocorreu no México a Conferência Mundial sobre Políticas Culturais (Mondiacult), até a presente data uma referência no que diz respeito aos direitos culturais. A cultura é vista como um conjunto de características espirituais, materiais, intelectuais e emocionais passou a ser fortemente relacionada ao desenvolvimento a partir de uma política cultural baseada no respeito à diversidade cultural<sup>18</sup>.

A Conferência de Direitos Humanos de Viena, ocorrida em Junho de 1993, seguiu a mesma linha universalista e veio para reforçar a positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, inclusive com a proposta de criação de novas abordagens – como um sistema de indicadores para a avaliação dos progressos na realização dos direitos enunciados no PIDESC.

Na Declaração de Viena afirma-se o compromisso com a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) no tocante às

---

18 Posteriormente, a Comissão Mundial sobre Cultura e Desenvolvimento elaborou o relatório “A Nossa Diversidade Criativa” em 1995; e, em 1998, como decorrência dessas práticas houve a *Conferência Intergovernamental sobre Políticas Culturais para o Desenvolvimento (Estocolmo, 1998)*.

ações concertadas e individuais, enfatizando-se o desenvolvimento de uma cooperação internacional efetiva com vista à consecução dos objetivos, incluindo o respeito e a observância universais dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos.

A Declaração de Viena incita (artigo 5º) à realização de um esforço concentrado, que garanta o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais aos níveis nacional, regional e internacional. Para tanto, ressalta (artigo 13) sobre o dever cooperação em busca das condições favoráveis para garantir o pleno e efetivo gozo dos direitos do homem pela eliminação de todas as violações dos direitos do homem e suas causas, bem como os obstáculos ao gozo desses direitos.

Artigo 5º. Todos os direitos humanos são universais e indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devam ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e fundamentais.

Artigo 13. Os Estados e as organizações internacionais, em cooperação com organizações não governamentais, devem criar condições favoráveis a nível nacional, regional e internacional para garantir o pleno e efetivo gozo dos direitos do homem. Os Estados deverão eliminar todas as violações dos direitos do homem e suas causas, bem como os obstáculos ao gozo desses direitos.

Por sua vez, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (DUDC) foi adotada pela Conferência Geral da

UNESCO na sua 31.<sup>a</sup> sessão, em 02/11/2001. A Declaração traz a integração entre direitos humanos tradicionais e outras categorias, reconhecendo que valores da diversidade cultural também são direitos humanos. Não à toa, em seu artigo 1º intitulado “Identidade, Diversidade e Pluralismo”, nela convencionou-se que a diversidade cultural é patrimônio comum da humanidade, na qual se manifesta a originalidade e pluralidade de identidades:

Artigo 1º. A cultura assume diversas formas ao longo do tempo e do espaço. Esta diversidade está inscrita no caráter único e na pluralidade das identidades dos grupos e das sociedades que formam a Humanidade. Enquanto fonte de intercâmbios, inovação e criatividade, a diversidade cultural é tão necessária para a Humanidade como a biodiversidade o é para a natureza. Neste sentido, constitui o patrimônio comum da Humanidade e deve ser reconhecida e afirmada em benefício das gerações presentes e futuras.

Ainda, no artigo 7º, a Declaração convencionou o patrimônio cultural como forma de criatividade, “devendo ser preservado, valorizado e transmitido às gerações futuras”. Por sua vez, em seu artigo 11, incentiva ao estabelecimento de parcerias entre o sector público, o sector privado e a sociedade civil para garantir a preservação da diversidade cultural como forma de desenvolvimento econômico:

Artigo 7.º A criação tem as suas raízes na tradição cultural, mas floresce em contacto com outras culturas. Por esta razão, o patrimônio, sob todas as suas formas, deverá ser preservado, valorizado e transmitido às gerações futuras enquanto testemunho da experiência e das aspirações humanas, de forma a fomentar a criatividade em toda a sua diversidade e a inspirar um diálogo genuíno entre as culturas.

Artigo 11. As forças de mercado, só por si, não podem garantir a preservação e promoção da diversidade cultural, que é fundamental para um desenvolvimento humano sustentável. Desta perspectiva, deverá ser reafirmada a preponderância das políticas públicas, em parceria com o setor privado e a sociedade civil.

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais foi assinada em Paris, em outubro de 2005. Foi ratificada pelo Brasil em 2007 e publicada pelo Decreto nº 6177, de 1.8.2007. A Convenção visa fortalecer a cooperação e a solidariedade internacionais, em espírito de parceria, cujo objetivo é o aprimoramento das capacidades dos países em desenvolvimento. A convenção traz a definição de “diversidade cultural” em seu artigo 4º:

Artigo 4º. Para os devidos fins da presente Convenção, fica definido que: a “diversidade cultural” refere-se à multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão. Tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedades. A diversidade cultural se manifesta não apenas nas variadas formas pelas quais se expressa, se enriquece e se transmite o patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade das expressões culturais, mas também através dos diversos modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregados.

A iniciativa da Convenção é de proteger e de promover a diversidade das expressões culturais (artigo 8º), indicando que “as partes poderão adotar quantas medidas considerarem necessárias

para proteger e preservar expressões culturais” e sobre a promoção da cooperação internacional (artigos 12 e 17):

Artigo 8º. 1. Sem prejuízo em relação ao que está disposto nos Artigos 5 e 6, uma Parte poderá determinar as situações especiais nas quais as expressões culturais em seu território correm risco de extinção, ou são objeto de uma grave ameaça ou ainda requerem medidas urgentes de conservação. 2. As Partes poderão adotar quantas medidas considerarem necessárias para proteger e preservar as expressões culturais nas situações as quais faz referência o parágrafo 1, conforme as disposições da presente Convenção. 3. As Partes informarão ao Comitê Intergovernamental todas as medidas adotadas para o cumprimento das exigências que a situação apresentar e o Comitê poderá formular as recomendações que lhe forem convenientes.

Artigo 12. As Partes procurarão fortalecer sua cooperação bilateral, regional e internacional para criar condições que facilitem a promoção da diversidade das expressões culturais, levando em consideração especialmente as situações contempladas nos Artigos 8 e 17, particularmente com o objetivo de: a) facilitar o diálogo entre as Partes sobre políticas culturais; b) reforçar as capacidades estratégicas e de gestão das instituições do setor público, mediante os intercâmbios profissionais e culturais internacionais e o aproveitamento compartilhado das melhores práticas; c) reforçar as associações com a sociedade civil, as organizações não governamentais e o setor privado, e entre todas estas entidades, para fomentar e promover a diversidade das expressões culturais; d) promover o uso de novas tecnologias e estimular a colaboração para estender o intercâmbio

de informação e o entendimento cultural, e fomentar a diversidade das expressões culturais; e) fomentar a assinatura de acordos de co-produção e co-distribuição.

Artigo 17. As Partes cooperarão para mutuamente se prestarem assistência, conferindo especial atenção aos países em desenvolvimento, nas situações referidas no Artigo 8.

A Convenção para a Proteção e Promoção da Diversidade Cultural foi o “primeiro tratado internacional a elevar a cultura a um patamar jurídico” (ROIZMAN, 2014, p. 140). Esta Convenção foi ratificada como tratado internacional pelo Brasil, internalizado pelo sistema jurídico nacional, somando-se aos direitos culturais já garantidos pela Constituição Federal de 1988. Já a Declaração de Friburgo sobre os Direitos Culturais, criada em 2007, define em seu artigo 2º o termo *cultura*, “identidade cultural” e “comunidade cultural”:

Artigo 2º. a) O termo “cultura” abrange os valores, as crenças, as convicções, as línguas, os saberes e artes, as tradições, as instituições e os modos de vida através dos quais uma pessoa ou grupo exprime a sua humanidade e o significado que atribui à sua existência e ao seu desenvolvimento; b) A expressão “identidade cultural” é entendida como a soma de todas as referências culturais através das quais uma pessoa, por si só ou em conjunto com outras, se define ou constitui a si mesma, comunica e deseja ser reconhecida na sua dignidade; c) “Comunidade cultural” designa um grupo de pessoas que partilham referências constitutivas de uma identidade cultural comum que desejam preservar e desenvolver.

Segundo a Declaração de Friburgo, a proteção da identidade cultural – de um grupo ou de uma sociedade e o gozo dos direitos,

liberdades e responsabilidades culturais indica “que esse processo deve poder ser assumido livremente por todos na diversidade de referências, e não ser imposto por alguma determinação coletiva” (MEYER-BISCH e BIDAULT, 2014, p. 48).

No tocante ao patrimônio cultural, sua apropriação pelas pessoas é um conjunto de recursos para ser mantido e valorizado, permitindo uma “ponte temporal” entre as gerações passadas e futuras. “É por isso que ele pode ser definido como “capital cultural” visto que ele significa um conjunto de saberes complementares, recursos para o sujeito” (MEYER-BISCH e BIDAULT, 2014, p.60).

Preâmbulo, Declaração de Friburgo sobre os Direitos Culturais. *Reafirmando* que a cultura deve ser considerada como o conjunto dos aspectos distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou grupo social, e que ela engloba, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver em conjunto, os sistemas de valores, as tradições e as crenças.

Em seu artigo 3º o diploma internacional dispõe sobre identidade e patrimônio culturais como direitos culturais. A definição de *cultura* utilizado na Declaração de Friburgo faz referência à Conferência Mundial do México sobre as Políticas Culturais, a Mondiacult, e em consonância com o que diz a DUDC.

Artigo 3º. Toda pessoa, individualmente ou em coletividade, tem direito: a. de escolher e ter respeitada sua identidade cultural, na diversidade dos seus modos de expressão; este direito exerce-se, especialmente, em conexão com as liberdades de pensamento, consciência, religião, opinião e expressão; b. de escolher e ter respeitada sua própria cultura, assim como as culturas que em suas diversidades

constituem o patrimônio comum da humanidade; isso implica particularmente o direito ao conhecimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, valores essenciais desse patrimônio; c. de ter acesso, particularmente pelo exercício dos direitos à educação e à informação, aos patrimônios culturais que constituem expressões das diferentes culturas bem como dos recursos para as gerações presentes e futuras.

Em 2013 foi elaborado o Relatório da ONU sobre Direitos Culturais pela relatora especial na área dos direitos culturais, Farida Shaheed. O documento foi realizado por solicitação do Conselho dos Direitos Humanos e trata, principalmente, sobre liberdade de expressão artística. O relatório mostra que os direitos culturais referem-se a um conjunto de questões amplas, em sua forma material ou imaterial de expressão artística.

Portanto são direitos culturais a informação e a comunicação, a língua; a identidade e o pertencimento a comunidades múltiplas, diversas e mutantes; a construção de sua própria visão do mundo e a liberdade de adotar um modo de vida específico; a educação e a formação; o acesso, a contribuição e a participação na vida cultural; o exercício de práticas culturais e o acesso ao patrimônio cultural material e imaterial (RELATÓRIO DA ONU, s/d).

## **2. A proteção do patrimônio natural e da diversidade biológica**

A proteção do patrimônio natural é importante para a manutenção da diversidade biológica<sup>19</sup> e para a sobrevivência humana no planeta. Todavia há uma ligação entre o patrimônio natural,

---

19 De acordo com a Convenção da Diversidade Brasileira (CDB), a diversidade biológica é a variabilidade de organismos vivos de todas as origens compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas

os direitos humanos e à proteção dos bens patrimoniais naturais e culturais. De modo que a valorização do patrimônio natural e do cultural estão inter-relacionados com o desenvolvimento econômico.

O desenvolvimento econômico necessita de mercados diversos, como por exemplo o turismo, em que associam diferentes aspectos relacionados ao processo de “valorização dos diversos patrimônios culturais e naturais, assim passaram a possibilitar, também, uma reflexão sobre como conciliar o usufruto dos patrimônios culturais e naturais com a sua conservação” (FRANCO, 2015, p. 155).

O desenvolvimento econômico, assim como acontece em todo o mundo, no Brasil depende da proteção do patrimônio natural e do patrimônio cultural. Muito embora o país sofra ao longo de décadas com o tráfico de animais silvestres, com a exploração da riqueza e da diversidade da flora e da fauna nativa, tenta dar alguma proteção jurídica aos conhecimentos ancestrais e ao patrimônio imaterial das comunidades tradicionais indígenas – exploradas desde os tempos de sua colonização do território pátrio.

A exploração e o tráfico internacional de recursos biológicos – a biopirataria<sup>20</sup> – é uma forma complexa de crime, pois existe neste tipo penal a associação de diversos delitos como a apropriação ilegal de recursos naturais, bem como a má-utilização dos conhecimentos e saberes tradicionais como forma de monopolização de tais conhecimentos.

---

aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

20 A biopirataria é a exploração do comércio ilegal da fauna e da flora. No Brasil esse tipo de tráfico ilícito engloba a exploração e o comércio ilegais de madeira; o tráfico de animais e plantas silvestres; além do patrimônio genético brasileiro e da exploração do patrimônio genético nacional e aos conhecimentos tradicionais associados.

E, primordialmente, ao conceituar-se Biopirataria, ponderar-se-á a necessidade de considerá-la infração penal ou não porque a legislação como um todo é lacunosa, inexistindo tipificação do crime de Biopirataria, o que induziria à aplicação, tão apenas de forma subsidiária e incipiente, da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98) (PANCHERI, 2013, p. 444).

A Convenção Sobre Diversidade Biológica ou Convenção da Biodiversidade (CDB) é um tratado internacional multilateral elaborada no âmbito ONU em 1992, durante a Eco-92 e entrou em vigor em 29 de dezembro de 1993. Até o ano de 2015, o número substancial de 175 países a ratificaram, inclusive o Brasil pelo Decreto nº 2.519 de 16 de março de 1998.

A biopirataria não está tipificada no Código Penal (CP), instaurado pelo Decreto-lei 2.848/1940 ou sequer na Lei de Crimes Ambientais de nº 9.605/1998, mas foi trazida pela primeira vez durante a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), que aconteceu no Rio de Janeiro entre os dias 5 a 14 de Junho de 1992 e que por isso ficou conhecida também como Rio92 ou Eco92. A CDB trata sobre a conservação do ecossistema, as espécies e recursos genéticos, o uso sustentável dos recursos biológicos e naturais e consequentemente a repartição justa e igualitária dos benefícios criados pela sua utilização.

Além do conceito de biopirataria serão tomados como referência pela CDB pelo Decreto Legislativo nº 2/1994, os conceitos de diversidade biológica e de biotecnologia<sup>21</sup> como parte de uma política de conscientização internacional do “valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, eco-

---

21 De acordo com o artigo 2º da CDB: Biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica.

nômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes” segundo consta na Convenção.

Dentre os objetivos da CDB estão a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

Além da CDB, neste artigo analisaremos também o que diz a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre as comunidades tradicionais e a CDB como instrumentos jurídicos de proteção dos bens ambientais e de inclusão social no âmbito internacional. Em relação ao Brasil, estudaremos como a Constituição Federal de 1988 como instrumento de proteção ao patrimônio natural e do patrimônio cultural.

O conceito de sociobiodiversidade está inserido na CDB, ele também está ligado ao desenvolvimento econômico e portanto pode ser compreendido como sendo a relação entre bens e serviços gerados a partir de recursos naturais e dos conhecimentos tradicionais, cuja finalidade é formar cadeias produtivas de interesse desses povos e tribos, inclusive pequenos agricultores e da agricultura familiar:

O primeiro parágrafo do preâmbulo da Convenção sobre a Diversidade Biológica reconhece o valor intrínseco da diversidade biológica, também em suas dimensões social e cultural<sup>22</sup>. O termo “sociobiodiversidade” fortalece essa ideia, embora seja possível pres-

---

22 Preâmbulo – Conscientes do valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes.

cindir disso, uma vez que são intrínsecas as dimensões social e cultural no conceito de diversidade biológica (KISHI, 2015, p. 210).

A fim de demonstrar como o conceito de sociobiodiversidade está devidamente inserido na realidade brasileira, exemplificaremos sua utilização a partir do processo judicial movido pelas ervaíras do mercado Ver-o-Peso contra a empresa Natura Cosméticos S. A., amplamente divulgado através da MP nº 2.186-16/2001 (MOREIRA, 2015, p. 185-208):

Revogada pela Lei nº 13.123/2015, que regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências.

## **2.1 A exploração da diversidade brasileira**

Ao longo da história ocidental, a busca pelas substâncias – do latim *specia* – decorreu de comércio, de troca ou de tráfico ilícito. A literatura histórica remonta às primeiras navegações do período quinhentista, origem de sua circulação entre os continentes. Para se ter uma ideia, entre os séculos XVI e XVII uma viagem de caravela partia da cidade de Salvador, no Brasil e demorava aproximadamente quarenta dias até chegar no ponto mais próximo na África, a cidade de Luanda.

O objetivo de tais viagens era o comércio das especiarias em que as mais buscadas eram aquelas mais ativas, usadas para condimento, remédio e perfumaria. As especiarias eram muito procuradas, mas devido à dificuldade de encontrá-las era um produto raro e vendidas a um alto preço, usadas em pequenas quantidades:

Houve produtos, como o açúcar, que foram especiarias mas, com a introdução de seu consumo em massa, deixaram de ser. São condimentos, entre outros, a noz-moscada, o gengibre, a canela, o cravo e, naqueles tempos, sobretudo a pimenta, a ponto de se usar a expressão “caro como pimenta” (FAUSTO, 1995, p. 26).

Assim como o açúcar hoje conhecemos outras especiarias largamente difundidas pelo mundo inteiro. O café, o alho e a cebola eram mais utilizadas pelas camadas populares, ao passo que nas classes abastadas eram preferidos os “os condimentos mais finos como os odores aromáticos, suaves, lembrando o perfume das flores” (FAUSTO, 1995, p. 29).

A forte exploração da diversidade brasileira teve um início a partir da riqueza do encontrada *in loco* pelo colonizador desde o tráfico da árvore de pau-brasil. No ano de 1503 se registra o do nome “Brasil” como sendo: “seu cerne, muito vermelho, era usado como corante, e a madeira, de grande resistência, era utilizada na construção de móveis e de navios” (FAUSTO, 1995, p. 42).

É sabido que a troca entre europeus e nativos indígenas foi a primeira forma de exportação do pau-brasil, custando a devastação de algumas áreas ao longo do litoral. Por isso os europeus foram adentrando o território com o uso dos conhecimentos e da força indígena – que recebiam dos portugueses objetos fabricados como tecidos e facas. Como os franceses não reconheciam a posse

portuguesa das terras locais praticaram a exploração do pau-brasil ao longo da costa brasileira como pirataria – atualmente associado a biopirataria:

De acordo com Fiorillo e Diaféria, “a biopirataria consiste na coleta de materiais para a fabricação de medicamentos no exterior sem o pagamento de *royalties*<sup>23</sup> ao Brasil, materiais esses oriundos principalmente da região da Amazônia, onde a diversidade dos recursos genéticos é imensa” [...] Também corrobora para a definição de biopirataria, Nohara, que a conceitua como: [...] o envio não autorizado de recursos genéticos de origem vegetal ou animal para fora do país. Compreende a atuação de estrangeiros envolvidos com multinacionais ou instituições científicas que extraem os conhecimentos das comunidades locais acerca da utilização da biodiversidade, coletam o material, patenteiam-no, sem conceder qualquer participação nos lucros para aqueles que fornecem tanto a matéria-prima como os conhecimentos acumulados por anos, e pior, é possível, ainda, que as comunidades sofram represálias jurídicas na utilização dos mesmos recursos por quebra de patente ou não pagamento de *royalties* (GOMES, 2009).

Desde o período colonial a região Norte do Brasil é o cenário da extração das substâncias ativas até então desconhecidas pelos europeus e objeto do intenso contrabando por parte de ingleses, franceses, holandeses, irlandeses... As substâncias eram

---

23 *Royalty* é um termo hoje amplamente difundido cuja origem é a língua inglesa tem como radical a palavra *royal* compreendido como pertencente à realeza. Assim nos dias atuais os *royalties* passaram a ser vistos como tudo aquilo que pertence ao rei, ao monarca, ao inventor ou a guarda do Estado e de uma nação. É um tipo de regalia e de proteção de direitos.

provenientes de plantas cultivadas pelos nativos e extraídas para serem utilizadas com finalidades medicinais, amplamente conhecidas como as “drogas do sertão” cultivadas pelos indígenas.

De modo que, além de seu valor intrínseco para os grupos nativos, tais substâncias também passaram a ter um valor econômico para aqueles que as comercializavam. Os jesuítas atuaram na exportação de tais substâncias utilizando para isso a força e os conhecimentos tradicionais indígenas, o que posteriormente foi usado como um dos motivos de sua expulsão do território brasileiro.

A partir de então teve início o conflito entre indígenas e colonos pela coleta e utilização dessa riqueza proveniente da extração das substâncias, antes era feita pelos religiosos. De modo que houve uma tentativa do Estado de se contrapor e de limitar o contrabando das especiarias coletadas, extraídas e levadas para o exterior pelos colonos. Como sabemos, o Brasil é um país muito rico em sua diversidade natural, cuja variabilidade de organismos vivos abrange não apenas ecossistemas terrestres marinhos e aquáticos, mas outros complexos ecológicos “de que fazem parte, compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas”, de acordo com a Lei nº 9.985/2000 que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC).

A diversidade da região Norte do Brasil, devido a sua riqueza de plantas silvestres, de fungos e bactérias, além de inúmeras formas de vida animal que ainda sequer foram pesquisadas, são extremamente procuradas pela indústria de cosméticos e pela indústria farmacêutica a fim de criar produtos que demonstrem seguir a ideologia da sustentabilidade num contexto ambientalista.

Portanto, não apenas o patrimônio genético da região mas as formas de exploração pelas comunidades locais tradicionais tornaram-se parte deste mercado, do qual participam grandes empresas internacionais e nacionais. No presente contexto, em se tratando da biopirataria, de acordo com a Comissão Parlamentar da Biopirataria, criada em 2003:

[...] o Brasil perde por ano mais de U\$S 5,2 bilhões com o tráfico ilegal de animais e de conhecimentos tradicionais e remédios de sua flora. Sendo que o mercado Mundial de medicamentos feitos de plantas chega a U\$S 400 bilhões por ano. E cerca de 20 mil extratos de plantas nativas saem ilegalmente do Brasil por ano. Já o mercado de tráfico de animais movimenta em torno de U\$20 bilhões anualmente, visto que dos animais silvestres comercializados no Brasil cerca de 30% sejam exportados (GOMES, 2009).

Quando se trata dos *royalties* devidos ao país e que deixam de ser pagos devido a biopirataria, é importante perceber que a cadeia de apropriação de tais riquezas tem de um lado cientistas, turistas e pesquisadores de grandes empresas e de outro a população nativa guardiã dos conhecimentos de como se extrair tais substâncias, mas que são excluídas da participação dos lucros gerados pela matéria-prima, burlando-se ainda os seus direitos de propriedade intelectual.

## **2.2 O caso das erveiras do Mercado Ver-o-Peso x a Natura Cosméticos S/A.**

Na cidade de Belém do Pará, onde hoje funciona o mercado Vero-o-Peso<sup>24</sup>, no século XVII funcionou um posto de pesagem de mercadorias comercializadas e de fiscalização de tributos, atualmente um ponto turístico e ponto comercial histórico e cultural

---

24 O mercado Ver-o-Peso é muito mais que um lugar de comércio, é um território onde se estabelecem relações sociais e culturais intensas. Por essa razão, é um cadinho de saberes, fazeres e modos de viver no qual ganham relevância os conhecimentos tradicionais, daí ser considerado “mercado cultural” [...] Os conhecimentos tradicionais no mercado são repassados de geração em geração, frequentemente recriados e reinventados dentro de relações sociais, políticas e culturais específicas [...] (MOREIRA, 2015, p. 190-191).

da cidade. Aquela cidade possui uma forte tradição de cultivo de plantas e sementes, bem como da extração de substâncias para o comércio de ervas em que se utiliza os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas, atividade cuja pessoa que a realiza passa a ser conhecida como erveiro ou erveira.

As ações jurídicas de proteção da biodiversidade brasileira contra os atos de apropriação de grandes empresas de cosméticos, de medicamentos e até mesmo por parte de cientistas estrangeiros são recentes no Brasil. Como exemplo disso, de forma resumida será apresentada aqui a ação judicial promovidos contra a Natura Cosméticos S.A. pelas erveiras do mercado Ver-o-Peso.

Uma pesquisadora da empresa esteve em Belém no ano de 2001 para realizar o levantamento de princípios ativos para a criação de novos produtos “com base na biodiversidade e nos conhecimentos tradicionais ali existentes” (MOREIRA, 2015, p. 191). Somente dois anos depois a empresa lançou uma linha de perfumaria chamada *Ekos*, totalmente produzida sob o conceito do respeito à biodiversidade e do desenvolvimento sustentável.

Nos vídeos produzidos pela empresa as mulheres nativas que cultivam e comercializam ervas – conhecidas como as erveiras – no mercado Ver-o-Peso descrevem os usos de essências e suas finalidades espirituais e ritualísticas.

Posteriormente, um grupo de erveiras do mercado foi até à Comissão de Biodireito e Bioética da OAB/PA em abril de 2005 informando terem recebido o valor de quinhentos reais pela utilização do vídeo e que não havia contrato que tratasse sobre o uso dos conhecimentos tradicionais (MOREIRA, 2015, p. 193), de modo que não teria havido uma repartição de benefícios. A comercialização ilegal afeta as comunidades nativas, que muitas vezes são ludibriadas devido à ingenuidade e a necessidade financeira.

A ação transcorreu sob medida provisória, a MP nº 2.186-16/2001<sup>25</sup> na qual se regulamentava e dispunha sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências como fundamentado na Constituição Federal e na CDB.

Antes de ser revogada pela Lei 13.123/2015, a citada MP 2.186-16/2001 tratava insatisfatoriamente do acesso ao patrimônio genético para fins de pesquisa científica, prospecção ou desenvolvimento tecnológico passa a depender de autorização prévia, concedida pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), vinculado ao Ministério do Meio Ambiente (MMA).

Por sua vez, a CDB tem como propósito a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos da utilização dos recursos genéticos, os *royalties*. O diploma jurídico analisado traça uma distinção entre os países de origem dos recursos genéticos – que possuem esses recursos genéticos em condições *in situ*; e aqueles países provedores de recursos genéticos – que detém os recursos genéticos coletados de fontes *in situ*, incluindo populações de espécies domesticadas e silvestres, ou obtidas de fontes *ex situ*, que possam ou não ter sido originados nesse país.

A princípio, numa análise literal a CDB não tratou os recursos genéticos e biológicos como patrimônio comum da humanidade, mas pertencente ao país detentor do poder soberano sobre estes recursos – de modo que a esta cabe o dever de

---

25 Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.

preservar, de conservar e de promover o uso de forma sustentável dos seus bens naturais:

Além disso, a apropriação de recursos genéticos e biológicos deverá ser realizada apenas com a autorização do país de origem e, das populações tradicionais possuidoras dos conhecimentos tradicionais integrados à biodiversidade. Este fato está intrinsecamente ligado às patentes (Lei n.9.279/96 art.18) e à propriedade intelectual, disciplinada pela Lei n.9.610/98 (GOMES, 2009).

No exemplo sobre as erveiras do mercado Ver-o-Peso, de início a Comissão de Biodireito desvinculou a imagem das pessoas utilizadas num vídeo institucional da empresa Natura Cosméticos S.A. e também o uso dos conhecimentos tradicionais. A OAB/PA questionou então ao MMA se existia alguma autorização do CGEN “para acesso e uso dos referidos conhecimentos tradicionais, bem como para o desenvolvimento dos perfumes Breu Branco e Priprioca, da linha *Ekos*” (MOREIRA, 2015, p. 194).

Somente no ano de 2005, após uma batalha que denunciou a exploração de um vazio legislativo nacional sobre a apropriação indevida de conhecimentos tradicionais das comunidades tradicionais, a OAB/PA em conjunto com o MPE/PA passaram a atuar sobre as alegações da empresa privada, que apesar de reconhecer o uso dos conhecimentos tradicionais, apenas o identificava como conhecimento difuso na região e que a CGEN não possuía “regulamentação para a repartição de benefícios nesses casos”:

Em 13 de abril de 2006, em resposta a CGEN, a empresa, valendo-se de ampla argumentação, sustentou que as erveiras do Ver-o-Peso não poderiam ser consideradas comunidade local ou indígena, e reiterou seu entendimento de que o acesso teria recaído sobre “conhecimento amplamente difundido” (MOREIRA, 2015, p. 197).

Ao longo do ano de 2006 a empresa continuou alegando em sua defesa a falta de regulamentação protetiva às comunidades tradicionais, o que posteriormente levaria o MPF e o MPE/PA a instaurarem uma investigação. Consequentemente em outubro do mesmo ano foram assinados o termo de Anuência Prévia, o Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e a Repartição de Benefícios por Acesso ao Conhecimento Tradicional Associado – todos contendo cláusula de confidencialidade de acesso ao seu conteúdo e aos seus termos.

### **3. A proteção da sociobiodiversidade no Brasil**

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é uma organização internacional que no ano de 1989 aprovou a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, lançadas posteriormente às normas internacionais anunciadas na Convenção 107 sobre as Populações Indígenas e Tribais, de 1957. Nos dias atuais, a Convenção 169 da OIT é tratada desde então como o instrumento jurídico internacional que favorece a inclusão social dos povos indígenas, no Brasil ela foi promulgada via Decreto nº 5.051/2004:

A Convenção 169, adotada em 1989 e que no Brasil é norma cogente, dissocia-se totalmente da anterior Convenção 107 da OIT, já que estabelece padrões internacionais de proteção do desenvolvimento dos direitos das populações indígenas, com destaque à tutela de sua cultura. Reconhece que os Estados devem respeitar o especial significado da relação desses povos tradicionais com suas terras e particularmente seus valores culturais e espirituais. Prevê a necessidade de consulta prévia desses povos e da participação de seus representantes em qualquer projeto de desenvolvimento regional ou local (KISHI, 2015, p. 215).

As diferentes concepções de cultura preveem atividades, instituições, padrões culturais de criação e difusão, além do processo ou estado de desenvolvimento social de um grupo, um povo, de uma nação e o aprimoramento de seus valores (MACHADO, 2013, p. 164).

Deve-se lembrar que a proteção ao meio ambiente abrange além do meio ambiente natural como o solo, a atmosfera, a água, etc., o meio ambiente artificial, que é o espaço urbano construído; e o meio ambiente cultural (MAZZILLI, 2015, p. 182):

A expressão patrimônio cultural tem sido utilizada em doutrina para referir-se ao conjunto dos bens e interesses que exprimem a integração do homem com o meio ambiente (tanto o natural como o artificial), como aqueles de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico ou arqueológico, nesse rol incluídos os valores até mesmo imateriais referentes à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (MAZZILLI, 2015, p. 213).

Há ainda o conceito de patrimônio social, que é aquele ligado ao interesse social de grupos, de classes, de categorias de pessoas que vivenciam algum tipo de hipossuficiência como a pobreza ou o desemprego; assim como o mesmo conceito pode existir para defender a sociedade como um todo pela proteção de valores materiais ou imateriais como o patrimônio cultural (MAZZILLI, 2015, p. 213).

Fazendo uma relação entre o desenvolvimento e a proteção do patrimônio natural e do patrimônio cultural, o conceito de sociobiodiversidade é compreendido como a relação entre bens e serviços gerados a partir de recursos naturais, a fim de formar cadeias produtivas que promovam a inclusão social dos povos e comunidades tradicionais, familiares e de pequenos agricultores

desenvolvido pelo Ministério do Desenvolvimento Econômico (MDA).

O conceito de sociobiodiversidade está completamente em sintonia com a necessidade de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, sobretudo quando empregados a fim de favorecer as nossas comunidades tradicionais e indígenas:

O Brasil – como todo o mundo – vive uma época em que é preciso buscar elementos para proteger todos os direitos humanos, em particular os econômicos, sociais e culturais, pela força com que se apresentam na Constituição atual, e, mais do que tudo, pela emergência que o problema “social” se coloca [...] Incorporar e proteger os direitos humanos é essencial para um país como o Brasil, que busca crescer e se desenvolver (inclusive economicamente), ultrapassando as marcas do passado e do presente, relacionadas a uma colonização fragmentada e autoritária (LIMA JUNIOR, 2001, p. 11).

Um outro diploma internacional que favorece a sociobiodiversidade é a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, aprovada na 107ª Sessão Plenária de 13 de setembro de 2007 e assinada no Rio de Janeiro em 2008, no qual as partes se manifestam sobre a autonomia dos povos indígenas:

[...] estabelece que os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver o seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências e tecnologias, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades e da fauna e da flora, as tradições orais e literaturas, os desenhos os esportes e jogos

tradicionais e as artes visuais e interpretativas. Também têm o direito de manter, controlar e proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais. Também dispõe expressamente a Declaração que, em conjunto com os povos indígenas, os Estados adotarão medidas eficazes para reconhecer e proteger o exercício desses direitos (KISHI, 2015. p. 216).

O conceito de sociobiodiversidade comunica-se dessa maneira com a autonomia dos povos indígenas e com a ideia de biodiversidade como fonte de subsistência da vida humana e da natureza. A sociobiodiversidade “reclama um novo olhar sobre a diversidade biológica, um olhar integrado e compromissado com a sustentabilidade das presentes e futuras gerações humanas e não humanas” (KISHI, 2015, p. 210).

Ao mesmo tempo, o conceito nos apresenta o perigo da convivência com a industrialização por parte das comunidades tradicionais, o que é um ponto a ser observado na promoção da sociobiodiversidade: “os modos de criar, de fazer e de viver constituem também formas culturais de elevado sentido popular que vão se perdendo nas formas de industrialização substitutiva” (SILVA, 2001, p. 113).

É importante lembrar que o artigo 216, §1º<sup>26</sup> da CF prevê a valorização e a proteção dos modos de vida social e cultural das comunidades e suas formas de conhecimento, inclusive a valorização das comunidades tradicionais, tratando-se da proteção desses bens como patrimônio cultural imaterial:

---

26 Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão [...]

A importância do elemento cultural na formação das experiências, valores e identidades dos indivíduos é patente. Constituída e vivenciada a partir das relações sociais dos indivíduos, o aparato simbólico em que se constitui a cultura é fator essencial à formação das visões de mundo de pessoas e grupos. São vários os comportamentos, ideias e artefatos que convivem significados, permitem a atribuição de sentido e formam o contexto onde se desenvolvem as pessoas (SOUZA, 2012, p. 24).

A proteção à cultura tradicional indígena consta na CF/1988 em seus artigos 231<sup>27</sup> e 232<sup>28</sup>, nos quais que se reconhece a organização social, os costumes, a línguas, as crenças e as suas tradições como manifestações culturais, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam de modo permanente e suas atividades produtivas “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (SILVA, 2001, p. 85).

Em consonância com os diplomas internacionais e os artigos supracitados – a Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas, os artigos 216, 231 e 232 da CF/1988 – o Decreto nº 6.040/2007 instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT):

---

27 Art. 231, *caput* - 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.

28 Art. 232 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Art. 1º - Fica instituída a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - PNPCT, na forma do Anexo a este Decreto. Art. 2º - Compete à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT, criada pelo Decreto de 13 de julho de 2006, coordenar a implementação da Política Nacional para o Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Art. 3º - Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações; e III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras. Art. 4º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

### **3.1 A sociobiodiversidade como fundamento jurídico da lei 13.123/2015**

A Lei 13.123/2015, que revogou a MP 2.186-16/2001 é bastante atual em relação aos temas atinentes à sociobiodiversidade. O instrumento jurídico trata em seu artigo 1º sobre bens, direitos e obrigações relativas ao patrimônio genético – exceto o humano – e refere-se ao patrimônio natural como “bem de uso comum do povo” encontrado em condições *in situ*, inclusive as espécies domesticadas e populações espontâneas, ou mantido em condições *ex situ*, desde que encontrado em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial e na zona econômica exclusiva.

O mesmo artigo 1º, II trata exatamente sobre conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, “relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes”. A lei discorre então nos incisos seguintes sobre o acesso à tecnologia e a sua transferência para a conservação da biodiversidade e à exploração econômica do “produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado”.

A Lei 13.123/2015 busca resolver o problema da repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

A citada lei interfere sobre a remessa para o exterior de parte ou do todo de organismos, vivos ou mortos, de espécies animais, vegetais, microbianas ou de outra natureza, que se destine ao acesso ao patrimônio genético. Bem como a implementação de tratados internacionais sobre o patrimônio genético ou o

conhecimento tradicional associado aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados.

Ainda no tocante ao conceito de sociobiodiversidade, a lei declara no artigo §1º, artigo 1º que o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado será efetuado sem prejuízo dos direitos de propriedade material ou imaterial que incidam sobre o patrimônio genético ou sobre o conhecimento tradicional associado acessado ou sobre o local de sua ocorrência.

É importante dizer que de acordo com o artigo 2º, II: “conhecimento tradicional associado” é a informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético. O conhecimento tradicional protegido abrange aquele de “origem não identificável” o que encerra o dilema do “conhecimento difuso” utilizado como desculpa no caso das erveiras do mercado Ver-o-Peso contra a Natura Cosméticos S.A.

A comunidade tradicional é o grupo que se reconhece como tal e que possui forma própria de organização social, que ocupa e usa território e recursos naturais “como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição”.

O acesso aos conhecimentos tecnológicos, à pesquisa, ao desenvolvimento de tecnologias, ao cadastro de acesso ou remessa/transferência de patrimônio genético também são ordenados na Lei 13.123/2005, inclusive com seus instrumentos jurídicos próprios: acordo de repartição de benefícios, notificação de produto, acordo setorial, atestado de regularidade de acesso e termo de transferência de material:

Artigo 2º - Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB, promulgada pelo Decreto

nº 2.519, de 16 de março de 1998, consideram-se para os fins desta Lei: [...] XIX - notificação de produto - instrumento declaratório que antecede o início da atividade de exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, no qual o usuário declara o cumprimento dos requisitos desta Lei e indica a modalidade de repartição de benefícios, quando aplicável, a ser estabelecida no acordo de repartição de benefícios; XX - acordo de repartição de benefícios - instrumento jurídico que qualifica as partes, o objeto e as condições para repartição de benefícios; XXI - acordo setorial - ato de natureza contratual firmado entre o poder público e usuários, tendo em vista a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da exploração econômica oriunda de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável; XXII - atestado de regularidade de acesso - ato administrativo pelo qual o órgão competente declara que o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado cumpriu os requisitos desta Lei; XXIII - termo de transferência de material - instrumento firmado entre remetente e destinatário para remessa ao exterior de uma ou mais amostras contendo patrimônio genético acessado ou disponível para acesso, que indica, quando for o caso, se houve acesso a conhecimento tradicional associado e que estabelece o compromisso de repartição de benefícios de acordo com as regras previstas nesta Lei [...] Parágrafo único - São de competência da União a gestão, o controle e a fiscalização das atividades descritas no *caput*, nos termos do disposto no inciso XXIII do *caput* do art. 7º da

Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.

De acordo com o artigo 3º, o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico, assim como a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo – que seja oriundo desse acesso – apenas serão realizados mediante cadastro, autorização ou notificação, e serão submetidos a fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos nesta Lei e no seu regulamento:

Art. 3º O acesso ao patrimônio genético existente no País ou ao conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico e a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo desse acesso somente serão realizados mediante cadastro, autorização ou notificação, e serão submetidos a fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos nesta Lei e no seu regulamento.

A Lei 13.123/2015 institui em seu artigo 6º a criação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen), no âmbito do MMA, como órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios.

O órgão é formado por representação de órgãos e entidades da administração pública federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Lei com participação máxima de 60% (sessenta por cento) e a representação da sociedade civil em no mínimo 40% (quarenta por cento) dos membros, assegurada a

paridade entre o setor empresarial, o setor acadêmico e as populações indígenas, comunidades tradicionais agricultores tradicionais.

Todo o Capítulo III da lei trata sobre o conhecimento tradicional associado e a sua proteção jurídica, ele é formado por três artigos: o artigo 8º que trata sobre a proteção aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas; o artigo 9º sobre o acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado e o artigo 10 sobre a garantia de direitos sobre a criação, detenção, desenvolvimento e conservação do conhecimento tradicional associado pelas populações indígenas:

Art. 8º Ficam protegidos por esta Lei os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita. § 1º O Estado reconhece o direito de populações indígenas, de comunidades tradicionais e de agricultores tradicionais de participar da tomada de decisões, no âmbito nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País, nos termos desta Lei e do seu regulamento. § 2º O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta Lei integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser depositado em banco de dados, conforme dispuser o CGen ou legislação específica. § 3º São formas de reconhecimento dos conhecimentos tradicionais associados, entre outras: I - publicações científicas; II - registros em cadastros ou bancos de dados; ou III - inventários culturais. § 4º O intercâmbio e a difusão de patrimônio genético e de conhecimento

tradicional associado praticados entre si por populações indígenas, comunidade tradicional ou agricultor tradicional para seu próprio benefício e baseados em seus usos, costumes e tradições são isentos das obrigações desta Lei.

Art. 9º O acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado. § 1º A comprovação do consentimento prévio informado poderá ocorrer, a critério da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional, pelos seguintes instrumentos, na forma do regulamento: I - assinatura de termo de consentimento prévio; II - registro audiovisual do consentimento; III - parecer do órgão oficial competente; ou IV - adesão na forma prevista em protocolo comunitário. § 2º O acesso a conhecimento tradicional associado de origem não identificável independe de consentimento prévio informado. § 3º O acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada ou crioula para atividades agrícolas compreende o acesso ao conhecimento tradicional associado não identificável que deu origem à variedade ou à raça e não depende do consentimento prévio da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional que cria, desenvolve, detém ou conserva a variedade ou a raça.

Art. 10. Às populações indígenas, às comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais que criam, desenvolvem, detém ou conservam conhecimento tradicional associado são garantidos os direitos de: I - ter reconhecida sua contribuição para o desenvolvimento e conservação de patrimônio genético, em qualquer

forma de publicação, utilização, exploração e divulgação; II - ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; III - perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, nos termos desta Lei; IV - participar do processo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso, na forma do regulamento; V - usar ou vender livremente produtos que contenham patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, observados os dispositivos das Leis n°s 9.456, de 25 de abril de 1997, e 10.711, de 5 de agosto de 2003; e VI - conservar, manejar, guardar, produzir, trocar, desenvolver, melhorar material reprodutivo que contenha patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado. § 1º Para os fins desta Lei, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético será considerado de natureza coletiva, ainda que apenas um indivíduo de população indígena ou de comunidade tradicional o detenha. § 2º O patrimônio genético mantido em coleções **ex situ** em instituições nacionais geridas com recursos públicos e as informações a ele associadas poderão ser acessados pelas populações indígenas, pelas comunidades tradicionais e pelos agricultores tradicionais, na forma do regulamento.

Como resposta à biopirataria e contra a exportação, o Capítulo IV institui sobre o acesso, a remessa e a exploração econômica, sujeitando as atividades ligadas ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, remessa para o exterior de

amostras de patrimônio genético de amostras para o exterior de patrimônio genético e a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado.

De acordo com o artigo 11, §1º é vedado o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado por pessoa natural estrangeira. A remessa para o exterior de amostra de patrimônio genético depende de assinatura do termo de transferência de material, na forma prevista pelo CGen.

No Capítulo V, sobre a repartição de benefícios, resumido aqui em seus artigos 17, 18 e 19 ordena-se que os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições *in situ* ou ao conhecimento tradicional associado, ainda que produzido fora do Brasil, serão repartidos, de forma justa e equitativa, sendo que no caso do produto acabado o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, em conformidade ao que a presente lei estabelece:

Art. 17. Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições *in situ* ou ao conhecimento tradicional associado, ainda que produzido fora do País, serão repartidos, de forma justa e equitativa, sendo que no caso do produto acabado o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, em conformidade ao que estabelece esta Lei. § 1º Estará sujeito à repartição de benefícios exclusivamente o fabricante do produto

acabado ou o produtor do material reprodutivo, independentemente de quem tenha realizado o acesso anteriormente. [...]

Art. 18 – os benefícios resultantes da exploração econômica de produto oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado para atividades agrícolas serão repartidos sobre a comercialização do material reprodutivo, ainda que o acesso ou a exploração econômica dê-se por meio de pessoa física ou jurídica subsidiária, controlada, coligada, contratada, terceirizada ou vinculada, respeitado o disposto no § 7º do art. 17. § 1º A repartição de benefícios, prevista no *caput*, deverá ser aplicada ao último elo da cadeia produtiva de material reprodutivo, ficando isentos os demais elos. [...]

Art. 19. A repartição de benefícios decorrente da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado poderá constituir-se nas seguintes modalidades: I - monetária; ou II - não monetária, incluindo, entre outras: a) projetos para conservação ou uso sustentável de biodiversidade ou para proteção e manutenção de conhecimentos, inovações ou práticas de populações indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais, preferencialmente no local de ocorrência da espécie em condição *in situ* ou de obtenção da amostra quando não se puder especificar o local original; b) transferência de tecnologias; c) disponibilização em domínio público de produto, sem proteção por direito de propriedade intelectual ou restrição tecnológica; d) licenciamento de produtos livre de ônus; e) capacitação de recursos humanos em temas

relacionados à conservação e uso sustentável do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado; e f) distribuição gratuita de produtos em programas de interesse social. § 1º No caso de acesso a patrimônio genético fica a critério do usuário a opção por uma das modalidades de repartição de benefícios previstas no *caput*. [...]

A Lei 13.123/2015 também prevê sanções administrativas bem como a criação de um fundo nacional para a repartição de benefícios e de um programa nacional de repartição desses benefícios. Ainda como consta em seu artigo 47 ordena sobre a concessão de direito de propriedade intelectual pelo órgão competente sobre produto acabado ou sobre material reprodutivo, obtido a partir de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado fica condicionada ao cadastramento ou autorização.

## **Conclusões**

A preservação da diversidade cultural e da diversidade biológica está ligada à proteção do meio ambiente a partir de instrumentos jurídicos principalmente no âmbito do direito constitucional, do direito ambiental, do direito internacional e do direito administrativo. A proteção do patrimônio natural e do patrimônio cultural e de seus bens encontra proteção em diversos diplomas internacionais, bem como na legislação do ordenamento pátrio brasileiro.

A preservação da diversidade biológica portanto está relacionada à preservação da diversidade cultural, em seus aspectos mais amplos como a vida em comunidade e no direito à cultura. De modo que a preservação do patrimônio natural e do patrimônio cultural são direitos inerentes, fundamentais, à vida e à sobrevivência da própria espécie humana.

Por sua vez, as comunidades e sociedades humana necessitam se desenvolver economicamente a fim de se sustentarem para que as próximas gerações sobrevivam. Os conhecimentos transmitidos ao longo dessas gerações – e que serão preservados – estarão comprometidos caso haja uma ruptura da cadeia econômica que os sustenta.

As sociedades humanas precisam se desenvolver economicamente ao mesmo tempo em que protege os seus direitos sociais e conquista os seus direitos culturais. Não é uma tarefa simples nos dias atuais, em que o sistema capitalista nos mostra os resultados mais cruéis de exclusão econômica, social e cultural dos povos com seu mecanismo sofisticado e agressivo.

A sociobiodiversidade surge como uma nova perspectiva ética em defesa dos princípios dos direitos fundamentais – como da dignidade humana e dos direitos culturais – das comunidades nativas como as tribos indígenas e dos conhecimentos tradicionais dentro deste intenso processo de fragmentação cultural e da globalização econômica (KISHI, 2015, p. 209).

A sociobiodiversidade, cujo conceito recente ajuda a fundamentar estudos acadêmicos, também está presente na legislação mais atual de proteção dos modos culturais e intelectuais desses grupos tradicionais. A Lei 13.123/2015 foi criada para resolver os problemas que a MP 2.186-16/2001 já não resolvia, passados dezesseis anos de sua publicação.

Para exemplificar o conceito de sociobiodiversidade, analisamos neste artigo o caso específico das erveiras do mercado Ver-o-Peso contra a empresa privada Natura Cosméticos S.A., que aproveitou-se de uma lacuna existente na legislação nacional para burlar a distribuição de lucros advindos da utilização dos conhecimentos indígenas utilizados na criação de produtos cosméticos da linha *Ekos*, amplamente comercializados em território nacional e internacional.

## Referências

FAUSO, Bóris. **História do Brasil**. 2. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FRANCO, José Luiz de Andrade. Patrimônio cultural e natural, direitos humanos e direito à natureza. In: SOARES, Inês Virgínia Prado, CUREAU, Sandra. **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015, p. 155-184.

GOMES, Claudineia Duarte Silva. **Biopirataria**: a importância da participação popular no combate ao tráfico de animais silvestres na Amazônia. In: <https://advocaciainternacional.wordpress.com/artigos-cientificos-4/biopirataria-a-importancia-da-participacao-popular-no-combate-ao-trafico-de-animais-silvestres-na-amazonia>. Acessado em: 28 ago. 2017.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Conhecimentos tradicionais e povos tradicionais: a valorização da dignidade humana pelo direito patrimonial cultural. In: SOARES, Inês Virgínia Prado, CUREAU, Sandra. **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015, p. 209-229.

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEYER-BISCH, Patrice, BIDAULT, Mylène (orgs.) **Afirmar os Direitos Culturais**: Comentário à Declaração de Friburgo. São Paulo: Ed. Iluminuras, LTDA, 2014.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Acesso e uso dos conhecimentos tradicionais no Brasil: o caso Ver-o-Peso. In: SOARES, Inês Virgínia Prado, CUREAU, Sandra. **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015, p. 185-208.

PANCHERI, Ivanira. Biopirataria: reflexões sobre um tipo penal. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 108 p. 443 - 487 jan./dez. 2013.

PIOVESAN, Flávia, GARCIA, Maria (org.). **Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Col. Doutrinas Essenciais, v.3. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, 2011.

RELATÓRIO DA ONU sobre direitos culturais. 2013. Disponível em: <<http://observatoriodadiversidade.org.br/site/pesquisa/linha-do-tempo/>> Acesso em: 20 de setembro de 2015.

ROIZMAN, Maysa Blay. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e o Direito Interno**. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição 05/2014, p. 140-160, fev. 2014. Disponível em: <[www.pidcc.com.br](http://www.pidcc.com.br)> Acesso em: 20 de setembro de 2015, p. 140.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SOARES, André Marcelo M, PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito**: uma introdução. Coleção Gestão em Saúde. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SOUZA, Allan Rocha de. **Direitos culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

# POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS E A JUREMA SAGRADA: UMA QUESTÃO DE RECONHECIMENTO

*Camilo de Lélis Diniz de Farias*<sup>29</sup>

## 1. Introdução

**A**ntes de chegar propriamente à questão central do presente ensaio, entendo que é necessário situar o seu objeto, e tentar descrevê-lo, sem porém incorrer em categorizações, fugindo ao máximo de uma perspectiva cartesiana, o que seria contraditório quando se fala em reconhecimento.

A Jurema Sagrada é antes de mais nada um complexo místico e polissêmico: é árvore, ritual, técnica, dom e religião, no qual cada uma dessas significações interagem entre si: no culto à Jurema se bebe o vinho feito da árvore, mas também ocorre a manifestação da Jurema-dom, seja através da cura, seja através da incorporação, tudo permeado pelo seu aspecto técnico – ou de saber popular.

A multiplicidade de sentidos não se encerra em seu aspecto cosmológico: de base originalmente indígena, o que se reflete no culto aos Caboclos, Canindés e Encantados, no uso proeminente da fumaça e dos maracás em seu ritual e, principalmente,

---

29 Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professor do Centro de Ensino Superior Reinaldo Ramos – CESREI e da Escola Superior da Magistratura “Desembargador Almir Carneiro da Fonseca” – ESMA/PB. Email: camiloldf@gmail.com.

na veneração à jurema-árvore e ao consumo da bebida dela preparada; a Jurema Sagrada sofreu ao longo dos anos influências diversas, notadamente a do Catolicismo, Paganismo europeu e, mais recentemente, do Candomblé e da Umbanda. É precisamente na sua relação com os cultos de matriz africana que se encontra talvez a questão central de análise deste ensaio.

Na Paraíba, o seu encontro com as tradições africanas se deu por volta dos anos 60 do século passado. Barros (2011, p.20) afirma que:

A cidade de Campina Grande, seguindo uma tendência que se verifica no estado da Paraíba, a partir de meados do século XX, sofrerá influência das religiões de marcas afrobrasileiras, mais propriamente da Umbanda (de São Paulo) em decorrência do processo de legalização dessas práticas em nível nacional e do Candomblé de Pernambuco, com a vinda de alguns candomblecistas para a cidade. Essa influência, como sugerem alguns autores, resultou em médio prazo, num processo acentuado de hibridização com as correntes locais.

Assim sendo, têm-se na Jurema Sagrada uma tripla polissemia, uma multiplicidade de sentidos, de influências e práticas rituais e, por fim, de sujeitos, o que impõe a necessidade de atenção diferenciada em sede de promoção de políticas públicas mas que, como se verá, serviu como justificativa para a sua marginalização enquanto culto religioso.

## **2. Políticas públicas em direitos humanos: uma abordagem geral**

Sinteticamente, as políticas públicas em direitos humanos consistem em ações levadas a cabo pelo poder público com o evidente intuito de promover os direitos humanos em seus vários

aspectos e dimensões, nas diversas áreas de atuação do Estado. Nesse sentido, é a afirmação de Dworkin (2002, p. 36) de que políticas (dentre as quais as públicas) são:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).

Pode-se afirmar que esta perspectiva de atuação positiva do Estado foi inaugurada a partir da segunda dimensão dos direitos fundamentais, associados, principalmente, aos direitos sociais. Por uma razão lógica, não se poderia conceber que garantias como educação e saúde se concretizassem sem que houvesse uma atuação concreta do Estado, em oposição à ideia dos direitos “negativos” consagrados anteriormente. Assim sendo, consolida-se a ideia da necessidade de ações para a concretização fática dos direitos humanos, cujo avanço continua ao longo do tempo, quando novos direitos são positivados de acordo com a necessidade dos sujeitos.

Assim sendo (BUCCI, 2001, p. 08).:

A percepção dessa evolução nos faz perceber que a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, a qual vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando formas que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana.

Isto significa, portanto, que as políticas públicas em direitos humanos não dizem respeito apenas às garantias que demandam

uma prestação positiva para se concretizarem. Na verdade mesmo as aquelas mais abstratas, como o devido processo legal e o direito de ir e vir, para serem realmente efetivas, necessitam de um aparato, tal como uma máquina judiciária (contratação de servidores e remuneração dos mesmos, estruturação de diplomas legais, dotação de órgãos etc).

É importante aqui destacar que a adoção e estruturação de políticas públicas em direitos humanos enunciam uma **tomada de posição** por parte do Estado, estando as mesmas carregadas, portanto, de um forte teor valorativo. Não são, portanto, simples ações desconexas, mas sim uma opção política em se fazer efetivos determinados direitos. Neste sentido, pontua Joan Scott (2002, p. 15):

A igualdade é um princípio absoluto e uma prática historicamente contingente. Não é a ausência ou a eliminação da diferença, mas sim o reconhecimento da diferença e a decisão de ignorá-la ou de levá-la em consideração. R. R. Palmer, escrevendo no *Dictionary of the History of Ideas*, coloca isso assim: “A igualdade requer um ato de escolha, pelo qual algumas diferenças são minimizadas ou ignoradas enquanto que outras são maximizadas e postas a se desenvolver”.

Muito embora já houvesse, sobretudo nos países democráticos, a noção da necessidade de efetivação de direitos e, conseqüentemente, da necessidade de estruturação de políticas que os instrumentalizassem, apenas no pós-guerra fria este panorama terá sofrido, efetivamente, uma viragem política: até então, em virtude da tensão ideológica que o mundo vivenciava, havia a ideia de dicotomia entre os direitos civis e sociais, representada mormente na concepção de dois pactos distintos em 1966, sendo o destinado aos direitos civis massivamente assinado pelos países capitalistas, e o referente aos sociais endossado pelos países socialistas.

Somente com o fim desta situação é que se firma a ideia de indissociabilidade dos direitos humanos, isto é, da necessidade de se praticar simultaneamente tanto os direitos civis, quanto os sociais, culturais etc. Sobre a Conferência de Viena, se pronuncia Vannuchi (2010, p. 124):

Em 1993, em Viena, uma Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realizada pela ONU trouxe dois importantes avanços: firmou o conceito de indivisibilidade dos direitos humanos (quando determinado direito humano é violado, os demais ficam automaticamente contaminados, e recomendou a todos os países a elaboração de planos nacionais de direitos humanos.

Com efeito, é com a Conferência de Viena que se consolida a noção de que a defesa e a **promoção** dos direitos humanos são um dever prioritário dos Estados. Chamo atenção para o verbete “promoção”, por ele indicar que esse trabalho de defesa dos direitos do homem passa, necessariamente, por uma atuação prática, materializada em intervenções na realidade concreta. Tanto é que a conferência foi acompanhada de um plano de ação, o que explicita a preocupação não apenas com a enunciação, mas também com a concretização dos direitos humanos, ressaltando, desta maneira, o dever de participação ativa do Estado nessa seara, em oposição à passividade e absenteísmo da perspectiva estritamente liberal, que permeou os primeiros anos da história dos direitos humanos na modernidade.

Agora, uma vez delineado o conceito de políticas públicas e a sua aplicação aos direitos humanos incumbe questionar: de que modo se estruturam as políticas públicas aplicadas aos cultos religiosos, em especial à Jurema Sagrada? Quais são os principais entraves e desafios à sua efetivação? Tais questões passam, necessariamente por reflexões de ordem histórica, política e identitária,

que serão centrais para a nossa análise, tópicos que serão desenvolvidos a seguir.

### 3. A trajetória política da Jurema Sagrada

A história política de todas as religiões não cristãs no Brasil é intimamente relacionada à repressão. A colonização do território brasileiro foi patrocinada pela Igreja Católica, o que implicou tanto em uma forte vinculação do catolicismo enquanto doutrina e instituição às políticas do Estado brasileiro, quanto na liberdade da mesma realizar seu trabalho de doutrinação e repressão em território nacional.

Neste sentido, teve destaque a atuação do tribunal do santo ofício em terras brasileiras. Especificamente para a Jurema Sagrada, isto implicou em perseguição e marginalização. Já no século XVIII se encontram registros de condenação de nativos por praticarem o *adjunto da jurema*<sup>30</sup>, que seria a preparação da bebida enteógena que era amplamente consumida com o intuito de conseguir uma ligação entre a terra e o mundo dos encantados.

A independência do Brasil levou à formação de um império autônomo, desvinculado de Portugal e, conseqüentemente, à necessidade de se ter uma Constituição. Assim sendo, em 1824, foi outorgada a primeira Carta Magna brasileira. Em relação à religião, ela estabelecia que o catolicismo era o culto oficial do país, e que às outras formas de religiosidade era garantida apenas a manifestação privada, não sendo permitidos portanto a realização de quaisquer rituais públicos. Continuava, portanto, institucionalizada a perseguição às religiões não cristãs.

---

30 “Mais representativa foi a denúncia que o mesmo Pedro Monteiro de Macedo fez em 1739, em carta ao rei D. João V, sobre a participação de frades em um ritual praticado entre indígenas Kanindé e Xukuru aldeados em Boa Vista, na capitania da Paraíba.” (FREIRE, 2013, p. 27).

Com a proclamação da República, adotou-se a separação entre o Estado e a Igreja, todavia a previsão não representou avanço concreto para as religiões de matriz afro-ameríndia. O decreto 119-A/1890, em que pese ter possibilitado o divórcio entre os poderes públicos e eclesiásticos e, conseqüentemente, a liberdade religiosa, não foi suficiente para alterar a correlação de forças existentes, como a influência da Igreja Católica nas instâncias do poder.

Della Cava (1975, p.10) afirma que

Com exceção do período da República Velha (1890-1930), o Estado brasileiro – a despeito de sua ideologia – aceitou esse arranjo (a manutenção do catolicismo como religião oficial) e garantiu à Igreja Católica Romana um conjunto de privilégios (especialmente em assuntos educacionais e sociais) de que nenhuma instituição brasileira particular, religiosa ou de qualquer outro tipo, gozou.

Tal situação permanece até os dias de hoje, com a diferença de que também as igrejas evangélicas conseguem, cada vez mais, ampliar o seu espaço de influência na vida política do Brasil, o que alerta para a necessidade de garantir a efetividade do Estado laico, sob pena de enormes retrocessos no campo dos direitos humanos.

A previsão de liberdade religiosa em decorrência da laicidade do Estado não foi para todos. Uma vez superado o discurso da religião oficial, permaneceram vivos e institucionalizados os discursos que criminalizavam as práticas religiosas de matriz afro-ameríndia e aqueles que a tipificavam enquanto doença ou fetichismo, o que legitimava tanto a perseguição policial quanto a descredibilização, a exotização ou mesmo a imposição de um tratamento psiquiátrico para tais religiões e seus adeptos.

Aires (2014, p. 91) tece preciosas considerações sobre o tema:

A perseguição às religiosidades afro-ameríndias, durante a primeira metade do século XX, era legitimada a partir dos discursos e práticas jurídicas e/ou científicas. O primeiro Código Penal republicano, promulgado pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, previa penas severas para quem “praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis e ou incuráveis, enfim para fascinar e subjugar a credulidade pública”. (Art. 157) O dispositivo legal garantia ao Estado o uso dos aparelhos repressivos sobre umbandistas, candomblecistas e catimbozeiros.

Já Ofélia Barros, em sua tese de doutorado, traz outro importante registro histórico, datado de 1937, que dá conta do teor da repressão sofrida pela Jurema na Paraíba:

[...] Acompanhado dos soldados Francisco Catarino, João Felício e Francisco Caldino, o comandante do destacamento surpreendeu João Inocêncio da Costa e Joana Amorim cercados de mais de quarenta pessoas fazendo “macumba”. Lá estavam em volta de uma pequena mesa onde velas ardiavam e se encontravam uma garrafa de aguardente, três cachimbos, um sapo seco com a boca costurada, um novelo de linha enfiado num couro de cobra, uma mochila cheia de terra de cemitério e um grande galho de jurema. A presença da polícia ocasionou grande pânico, tendo sido possível prender somente dez pessoas. A polícia prossegue para apenhar outros núcleos de feitiço. (Jornal *A Imprensa apud* BARROS, 2011, p. 71).

À mesma época, notadamente na Bahia, os Candomblés passaram a conquistar legitimidade e a iniciar o seu processo de

legalização e conquista de espaço político. Intelectuais como Jorge Amado e Pierre Verger passaram a frequentar as mais tradicionais casas do ketu baiano, o que lhes conferiu inegável visibilidade cultural e política. Na Paraíba, contudo, permanecia a marginalização do Catimbó, considerado um culto inferior, posto ser miscigenado, fugindo da ideia da *pureza nagô*, discurso assumido pelo Candomblé e que será melhor discutido adiante.

Mesmo as alterações na lei penal não foram suficientes para garantir a liberdade de culto aos juremeiros. Descriminalizado o *baixo espiritismo*, permanecem o delito de curandeirismo e contravenções penais ligadas à perturbação do sossego e outros ditames morais como justificativa para a perseguição.

Contudo, em 1966, sob o governo João Agripino<sup>31</sup>, entrou em vigor a Lei Estadual nº 3.443, que garantiu formalmente, em transcrição literal de seu artigo 1º, “o livre exercício dos cultos africanos no Estado da Paraíba, observadas as disposições constantes desta lei”. Ora, o referido dispositivo, ao mencionar apenas os cultos africanos, deixou de fora o Catimbó, que até então não tinha incorporado de forma determinante estes elementos, tendo que imiscuir-se junto à Umbanda e ao Candomblé Nagô, ou mesmo a negar a sua identidade para poder gozar de legalidade.

Desta forma, ocorreu por um lado um certo silenciamento da Jurema e, por outro, o nascimento de uma prática híbrida da religiosidade de matriz afro-ameríndia tipicamente paraibana. A

---

31 Em decorrência de sua atuação em prol da liberação dos cultos de matriz afro-ameríndia – sobretudo considerando a forte repressão desencadeada no governo do seu antecessor, Pedro Gondim, João Agripino passou a ser tratado como “salvador” e “protetor” destas religiões. Em uma evidente demonstração de retribuição, característica central dos sistemas de dádiva, Agripino, filho de Iemanjá, foi homenageado em um *ponto* executado até os dias de hoje em diversos Terreiros paraibanos. Soares (2009) afirma que em torno de sua figura foi criado todo um imaginário, semelhante ao ocorrido em relação à Princesa Isabel quando da abolição da escravidão.

partir da análise de Santiago (2008, p. 03) é possível compreender este processo de hibridização como estratégia de sobrevivência:

Em meados do século XX, no Estado paraibano, ocorre a aproximação do Catimbó com a Umbanda em virtude do movimento de expansão desta pelo país. Assim, foi se delineando a Umbanda cruzada com Jurema como resultado da junção dos rituais da tradição juremeira/catimbozeira com a Umbanda trazida oficialmente para o referido Estado nos fins de 1960. Até essa época predominava na Paraíba a prática do Catimbó, tratado como caso de polícia. **Os catimbozeiros ou juremeiros desejosos de se libertarem da pressão policial aceitaram se engajar na estrutura da nascente Federação dos Cultos Africanos do Estado da Paraíba, encampadora da doutrina umbandista.** Contudo, a forte influência da jurema se fez presente na reorganização sincrética dos elementos religiosos da umbanda paraibana. (grifo nosso)

As tais disposições consistiam, ainda, numa tentativa de regulamentar, por meio da criação da *Federação dos Cultos Africanos do Estado da Paraíba*, estas religiões, que têm como característica essencial – em que pese o forte apelo à hierarquização – a ausência de institucionalização e de uma autoridade central, sendo cada terreiro uma esfera de poder em separado. Assim sendo, empreendeu-se um trabalho de colocação sob rígido controle tanto das práticas ritualísticas, em seus mais variados aspectos – com destaque para a imposição de novos parâmetros, em especial a inclusão dos elementos da Umbanda e Candomblé na Jurema – quanto dos sujeitos que professavam esta fé<sup>32</sup>, o que evidentemente impôs

---

32 Dentre as normas regulamentadoras, estavam a proibição de *toques* após às 22h00min, bem como do uso de roupas inadequadas e a presença de criança nas *giras*.

modificações, ressignificações e readaptações dos antigos rituais de Catimbó.

Ainda sobre as Federações, em nossa pesquisa constatamos que a sua associação ao poder local, sobretudo em termos do estabelecimento de uma relação de gratidão pela “libertação” dos terreiros acabou gerando uma cooptação política dos afro-religiosos. Considerando que tratava-se de um período ditatorial, em que líderes religiosos como Dom Hélder Câmara e Dom José Maria Pires, em Pernambuco e Paraíba, respectivamente, denunciavam os abusos do regime, as religiões de matriz afro-ameríndia permaneceram silentes, a despeito de agregarem sujeitos socialmente vulneráveis, com grande potencial de articulação política.

É importante que se atente para o fato de que a regularização dos terreiros se dava através da secretaria de segurança pública, o que revela tanto uma ruptura apenas parcial com a situação de controle policial que vigia anteriormente, ante à incapacidade e incompetência das instituições de segurança para tutelar a liberdade religiosa dos sujeitos; mas também uma conseqüente necessidade de implantação de uma moralidade na condução dos rituais, ocasionando em evidente tentativa de higienização do culto.

Vale lembrar que, conforme se aduz dos trechos de reportagens colacionados anteriormente, a exacerbação na descrição de práticas ritualísticas incomuns aos padrões cristãos foi um importante mecanismo legitimador da perseguição ao Catimbó. O termo, aliás, foi proscrito e negativamente associado à bruxaria e à baixa magia, feita com o intuito de provocar o mal, o que ainda povoa o imaginário do povo-de-jurema paraibano.

Ainda, a Lei condicionava o funcionamento dos referidos cultos à requisitos como autorização policial, regularização dos terreiros perante o registro civil e prova de idoneidade moral e sanidade mental dos seus dirigentes. Há, ainda, relatos orais de antigos catimbozeiros que dão conta da existência, também, de *tes-tes de mediunidade*, no qual o médium supostamente incorporado

era submetido a provas, que iam desde ao desafio de adivinhar onde estavam determinados objetos ritualísticos escondidos previamente, até situações extremas, como dançar em um círculo de fogo ou manipular sem qualquer proteção plantas como a urtiga, que provocam intensa queimação. Segundo relatos a mim transmitidos na observação dos terreiros, pessoas de Campina Grande chegaram a morrer durante tais testes, o que seria um motivo de vergonha ante a comprovação de que a incorporação seria, na verdade, fingimento.

Percebe-se, portanto, que a tal *libertação* do povo-de-jurema não se deu por completo, haja visto ser ainda exercida forte disciplina sobre os cultos e suas práticas. Uma vez criada a referida Federação, esta passou a reforçar o controle exercido sobre os terreiros, atuando inclusive ao lado do aparelho repressor estatal<sup>335</sup>. Apenas em 1981, com a promulgação da Lei Estadual nº 4242/81, foi dispensada a autorização policial para o funcionamento dos terreiros na Paraíba.

O primeiro desafio político da Jurema Sagrada é, portanto, o de **existir**. A intensa perseguição empreendida contra o Catimbó desde a era colonial, sem dúvidas, impôs ao mesmo a perda de muitas de suas tradições, bem como a necessidade de se resignificar para poder sobreviver. Muito embora jamais tenha tido pretensões de se institucionalizar, constituindo-se desta forma enquanto um culto marginal, esta tônica provocou por longos anos um silenciamento da Jurema Sagrada, o que é essencial para compreendermos a sua colocação à margem das políticas públicas.

---

33 O controle exercido se dava, sobretudo, no que se refere aos costumes e à relação dos cultos com a vizinhança, sendo fartos os relatos de intervenção policial nos Terreiros em função do barulho provocado pelos toques. Vale salientar que tal repressão se liga intimamente ao período histórico da ditadura militar que vigia à época. Ainda, Soares (2009) registra que o intenso controle exercido pela Federação deu causa a diversas cisões, havendo atualmente diversas federações em funcionamento em todo o Estado.

Outro desafio que se impõe é o da sobrevivência da Jurema enquanto culto, diante da sua convivência com o Candomblé e a Umbanda, considerados mais refinados ou mesmo civilizados do que ela. Como afirma Barth (2005), as interações culturais sujeitam-se a “processos de controle, silenciamento e apagamento de experiências”. Neste sentido, é bastante presente a ideia de que a Jurema deve continuar a ser um culto secundário, quiçá inferior, muito embora seja por meio dela que os terreiros angariam mais fiéis e dinheiro, uma vez que ela tem um apelo mais popular, e de melhor assimilação que o Candomblé.

Tal situação tem impactos que vão além das práticas religiosas e rituais dos terreiros, influenciando fortemente a forma como as políticas públicas em direitos humanos tem sido construídas e aplicadas. Ora, em tempos pós Constituição de 1988, à qual se seguem o fortalecimento destas políticas públicas e de diversos instrumentos legais e governamentais, como explicar este *delay*<sup>34</sup> político da Jurema Sagrada?

Para melhor entender este processo de hierarquização das práticas religiosas afro-ameríndias e a conseqüente colocação da Jurema em uma posição de inferioridade, raiz do processo de invisibilidade política da mesma, é necessário compreender as razões históricas e políticas da afirmação da já mencionada *pureza nagô* e as suas conseqüências na estruturação das políticas públicas.

Daí decorre o terceiro desafio, este de maior complexidade, embora intimamente ligado – e conseqüência dos anteriores – que é: *como fazer da Jurema Sagrada sujeito de políticas públicas em direitos humanos?* A questão será melhor debatida no tópico a seguir.

---

34 A expressão diz respeito às situações em que, numa transmissão de rádio ou TV, existe uma diferença de tempo entre o acontecimento da situação que se pretende transmitir e a sua chegada, via áudio ou imagem, aos espectadores. Utilizo a expressão para retratar o fato de que embora haja políticas públicas voltadas para religiões de terreiro, estas não chegam, ou chegam em menor grau à Jurema Sagrada, problema central deste trabalho.

#### **4. A Pureza Nagô x A Mistura da Jurema: a implantação de políticas públicas e a luta por reconhecimento**

Até por volta dos anos 30 do século XX, o Catimbó estava junto ao Candomblé e a recém-nascida Umbanda na mesma situação de marginalidade e perseguição já exposta anteriormente, de modo que não era raro os seus rituais acabarem nas delegacias de polícia. Cada um dos cultos, por outro lado, adotou diferentes estratégias de sobrevivência.

O Brasil à época ainda forjava a sua identidade nacional: a escravidão acabara de ser abolida e a República proclamada. O redesenho das estruturas políticas impunha, por outro lado, a necessidade de uma escrita sobre a história e a formação do povo brasileiro, em que o papel do negro, que deixara de ser *res* – embora com cidadania ainda absolutamente limitada – passou a ser uma das discussões centrais.

Ainda vigoravam neste tempo perspectivas racistas, oriundas da literatura médica do século XIX, que procuravam atribuir aos povos africanos uma inferioridade mental e cultural, e inaptidão para diversos aspectos da vida cidadã. O Brasil, país fortemente miscigenado, estas teorias foram amplamente utilizadas para enunciar e especular a suposta decadência brasileira em função desta mistura de raças. O branqueamento da população era uma necessidade inescapável, estando o país fadado ao ostracismo caso isto não ocorresse.

Nesta perspectiva, ocorre a gradativa substituição do discurso do controle policial pela disciplina médica. Assim sendo, ocorre a descriminalização das práticas do Candomblé, substituída pelo seu acompanhamento, notadamente em Pernambuco, pelo Serviço de Higiene Mental, que irá promover em 1930 o I Congresso Afro-Brasileiro, importante marco histórico da perspectiva da afirmação de uma pureza nagô.

Sob a influência da obra de Gilberto Freyre, que destacava o papel do negro a formação do Brasil, e seguindo ainda a perspectiva de autores como Ruth Landes, Nina Rodrigues, Edison Carneiro, Arthur Ramos e, principalmente, Roger Bastide, o Candomblé é elevado ao status de religião pura, de marca da resistência do povo negro à inculturação e, portanto, digno de tratamento superior, em detrimento às macumbas – aí incluso o Catimbó – que pela sua miscigenação de práticas, seriam cultos inferiores e degenerados<sup>35</sup>.

Barros (2011, p. 31) sintetiza esta forma de pensamento:

Ao construir ou apropriar-se da idéia da superioridade nagô, Bastide traçou uma sofisticada referência para o Candomblé, como uma religião de origem africana, possuidora de uma rica mitologia, com aspectos aglutinadores de uma religião comunitária e em oposição a ela, elaborou uma descrição das religiosidades afro-brasileiras sincretizadas, como degenerescência daquela. Ao proceder dessa forma, o autor formou um campo de estudo que sob sua influência por muito tempo buscou privilegiar tradições religiosas que, de certa forma, remeteram a esse modelo.

---

35 Vale mencionar que este pensamento é causador da atribuição de uma hierarquização em que o Candomblé se afirma como superior ao Catimbó não apenas em função de sua pureza étnica e ritual, mas também em função de ter o Candomblé uma performance ritualística considerada mais disciplinada, enquanto na Jurema se constrói uma sacralidade muito próxima do profano: Os Orixás não falam e o culto é intensamente ligado ao preceito, isto é, à abstinência temporária de certas práticas como as sexuais. As entidades de Jurema, por sua vez, falam, bebem, fumam e não negam que “trabalham para o mal”. Esta dicotomia, já teorizada por Roberto Motta (2008) também é atribuidor de um status de inferioridade da Jurema, considerando sobretudo a sua análise à luz de uma moralidade cristã, muito embora seja essa *sacralidade profana* um dos principais motivos que fazem da Jurema um culto de maior apelo popular do que o Candomblé.

Para além da atribuição de um estatuto de inferioridade, a perspectiva da afirmação da pureza nagô, enquanto encampada pelo Serviço de Higiene Mental, estava voltada ao sufocamento mesmo das tradições miscigenadas, dentre as quais a Jurema. Michelle Rodrigues (2014, p. 45), em sua tese de doutorado, publicada em 2014, a primeira no Brasil a lidar com a questão da visibilidade política da Jurema Sagrada se pronuncia de modo enfático sobre esta questão:

O Serviço de Higiene Mental atuava não somente sobre os indivíduos, mas sobre toda a população – ou pelo menos a população das áreas carentes e periféricas de Recife, aglomerados caracteristicamente compostos por negros e mestiços. Embora Ulysses Pernambucano tenha se afastado, *a priori*, da antropologia psiquiátrica de Nina Rodrigues quanto ao conceito de raça, o papel da religião africana continua como tônica de suas pesquisas sobre as reminiscências negras na sociedade brasileira. Desse modo, o SHM, por meio de Ulysses Pernambucano, que conseguiu junto ao Secretário da Segurança Pública a transferência da supervisão sobre as religiões africanas no país (RIBERIO, 1988), toma para si a tarefa de investigar as práticas religiosas como causas de distúrbios mentais, criando, assim, uma política de controle no que diz respeito à medicina social (DANTAS, 1988) e a segurança pública<sup>23</sup>. Tendo como espelho a experiência de Canudos, já observada por Nina Rodrigues (1939), o SHM se pôs como missão o combate a formas religiosas que implicavam em degeneração social e desordem social.

Neste contexto, operou-se a quase que completa invisibilização da Jurema Sagrada ante a sua convivência com a Umbanda

e o Candomblé. Embora em todos os estudos consultados<sup>36</sup> e pela minha observação, a Jurema seja o culto mais popular, a procura e a afirmação de uma identidade mais ligada à Umbanda, ao Nagô recifense e mesmo ao espiritismo kardecista tornou-se tanto uma necessidade de sobrevivência quanto uma conveniência ante ao estabelecimento de disputas de mercado entre os terreiros. A pesquisa de campo permitiu concluir, ainda, que poucos Terreiros em Campina Grande referenciam entidades de Jurema em seus nomes, preferindo a identificação com estas outras religiões mediúnicas.

Os impactos desta situação no que se refere à estruturação de políticas públicas voltadas ao povo de terreiro são evidentes, uma vez que as mesmas ainda são fortemente indexadas à questão racial, sobretudo considerando o Candomblé enquanto espaço de resistência e preservação da memória do povo negro, para além de suas crenças, incluindo também a tradição oral e a linguagem. Para o Catimbó, culto essencialmente miscigenado, resta o desafio de ocupar espaços que justifiquem a sua inclusão nestas políticas, em uma verdadeira *luta por reconhecimento*.

Para discutir esta luta política do povo de Jurema, é necessário discutir a teoria do reconhecimento, mas também analisar o conteúdo dos instrumentos legais que originam e regulamentam as políticas públicas aplicadas no contexto das religiões de matriz afro-ameríndias.

Os primeiros marcos normativos a serem analisados são os contidas na Constituição, que é a base de todo o ordenamento jurídico. Neste sentido, a atual Carta Magna brasileira, promulgada em 1988, é bastante pródiga: além da previsão da laicidade do Estado, presente desde a Carta de 1891, encontram-se outras disposições que delineiam uma relação de cooperação entre as religiões e o poder público, com destaque para a imunidade

---

36 Motta (2005); Peixoto (2011); Barros (2011); Rodrigues (2014).

tributária dos templos religiosos, o ensino religioso e o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso. Daí decorrem, ainda, outras disposições, tais como a previsão de recolhimento à prisão especial do ministro de culto religioso até o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal, contida no artigo 295, VIII do Código de Processo Penal.

Entretanto, mesmo estas disposições gerais – que sequer podem ser consideradas políticas públicas *stricto sensu* – não encontram aplicabilidade (ou têm dificuldades e retrições para tal) à Jurema Sagrada. Como exemplos apreendidos a partir de minha observação, destaco o fato de os terreiros da cidade de Campina Grande continuarem a pagar impostos como se fossem apenas residências comuns e, ainda, o fato de um juremeiro da cidade ter sido preso em cela comum antes que houvesse sentença definitiva em 2014.

Decorrem daí duas constatações: a primeira diz respeito à insuficiência da tutela generalista dos direitos humanos, uma vez que ela não leva em consideração aspectos culturais e identitários que impõem um tratamento diferenciado que se torna necessário para a promoção da cidadania daqueles grupos considerados minoritários, e que sofreram – e continuam a sofrer – uma opressão institucionalizada.

Neste sentido, por exemplo, é diferente o conteúdo da liberdade religiosa para o catolicismo e religiões protestantes em relação ao Candomblé e a Jurema Sagrada, sobretudo considerando que muitas das políticas direcionadas à promoção da diversidade religiosa representam verdadeira perda de privilégio para aquelas religiões, dominantes no cenário político brasileiro. É importante, ainda, superar a perspectiva essencialista que pauta a tutela dos direitos ligados à religião, que a trata como mero exercício da crença, algo essencialmente individual, o que acaba por deixar de lado a ligação dela com questões raciais, étnicas e territoriais.

A segunda se refere à dificuldade de efetivação destes direitos, muito embora os mesmos já estejam previstos há décadas, e sequer sejam questionados em sua aplicação às religiões cristãs. Neste ponto, chega-se à reflexão proposta por Bobbio (1992), sobre a diferença entre simplesmente prever direitos e garantir a sua efetividade prática. Aliás, que sentido têm os direitos sem que seja observado o seu gozo por parte dos sujeitos?

Outros instrumentos legais importantes são a lei nº 9.459/97, que incluiu no âmbito de proteção da lei nº 7.716/89 a liberdade religiosa (criando, ainda, a figura da injúria qualificada por ofensa a elementos de). Ainda, cabe destacar a lei nº 11.345/08, que incluiu a história e cultura indígena como conteúdo obrigatório nas escolas de ensino fundamental e médio, em complementaridade à lei nº 10.639/03, que o fez no tocante aos temas afro-brasileiros, o que consiste em base legal para a inclusão de conteúdos que mencionem a Jurema enquanto pertença religiosa, numa perspectiva de ensino religioso voltada à promoção da diversidade, em oposição à perspectiva confessional<sup>37</sup> e, por fim, a lei nº 12.966/14, que inclui no âmbito de tutela da ação civil pública a defesa da honra de grupos étnicos, raciais e religiosos.

Todavia, mais uma vez se encontram dificuldades de aplicação destes dispositivos mesmo ao Candomblé e, ainda mais, à Jurema Sagrada, o que evidencia a necessidade premente de se obter reconhecimento, sendo a partir de qual que decorre o deferimento e a tutela de direitos. O reconhecimento acaba tendo que se processar também por intermédio das instituições públicas, tais como o judiciário, o que nem sempre ocorre, tendo sido de conhecimento nacional a sentença da Justiça Federal do Rio de Janeiro

---

37 O Supremo Tribunal Federal entendeu, no entanto, pela constitucionalidade do ensino religioso confessional em estabelecimentos públicos.

que negou ao Candomblé o status de religião, o que resulta na negação também de todos esses direitos aqui mencionados<sup>38</sup>.

Esta situação se deve, em grande parte, ao fato de que o deficiente reconhecimento que as religiões de terreiro se deu, em grande parte, não a partir de seu enquadramento como tal, mas sim enquanto simples manifestações culturais, o que se refletiu, particularmente na Paraíba, pela participação de terreiros em exposições folclóricas. Com isso, a efetivação da cidadania religiosa tornou-se mais distante para elas.

Neste sentido, pontua Giumbelli (2008, p. 85):

Embora a base legal contra a qual se conquistou a extensão do reconhecimento do estatuto de “religião” cobrisse, como se mencionou, os cultos mediúnicos em geral, o contraste entre o espiritismo e outras práticas é inegável. Os espíritas não apenas ficaram menos vulneráveis às incursões repressoras, como também exercitaram amplamente as prerrogativas civis concedidas às associações religiosas. Sabe-se que muitos terreiros de umbanda e candomblé, por outro lado, não possuem registro em cartório. Um comentarista, que é também militante, constata que “na cidade de São Paulo ainda hoje nenhum templo de candomblé tem assegurada a imunidade tributária, os ministros não conseguem obter inscrição no sistema de

---

38 “Começo por delimitar o campo semântico de liberdade, o qual se insere no espaço de atuação livre de intervenção estatal e de terceiros. No caso, ambas manifestações de religiosidade não contêm os traços necessários de uma religião a saber, um texto base (corão, bíblia etc) ausência de estrutura hierárquica e ausência de um Deus a ser venerado. Não se vai entrar, neste momento, no pantanoso campo do que venha a ser religião, apenas, para ao exame da tutela, não se apresenta malferimento de um sistema de fé. As manifestações religiosas afro-brasileiras não se constituem em religiões [...]” (TRF- 2. Processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101. !7ª Vara Federal. Juiz Federal Eugenio Rosa de Araujo).

seguridade social e os cartórios se recusam a reconhecer a validade dos casamentos celebrados no candomblé” (Silva Jr. 2007:315). Mais do que isso: alguns dados e a memória dos adeptos registram que, em período recente (anos 1960 e 70), havia exigências de autorização administrativa ou registro policial para permitir o funcionamento de terreiros. **Todas essas características evidenciam a dificuldade que os cultos de possessão de referência africana encontram para se adequar ou serem reconhecidos em seu estatuto de “religião”. E se é possível notar investimentos que buscam produzir essa adequação e reconhecimento, também se pode constatar a construção de uma outra via de presença da religião no espaço público** (grifos meus).

Como anteriormente discutido, as Conferências de Viena e Durban – esta especificamente acerca de questões raciais – representaram importante avanço para a estruturação de políticas públicas de enfrentamento ao racismo, de onde decorre a sua aplicação às religiões de matriz afro-ameríndia.

A Conferência de Durban, especificamente, seguiu a trilha de Viena, estabelecendo o combate ao racismo como prioridade e dever dos Estados e da comunidade internacional. A religião foi amplamente mencionada, tanto como importante traço cultural dos povos afro e indígenas, o que enuncia uma proteção vinculada à questão racial<sup>39</sup>, transcendendo, porém, o seu âmbito de proteção para além do relativo aos povos afrodescendentes, o que

---

39 “14. Insta os Estados a reconhecerem os severos problemas de intolerância e preconceito religioso vivenciados por muitos afrodescendentes e a implementarem políticas e medidas designadas para prevenir e eliminar todo tipo de discriminação baseada em religião e nas crenças religiosas, a qual, combinada com outras formas de discriminação, constituem uma forma de múltipla discriminação”.

representa um importante mecanismo que possibilita à Jurema Sagrada o reconhecimento e a tutela de sua identidade por meio de políticas públicas.

No Brasil as políticas públicas voltadas à religião também se inserem no contexto das políticas de promoção da igualdade racial. Nos três Planos Nacionais de Direitos Humanos já elaborados no Brasil a perspectiva foi a mesma. Os outros principais marcos legais, a saber: o Decreto nº 4.886/03 que instituiu a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial e a Lei nº 12.288/10 representam importante avanço na luta por direitos e cidadania, porém fecham seu âmbito de tutela às religiões de matriz africana, sem nenhuma menção aos cultos indígenas, onde melhor poderia se enquadrar o Catimbó.

Muito embora no campo da hermenêutica possa se estender a sua proteção aos cultos miscigenados, como a Jurema, é importante que o seu âmbito de tutela inclua expressamente estas religiões, de modo a propiciar a segurança jurídica à preservação destas tradições, que não podem ser desprestigiadas, como ocorreu a partir da adoção da perspectiva da pureza nagô e da sua superioridade em detrimento dos outros cultos.

Desta forma, é possível afirmar que se estruturou, no campo do direito brasileiro, uma cidadania religiosa, consistente na proteção deferida às religiões, a partir da sua separação – ao menos formal – do Estado, ao lado do reconhecimento de sua importância na estruturação da vida social. Esta cidadania religiosa, em nossa percepção, abarca tanto a previsão de garantias jurídicas como as constantes da Constituição de 1988 quanto a participação das instituições religiosas no debate político brasileiro, franqueando-se, portanto, a sua inserção na esfera pública

A proteção às religiões de matriz afro-ameríndia, no entanto, deve ir além da tutela ligada meramente ao exercício da crença, visto que a elas estão intimamente ligados outras questões, sobretudo aquelas pertinentes à identidade cultural e racial

afro-brasileira e indígena. Assim sendo, a questão racial e a preservação do patrimônio histórico e cultural dos povos africanos são elevadas a categorias passíveis de defesa.

Ocorre que a Jurema Sagrada, como já se assinalou reiteradamente, não é um culto de matriz puramente afro, mesclando outros elementos culturais em uma síntese própria, que também merece ser tutelada nesta perspectiva. Outro desafio diz respeito ao reconhecimento do seu patrimônio cultural como digno de proteção.

É aqui que entra a importância do **reconhecimento** enquanto fator de promoção da cidadania e inclusão social. A articulação política de juremeiros e juremeiras é essencial para que este âmbito de proteção deferido às religiões de matriz afro seja estendido também ao Catimbó, o que passa pela afirmação da sua identidade enquanto ato político, de modo a dar cacife às suas reivindicações por direitos (Bauman, 2003).

Neste mesmo sentido, Axel Honneth (2003, *passim*) evidencia que é esse *autorreconhecimento* um primeiro passo essencial, uma vez que

A degradação valorativa de determinados padrões de auto-realização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como algo a que caberia um significado positivo dentro de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de autoestima pessoal, ou seja, uma perda da possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características.

Embora siga em uma perspectiva diferente da adotada por Axel Honneth e Charles Taylor, Nancy Fraser, a partir de uma

perspectiva pós-socialista, teoriza o reconhecimento como uma categoria que não é contraditória ou oposta à redistribuição, enunciando, por outro lado, problemas de uma teoria do reconhecimento vinculada inexoravelmente a questões identitárias, sobretudo quando postas em situação de disputa, isto é, quando dentro da perspectiva dos direitos de grupo, a ideia da afirmação de uma identidade exclua de seu pertencimento certos indivíduos. Almeida (2011, p.39), citando a autora, pontua que:

Assim, a partir de questões de pertencimento e procedimento, para Fraser (2009), a dimensão política refere-se, prioritariamente, à questão da representação. Consequentemente, uma falsa representação ocorreria “quando as fronteiras políticas e/ou as regras decisórias funcionam de modo a negar a algumas pessoas, erroneamente, a possibilidade de participar como um par, com os demais, na interação social – inclusive, mas não apenas, nas arenas políticas” (FRASER, 2009, p.21). Aqueles desprovidos de possibilidade de formular reivindicações tornar-se-iam não-sujeitos em relação à justiça

Portanto, chama-se atenção para a necessidade de estabelecer espaços de luta que transcendam a mera afirmação identitária. Para a Jurema Sagrada a situação descrita acima é bem evidente quando se nega a ela o estatuto de religião digna de proteção pelos instrumentos legais destinados à tutela das religiões de matriz afro-brasileira.

Como alternativa, entendo ser necessária, ao lado da afirmação da identidade juremeira, diferenciando-a em relação ao Candomblé e à Umbanda, a ampliação – ou transformação, na perspectiva fraseriana – dos instrumentos de tutela, o que pode ocorrer em vários campos, como o político, jurídico e até mesmo o linguístico. Por exemplo, ao se substituir a expressão “religiões

de matriz afro-brasileira” por “povos de terreiro” nos dispositivos legais que estabelecem políticas públicas em direitos humanos no contexto religioso, não restam dúvidas acerca da possibilidade de inclusão da Jurema Sagrada em seu âmbito protetivo.

A articulação política já produziu importantes avanços para o povo de Jurema. Em Pernambuco, por exemplo, a mobilização levou à conquista materializada na Lei Estadual nº 13.298/07, que instituiu a semana estadual da vivência e prática da cultura afro-pernambucana, em que a Jurema Sagrada assume papel central, tanto por ser considerado o destaque às vivências locais de religiosidade afro-ameríndia, quanto pela elevação da figura de Malunguinho, líder do Quilombo do Catucá e divindade cultuada pela Jurema à elemento central do resgate e preservação do patrimônio histórico destas religiões.

Na Paraíba, ainda há muito a se avançar. Todavia, em 2009, foi conseguido o tombamento do Sítio do Acais, no município de Alhandra, referência territorial para todos os praticantes do culto da Jurema Sagrada, dada a importância da tradição juremeira ali iniciada. Merece destaque, também, a participação de juremeiros e juremeiras em órgãos representativos, como conselhos municipais de juventude, educação e igualdade racial que, a despeito de suas limitações práticas, sinalizam para um maior reconhecimento da Jurema como manifestação religiosa, sem dissociá-la das questões étnico-raciais.

## **5. Conclusão**

Como visto, é possível que a Jurema Sagrada rompa as amarras da invisibilidade e se constitua enquanto sujeito de direitos, sobretudo numa perspectiva de proteção às religiões de matriz afro-ameríndia que vá além de uma tutela generalista e essencialista, contemplando também aspectos raciais e de preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural.

Entretanto, dentre os muitos desafios, encontra-se o do reconhecimento, sobretudo em relação à instituição de políticas públicas voltadas às religiões de matriz afro-ameríndia. Necessário, portanto, estabelecer meios que enquadrem a Jurema como passível de proteção por meio destes instrumentos.

Todavia, entendo ser necessária a ampliação destes critérios. Por exemplo, os terreiros deixaram de ser um espaço de resistência apenas do povo negro – a Jurema Sagrada, por exemplo, nunca teve neste aspecto uma preocupação política central, o que poderia justificar um tratamento secundário, evidenciando a insuficiência deste critério – se constituindo hoje como um território no qual outras identidades e sujeitos subalternos, como mulheres e LGBTs não apenas resistem, como se empoderam. Pautar esta diversidade dentro dos terreiros – uma diversidade dentro da diversidade – é outra injunção.

No campo da operacionalização prática há outro desafio: interiorizar as políticas públicas. Especificamente na Paraíba verifica-se uma dificuldade de fazer chegar aos municípios do interior do Estado políticas que já encontram razoável aplicação na capital e região metropolitana, bem como de representação política junto às instâncias e órgãos de representação. Resolvidas estas questões, enfim, poder-se-á, enfim, ter um panorama político em que a invisibilidade da Jurema Sagrada seja superada.

## **Referências**

AIRES, José Luciano de Queiroz. Juremeiros-Catimbozeiros na Paraíba: entre batidas policiais e discursos científicos (1919-1940). In: OLIVEIRA, Ariosvalber de Souza; SILVA, Moisés Alves da; AIRES, José Luciano de Queiroz. Nas confluências do axé: refletindo os desafios e possibilidades de uma educação para as relações étnico-raciais. João Pessoa: Editora do CCTA, 2014, pp 69-94.

ALMEIDA, Elga Lessa. A inserção de políticas públicas étnicas para terreiros de candomblé na agenda brasileira: os entrecruzamentos entre o global e o local. 2011. 107 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011.

BARROS, Ofélia Maria. **Terreiros Campinenses: Tradição e Diversidade.** 2011. 201 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, 2011.

BASTIDE, Roger. **As Religiões Africanas no Brasil: Contribuição a uma Sociologia das Interpretações de Civilizações.** Trad. Maria Eloisa Capellato e Olívia Kranhenbuhl. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1985.

BERGER, Peter Ludwig. **O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião.** São Paulo: Paulinas, 1985.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Campus. Rio de Janeiro, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari et alli. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo, Pólis, 2001.

CARBONARI, Paulo César. **Sujeito de direitos humanos: questões abertas e em construção.** In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et alli. **Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos.** João Pessoa: Editora UFPB, 2007.

CARVALHO, Amanda Peixoto de. **As Reinvenções das Religiões Afro-Brasileiras em Campina Grande (1920-1980).** 2011. 157

f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, 2011.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. 3ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRASER, Nancy. **Da Redistribuição ao Reconhecimento: Dilemas da Justiça numa era Pós-Socialista**. In: cadernos de campo, São Paulo, n. 14/15, p. 1-382, 2006.

\_\_\_\_\_. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, Cesar Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FREIRE, Gláucia de Souza. **Das “feiticeiras que os padres se valem**: circularidades culturais entre indígenas Tarairiú e missionários na Paraíba setecentista, 2013, 156 f. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal de Campina Grande. Campina Grande, 2013.

GIL. Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

GIUMBELLI, Emerson. A presença da religião no espaço público: modalidades no Brasil. In: **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, 28(2): 80-101, 2008.

GOFFMAN, E. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

GONDIM, Larissa Cristine Daniel. **A política da tolerância e o reconhecimento da diferença**. 2011, 147 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal da Paraíba: João Pessoa, 2011.

\_\_\_\_\_. **Multiculturalismo e direitos humanos: A política da tolerância em face de direitos de grupos culturais**. 2011, 153 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Federal da Paraíba: João Pessoa, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Trad. Flávio Beno. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro, DP&A, 2011.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HONNETH, Axel. **A Luta por Reconhecimento: a Gramática Moral dos Conflitos Sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KAUCHAKJE, Samira. **Cidadania e Participação Social: Inclusão Social no Campo dos Direitos à Igualdade e Diferença**. In: SOUZA, Maria Antônia; COSTA, Lourdes Cortes da. **Sociedade**

**e Cidadania: Desafios para o Século XXI.** Ponta Grossa: Editora UEPG, pp 55-72, 2005.

LANDES, Ruth. **A cidade das mulheres.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

LEITE, Fábio Carvalho. **Estado e Religião: A Liberdade Religiosa no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo. Saraiva, 2009.

ORO, Ari Pedro. Liberdade religiosa no Brasil: as percepções dos atores sociais. In: ORO, Ari Pedro et. al. **A religião no espaço público:** atores e objetos. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas Da Perspectiva dos Direitos Humanos.** In: Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, jan/abr 2005.

PRANDI, Reginaldo. **Os Candomblés de São Paulo:** A velha magia na metrópole nova. 1ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1991.

ROLAND, Edna Maria Santos. Políticas internacionais e questão racial no século XXI. In: RIBEIRO, Matilde. **As políticas de igualdade racial:** reflexões e perspectivas. São Paulo: Perseu Abramo, 2012.

SANTIAGO. Idalina Maria Freitas Lima. **A Jurema Sagrada da Paraíba.** Qualit@s Revista Eletrônica. v. 7, n. 1, 2008.

SÃO BERNARDO, Augusto Sérgio dos Santos. Quando a Norma Jurídica Nega o Direito à Diferença. In: VENTURI, Gustavo (org). **Direitos Humanos: Percepções da Opinião Pública, análises de pesquisa nacional.** Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, pp 155-162, 2010.

SCOTT, Joan. W. O enigma da igualdade. In: **Estudos Feministas**, vol. 13, n.1. Florianópolis, jan/abr 2005, pp. 11-30.

SOUZA, Lydiane Maria Ferraz de. Direito Eclesiástico no Brasil? Uma Sugestão. In: SANTORO, Emílio et all. **Direitos Humanos em uma Época de Insegurança.** Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010.

TAYLOR, Charles. Why we need a radical redefinition of secularism? In: BUTLER, Judith et al. **The Power of Religion in the Public Sphere.** New York: Columbia University Press, 2011.

VANNUCHI, Paulo. Direitos Humanos, Responsabilidade do Estado com Participação da Sociedade. In: RIBEIRO, Matilde. **Direitos Humanos como Direitos de Todos, sem Exceção.** São Paulo: Perseu Abramo, 2010.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **A edificação constitucional do direito à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a igualdade e o fundamentalismo,** 2006. 576 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.



# A DEFICIÊNCIA EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA: DA ANIQUILAÇÃO DA DIFERENÇA AO MODELO DE INCLUSÃO SOCIAL PELO ACESSO AOS DIREITOS HUMANOS

*Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza<sup>40</sup>  
Glauber Salomão Leite<sup>41</sup>*

## Introdução

O presente trabalho analisa o modo como a deficiência foi explicada e valorada no curso da história. Com isso, afere a evolução das respostas sociais e estatais conferidas ao tema.

Na primeira parte, descreve, ainda que de forma resumida, como a deficiência foi concebida em diferentes momentos da história humana. E, na segunda, a partir dos estudos sobre deficiência, discorre sobre os modelos teóricos e suas implicações concretas nas explicações sobre a matéria, a saber: modelo de prescindência, modelo biomédico ou reabilitador e o modelo social.

---

40 Mestre em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Especialista em Direito Empresarial pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Professor do Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos/CESREI. Advogado.

41 Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Professor da Universidade Estadual da Paraíba/UEPB e da Faculdade Integrada de Pernambuco/FACIPE.

A partir dessas premissas, analisa a abordagem que está sendo conferida à questão atualmente, no Brasil, e o modo como a exclusão social das pessoas com deficiência vem sendo tratada.

Trata-se de pesquisa exploratória, pautada na análise de material bibliográfico já produzido sobre o tema. Com isso, o artigo focou o disposto em livros, artigos científicos e legislação sobre o assunto, revelando-se, assim, pesquisa eminentemente dogmática.

## **1 Pessoas com deficiência na Pré-história e na Antiguidade**

Ao longo da história, a forma como as sociedades lidaram com as pessoas com deficiência evoluiu. Foi desde a eliminação dessas pessoas até a luta pela plena inclusão social. Nesse percurso, Flávia Piovesan (2009) considera a existência de quatro fases: a primeira, marcada pela intolerância; a segunda, pela invisibilidade; a terceira, pelo assistencialismo; e a fase atual, com foco nos direitos humanos e na inclusão plena.

As duras condições do meio ambiente e a difícil luta pela sobrevivência fazem acreditar que os indivíduos com algum tipo de deficiência, durante a Pré-história e a História Antiga, eram eliminados ou abandonados à sua própria sorte. Ainda assim, existem alguns indícios de tentativas de reabilitação desses indivíduos, o que mostra que alguns tenham sido poupados do extermínio.

No Egito Antigo, embora a prática do infanticídio em crianças com deficiência fosse muito frequente, também existem evidências de tentativas de tratamentos de doenças congênitas. Em uma múmia da V Dinastia (2.500 a.C.), foi encontrada uma fratura de membro inferior com uma faixa imobilizadora. Um baixo relevo da época mostra um sacerdote com uma perna com musculatura diminuída, em consequência de possível poliomielite, apoiado em uma muleta.

Entre os hebreus, a deficiência era considerada um castigo por pecados. Porém, o infanticídio era proibido, embora os indivíduos com deficiência não pudessem exercer os ofícios sacerdotais.

Embora não pudessem apresentar-se para oferecer sacrifícios ou o pão ao seu Deus, não estavam totalmente alijados das coisas sagradas: “Mas podem comer o pão de seu Deus, proveniente das ofertas santíssimas e das ofertas santas” (LEVÍTICO, 21:22). A economia hebréia, baseada na agricultura e na criação de gado, dava a oportunidade a que pessoas com deficiência pudessem trabalhar plantando ou exercendo o pastoreio, o que lhes conferia certo valor.

Na Grécia clássica, dois aspectos são importantes na consideração da deficiência: o ideal de beleza, de saúde, e o início de uma medicina técnica. Inaugura-se uma medicina fundamentada no equilíbrio dos humores: sangue, fleuma, bÍlis amarela e bÍlis negra, procedentes, respectivamente, do coração, do sistema respiratório, do fígado e do baço.

A saúde era o resultado do equilíbrio, a Eucrasia, entre os humores e a doença. O contrário era a Discrasia, o desequilíbrio. As doenças na Grécia Clássica eram o resultado de causas naturais. O culto à saúde e à beleza determina a prática de eliminação daqueles que não cumprem os padrões estabelecidos, principalmente na cidade de Esparta.

Conhecida por seu poderoso exército, composto por soldados perfeitos, que eram, geralmente, separados dos pais aos sete anos de idade para receber treinamento militar, descartava, por decisão do Conselho de Anciãos, as crianças que estivessem fora dos padrões de perfeição exigidos (GUGEL, 2007). A eliminação era defendida, inclusive, pelos notáveis que pensavam a sociedade Grega, como Platão e Aristóteles, por exemplo.

Porém, é em Roma que a mendicância aparece como ofício e prática de aumentar deliberadamente as deformidades. A finalidade de despertar a compaixão se iniciou, paralelamente, à utilização das crianças com deficiência com esse mesmo objetivo.

As dificuldades para administrar a grande extensão do Império Romano, o esgotamento do expansionismo militar, a escassez de mão de obra escrava, as mudanças provocadas na sociedade pelo cristianismo (que não aceitava a divindade do imperador), as ameaças das invasões bárbaras, e outros acontecimentos, iniciaram a crise do Império Romano, que culminou com sua derrocada. A população migra para o campo, onde se refugia em fortificações. A sociedade se ruraliza, a terra é a principal fonte de riquezas e a Igreja assume um papel hegemônico em relação à vida de todos. Deus e o Demônio passam a nomear todos os aspectos da vida de um mundo politicamente fragmentado, cuja única força unificadora é o cristianismo.

Trata-se de um mundo pobre e, embora o infanticídio fosse proibido pelo cristianismo, as pessoas com deficiência se constituíam em fonte de renda nas exposições públicas. Elas eram confinadas ou utilizadas como forma de manipulação de interesses, ao mobilizar a culpa imaginária de famílias, já que se considerava a pessoa com deficiência como produto dos pecados cometidos pelos pais. Essas pessoas eram separadas do resto da sociedade e colocadas em vários tipos de guetos.

A segregação de pessoas com deficiência e com doenças mentais é um exemplo de confinamento em grande escala, só comparável com o confinamento dos leprosos.

No ano 583, a Assembleia dos Bispos de Lyon decidiu criar os leprosários. Porém, a grande exclusão se deu na Idade Média. Uma vez diagnosticado por um médico, sacerdote ou até por um barbeiro, era emitido decreto em que se declarava que o indivíduo era leproso. O sintoma fundamental para que se emitisse esse decreto era a desfiguração do rosto pela doença, embora muitas pessoas fossem internadas pelo simples fato de que alguém afirmasse que eram leprosas.

Uma vez diagnosticada, a pessoa era levada à Igreja por um sacerdote, onde se deitava sobre um lençol negro, como se

estivesse morta, e assistia a missa pela última vez. Terminada a homilia, era levada à porta da igreja, onde o sacerdote proferia as seguintes palavras: “agora morres para o mundo, mas renasces para Deus” e lhe entregava um capuz marrom ou cinza, uma matraca, um caneco, dois lençóis, uma bengala, uma faca e um prato. Ao mesmo tempo, ela era informada sobre todos os lugares que não poderia frequentar e os comportamentos que passaria a adotar, todos com a finalidade de não contaminar as pessoas das aldeias por onde passasse (PEREZ DE CELLIS, 2003).

Nesse período, a lepra volta a ser o resultado de um castigo pelos pecados cometidos. Entretanto, quando os Cruzados contraíram a doença, ela deixa de ser pecado para se converter em uma enfermidade santa. É possível que muitos desses cruzados não tivessem lepra, mas sim sífilis. Ainda assim, os leprosários se multiplicaram na Idade Média.

A posição da sociedade em face dos leprosos, assim como da deficiência, foi marcada pela ambivalência. Embora não contribuíssem com a sociedade, entendia-se que todas as pessoas, inclusive aquelas com deficiência, cumpriam os desígnios de Deus e tinham uma missão a desempenhar. No contexto da divisão ocupacional da vida corporativa, estavam inseridos como mendigos que esperavam pelas riquezas supratereñas e a caridade dos ricos.

Ainda assim, o tipo de economia da sociedade medieval permitia que algumas pessoas com certas deficiências pudessem realizar algum tipo de trabalho. Porém, na maioria das vezes, na condição de escravos.

Grandes epidemias, guerras, invasões e cruzadas provocaram o aumento no número de pessoas com limitações funcionais de todos os tipos, o que trouxe consigo consequências, no mínimo, ambivalentes. Por um lado, a mendicância e a proteção da Igreja se converteram na melhor oportunidade de subsistência. Mas, por outro, o grande número de pessoas com deficiência, e a ameaça social que constituíam, acabavam por gerar acusações de bruxaria

e de possessão demoníaca. Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo Lopes mostra que:

Na Europa feudal e medieval, muitas pessoas com deficiência passaram a ser aceitas como parte de grupos para trabalhar nas terras ou nas casas de famílias. Mas sempre quando tinha alguma praga, elas eram culpadas pelo mal social. Como reação, milhares de pessoas com deficiência vagavam em penitência para ganhar as chagas ocasionadas na sociedade. Algumas acreditavam que com isso conseguiriam apagar a sua característica. Predominava o horror de ser diferente, pois poderiam ser acusados de males com os quais não tinham nenhuma relação, dentre as quais a magia negra e a bruxaria – prática que os protestantes categorizavam e abominavam (LOPES, 2007, p.43).

Com o advento da Idade Moderna – que muitos historiadores situam entre a tomada de Constantinopla pelos Turcos, em 1453, e a Revolução Francesa, em 1789 – encontramos indícios de uma nova forma de abordagem da deficiência. Essa se consolidará depois da Primeira Guerra Mundial, principalmente com a criação de normas legais que se referem à elaboração de reabilitação das pessoas.

Durante o Renascimento a medicina produziu grandes avanços, pressionada pela necessidade de tratamento de uma grande quantidade de feridos nas Cruzadas. Ambroise Paré criou uma técnica para ligar as artérias nos amputados. Na Alemanha, criaram-se as próteses e aparelhos ortopédicos que representaram um avanço na liberdade e na integração dos indivíduos com deficiência.

Com a Revolução Industrial, houve enorme divisão social do trabalho, em que os detentores dos meios de produção contratavam

somente aqueles considerados aptos para gerar riquezas através de jornadas de trabalho longas e em péssimas condições. O trabalho insalubre e exaustivo transformava indivíduos saudáveis em pessoas doentes. Nesse sentido, pode-se dizer que a economia capitalista, tão necessitada de mão de obra, aumentava o número de pessoas incapazes ou com capacidade diminuída para o trabalho.

Tais pessoas eram vistas como um fardo, por não estarem aptas para o trabalho.

Apenas em meados dos anos 70, do século XX, a deficiência passa a ser reconhecida como uma questão de direitos humanos. Somente a partir desse momento, portanto, começam a ser formuladas políticas voltadas à inclusão social dessas pessoas e o acesso a direitos considerados essenciais a uma vida digna.

## **Evolução dos modelos sobre a deficiência**

O pintor surrealista belga René Magritte (1898-1967) escreveu abaixo de seu quadro “A Traição das Imagens”, em que se vê um cachimbo: “*Ceci n'est pas une pipe*”. Ele chamou atenção para o fato de que aquilo não é um cachimbo, mas, sim, a representação, um modelo de cachimbo.

Da mesma forma, podemos entender os modelos teóricos. Eles não são a realidade, mas uma abstração redutora, o resultado de um recorte da realidade na qual ressaltamos características. Essas, desde nossa perspectiva, são importantes definidoras do objeto. Assim, ignoramos outras que, desde nosso ponto de vista, são secundárias e não definidoras.

Dessa maneira, vemos que os modelos sejam contingentes ao momento histórico. Porém, ao mesmo tempo, contribuem para a construção da história, na medida em que oferecem o suporte para as ideias e ações que se formam em torno do modelo.

Puig de la Bellacasa (1990) considera a existência de três modelos na compreensão da deficiência: um modelo associado

a uma visão animista clássica, associada ao castigo divino ou à intervenção do demônio; um segundo modelo em que prevalece a intervenção médico-profissional sobre a demanda do sujeito; e, por último, um modelo que tem como paradigma a autonomia pessoal e a conquista de uma vida independente, como objetivo básico.

Nessa mesma linha de raciocínio, Agustina Palácios (2008), em trabalho sobre deficiência, apostila a existência de três modelos em sua abordagem. São eles: o modelo da prescindência, o modelo reabilitador e o modelo social.

A definição histórica de tais modelos permite esmiuçar como a deficiência foi enxergada ao longo da história, ao mesmo tempo em que delinea as eventuais respostas da sociedade e do Estado ao problema da exclusão social vivenciada pelo enorme grupo populacional composto dos indivíduos com alguma limitação funcional.

## **2.1 O modelo da prescindência**

A noção de ser humano na Antiguidade era muito distinta da que hoje utilizamos. Fustel de Coulanges, um dos mais famosos historiadores franceses, publicou, em 1864, a obra intitulada “Cidade Antiga”. Nela, ele mostra como a religião e o culto estavam na base de todas as instituições. Sendo assim, a origem de todas as cidades era também religiosa. A religião, que havia dado origem ao Estado, dele recebia a sustentação como forma de manter-se a si mesmo. O indivíduo, então, pertencia ao Estado e, como tal, estava obrigado a defendê-lo em quaisquer circunstâncias.

A sociedade necessita da disputa de seus membros nos mais distintos trabalhos para sobreviver. Aqueles que não eram capazes de exercer alguma função eram considerados prescindíveis. A sociedade não pode prescindir do trabalho, mas pode prescindir do indivíduo que não o realiza, que não contribui para a vida da

comunidade e que, em função de sua incapacidade, necessita que outro o ajude.

Por outro lado, o indivíduo com deficiência trazia em si uma mensagem diabólica e suas desgraças faziam com que suas vidas não merecessem a pena ser vividas. As práticas eugênicas e o isolamento social constituíam-se nas formas como a sociedade prescindia desses indivíduos. *“La sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea través de la aplicación de políticas eugénicas, ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres”* (PALACIOS, 1988, p. 46).

Entretanto, como antes referido, desde o advento do cristianismo, começou-se a pensar sobre a existência de uma alma em cada indivíduo, apesar de suas diferenças, ainda que persistissem dúvidas quanto a isso em vários setores da Igreja. Em consequência disso, as práticas infanticidas começaram a ser condenadas, embora as deficiências das crianças continuassem a ser consideradas o resultado dos pecados dos pais.

Durante a Idade Média, a marginalização desses indivíduos permitiu à igreja o exercício da caridade. Tal ação significa que tinham esse papel social que talvez pudéssemos traduzir como expiação da Igreja por seus próprios pecados.

Durante a Baixa Idade Média, a caridade deu lugar à exclusão e à perseguição, fruto das modificações sociais causadas pelas guerras e pelas epidemias, que trouxeram como consequência o aumento de pessoas com deficiência com todos os problemas de natureza social consequentes. Esse é um período em que o demônio está presente em tudo àquilo que representa a diferença e as pessoas com deficiência, principalmente os que manifestam essa diferença na dimensão psíquica. Esses passaram a ser filhos do pecado e de Satã.

Ideias e práticas antigas convivem com uma nova visão de mundo em períodos históricos que se sucedem. No início do Renascimento, dois monges Beneditinos, Heinrich Kramer e

Jacobus Sprenger, em 1487, escrevem o *Malleus Maleficarum*. A obra estabelece, entre outras “evidências” de possessão demoníaca, a falta de resposta do indivíduo aos tratamentos da época.

Como acontece até hoje, o destino dos indivíduos não estava marcado apenas por sua deficiência, mas era matizado por pertencer a uma determinada classe social. Um exemplo paradigmático é a do Imperador Cláudio. Apesar de sua deformidade, ocupou o posto mais alto em Roma. Na Grécia, pessoas que nasciam cegas exerciam muitas vezes o papel de “interpretadores de sonhos” e ganhavam seu próprio sustento indo de casa em casa oferecendo esse trabalho, que era muito valorizado.

## **2.2 O Modelo Biomédico ou Reabilitador**

As profundas transformações na vida econômica, política, social e cultural que aconteceram a partir do século XV foram modelando o que seria chamado de Modernidade. Porém, deve-se advertir que muitos aspectos da cosmovisão prevalente na Baixa Idade Média persistiram durante algum tempo.

Os estudos científicos tiveram um grande impulso, surgindo um grande interesse pela astronomia, matemática, medicina, física, botânica, zoologia, entre tantos outros campos de pesquisa. Para construir sua independência, ainda que hoje sabemos relativa, a ciência teve que se desvincular da religião cujo caráter dogmático impedia seu desenvolvimento.

O corpo e suas relações com o mundo, que até então haviam sido ordenadas desde os polos divindade/malignidade, são reorganizados em bases científicas. Mas, embora a perspectiva médica tenha aparecido com a Modernidade, somente no século XVIII, com o desenvolvimento da ciência dita moderna, esse modelo foi consolidado.

Nessa perspectiva, a deficiência é vista como uma realidade intrínseca ao indivíduo. É entendida como uma “deficiência

corporal, mental ou física”. É uma reação lógica e natural do corpo a uma determinada lesão e que tem como consequência uma limitação em sua participação social.

Tal modelo segue a lógica da causa e efeito: uma doença ou trauma causa uma deficiência orgânica e funcional; o resultado é uma incapacidade para a pessoa, que instrumentaliza o que virá a ser chamado Modelo Biomédico ou Reabilitador. A deficiência resultará em desvantagem social. É, portanto, claramente o resultado de condições individuais que devem ser abordadas clinicamente.

As intervenções propostas são curativas e, em última instância, visam curar a pessoa ou pelo menos possibilitar sua reabilitação para a sociedade. No plano legislativo e político, as soluções propostas envolvem sistemas de compensação, como o seguro de invalidez, que avalia a deficiência em termos de perda de ganhos devido a uma limitação pessoal.

É importante lembrar que a grande expansão do modelo biomédico ou reabilitador se desenvolve no contexto da Primeira Guerra Mundial e se consolida depois da segunda. Henry-Jacques Stiker, em seu livro *A History of Disability* (1977), situa o surgimento da noção de “reabilitação dos deficientes” (uma noção que está na raiz do modelo individual) nas cinzas da Primeira Guerra Mundial. Esse evento trouxe uma ruptura na forma de conceber o que então era referido como “enfermidade”. A guerra é uma catástrofe e como Stiker (1977) ressalta: “um desastre não gera desvio. Uma catástrofe está se desenrolando” (STIKER, 1997, p. 128).

A sociedade, portanto, tem uma obrigação moral para a guerra desativada: os ferimentos devem ser curados, os membros perdidos são substituídos e as feridas devem ser cicatrizadas para “reintegrar” as pessoas. Todos os esforços se orientam no sentido de reconduzir o indivíduo com deficiência ao cotidiano que sempre lhe foi comum.

Todavia, essa “reintegração” está baseada na cura da “enfermidade”, vez que a deficiência é concebida como um problema

de origem médica e de cunho individual, afeito tão somente à pessoa com alguma limitação funcional. Os problemas relativos à deficiência, portanto, não são traduzidos a partir de um quadro de exclusão social.

De certa forma, a abordagem médico-reabilitadora pretende diluir as diferenças, fazendo-as desaparecer no todo social homogêneo. Stiker (1977) identifica, através dessas novas noções de “reintegração” e “reabilitação”, uma mudança profunda na gestão da diferença pela sociedade. Nessa perspectiva, não se trata de uma sociedade baseada na igualdade, mas, sim, na identidade “no sentido de ser a mesma” (STIKER, 1977, p. 155), o que inevitavelmente leva à negação da alteridade.

Ao patologizar a deficiência, mediante a necessidade de adequação daqueles que tinham alguma disfunção do corpo ou da mente aos padrões sociais de “normalidade”, o modelo reabilitador acabou por estigmatizar todos os que estivessem fora desse modelo de ser humano “standard”.

Ficava, dessa forma, estabelecido um padrão de normalidade ao que se necessitava alcançar através da cura e da reabilitação. A pessoa com deficiência deixa de ser alguém de quem se possa prescindir, passando a ser visto como um indivíduo com uma patologia que deverá ser objeto de atenção médica, “a quem é imprescindível reabilitar física, psíquica e sensorialmente” (PALACIOS, 2007, p. 15).

É importante registrar que, sob esse modelo, a pessoa com deficiência não era concebida enquanto sujeito de direitos, mas tão somente como alguém merecedor de caridade e de políticas assistencialistas.

A despeito disso, a consolidação do modelo médico, sem dúvida, representou um avanço quando comparado ao modelo de prescindência, por estar assentado em uma base científica e não religiosa, e por ter promovido a ampliação da cobertura assistencial a todos aqueles que tinham uma deficiência, independentemente de sua origem causal.

## 2.3 Modelo Social

Um novo paradigma na abordagem da deficiência considera que suas causas são de natureza social. Se as circunstâncias de uma determinada enfermidade são biológicas, a deficiência é uma construção social, consequência da ausência de políticas destinadas à remoção das barreiras que impedem a plena inclusão do sujeito.

A guisa de esclarecimento, o termo “paradigma” foi utilizado por Thomas Kuhn (2007) para se referir ao “conjunto de crenças, valores e técnicas comuns a um grupo que pratica um mesmo tipo de conhecimento”. Essas crenças, valores e ideias, durante algum tempo, se mostram capazes de resolver as questões pertinentes a um determinado tema, até que o surgimento de novas evidências coloca em cheque o paradigma vigente que não consegue mais dar conta da realidade.

Na década de 1960, surgiram muitos movimentos sociais, em vários lugares do mundo. Esses tinham em comum denúncias de marginalização, discriminação e reivindicações de grupos minoritários – mulheres, negros, homossexuais – de que se lhes reconhecessem sua identidade, seus direitos de cidadania e se lhes respeitassem as suas dignidades. Tais movimentos surgem marginalizados, ante o olhar assustado de uma tradição que presente a derrocada de toda uma forma de viver, que não encontra mais em suas próprias convicções as respostas para as realidades emergentes.

Multiplicam-se, assim, os questionamentos à cultura, ao comportamento que maltrata, esgota e contamina a terra e ao consumismo destrutivo. Pouco a pouco, eles vão causando a erosão dos paradigmas até então vigentes. Nesse contexto, começam a surgir críticas contundentes, por exemplo, ao modelo de tratamento psiquiátrico baseado na violência, no isolamento e afastamento de suas relações sociais.

Nos Estados Unidos, um grupo de pessoas com deficiência protagoniza um movimento chamado *Independent Living*

*Movement* (Movimento de Vida Independente). Ele rechaçava o isolamento em instituições, a submissão a programas de reabilitação, a medicalização e a ideia de que o trabalho era a única forma de integração social. No centro de seus objetivos, preconizava-se que cada pessoa é capaz de tomar as rédeas de sua existência, administrando sua própria vida. Nessa perspectiva, a questão dos direitos humanos surge com os argumentos oportunos para resgatar a pessoa com deficiência de seus limites, conduzindo-a a uma posição de ator social.

Assim, percebe-se que o modelo médico reabilitador pretendia a cura e adaptação do indivíduo ao meio social. Valendo-se, para isso, da educação especial, das quotas laborais e dos serviços de assistência institucionalizados. Já o novo modelo, social, supõe o entendimento de que, apesar de existirem aspectos que dizem respeito às próprias condições biomédicas do indivíduo, a categoria “pessoa com deficiência” pertence a outra dimensão de análise: a dimensão da relação do indivíduo com a sociedade.

A lesão do corpo não explica o fenômeno social e político das condições de subalternidade das pessoas com deficiência. Como lembram Luciana Bampi et al. (2010, p. 32): “Explicar que a situação de opressão sofrida pelos deficientes é devida às perdas de habilidades, provocadas pela lesão, é confundir lesão com deficiência”.

Dessa maneira, vemos que as causas que originam a deficiência não são as mesmas que originaram a condição médica. Enquanto, por exemplo, a causa da poliomielite é o poliovírus (ainda que condições sociais também possam facilitar sua patogênese), a causa da deficiência são as omissões da sociedade em assegurar ao indivíduo que suas necessidades sejam levadas em consideração na organização social e na prestação de serviço.

Sob esse ponto de vista, as desvantagens sofridas no cotidiano pelas pessoas com limitações funcionais são fruto, não de tais disfunções do corpo ou da mente, mas das barreiras físicas, comportamentais, culturais e econômicas impostas pela sociedade.

Assim, as respostas para a alteração desse quadro de exclusão social passam necessariamente pela supressão de tais barreiras e não pela adequação da pessoa com deficiência.

É reconhecer que as mudanças devem ser implementadas no meio social e não na própria pessoa, mediante a percepção de que a deficiência não é uma questão de natureza médica individual.

E, ao basear a deficiência em barreiras estruturais, impõe-se ao Estado e a toda a sociedade o dever de suplantar tais obstáculos.

O grande e qualitativo salto da abordagem social da deficiência está em superar sua ideia de enfermidade, que deve ser tratada para se adaptar à sociedade existente. O modelo social ultrapassa a ideia de que a sociedade esgota suas responsabilidades na medida em que lhes oferece tratamento médico e auxílios sociais para enfrentar a desvantagem social.

(...) devido a que a sociedade construiu um entorno preparado somente para um determinado padrão de pessoas, com determinadas características, e para solucionar esse estado de coisa deve-se reconhecer os direitos de igualdade e de não discriminação também das pessoas com deficiência; trata-se de conseguir, conseqüentemente, que seja a sociedade a que se adapte para dar espaço a todo tipo de pessoas (MALDONADO, 2013, p. 45).

Portanto, a deficiência deixa de ser um atributo pessoal para ser a síntese de múltipla determinação em que características físicas ou psíquicas são consideradas como próprias da diversidade humana. As limitações, que antes eram atribuídas exclusivamente às condições físicas ou psíquicas do indivíduo, são, na verdade, conseqüentes às barreiras impostas pela sociedade. Tais barreiras se materializam em obstáculos arquitetônicos, ambientais, atitudes discriminadoras, excludentes e que reproduzem as condições de assimetria e desigualdade existentes na sociedade.

Dessa forma, o modelo social transfigurou a forma de olhar a deficiência. Essa passou a ser vista, não como um problema próprio, mas, sim, como uma construção social. Tal modelo permite que, além de se levar em conta a falha sensorial, motora ou psíquica, seja considerado o grau de dificuldade/impedimento para sua inclusão social, a variar de acordo o nível de comprometimento da deficiência física, motora e mental da pessoa e ao tipo de sociedade em que o indivíduo vive (MADRUGA, 2013).

Nesse sentido, Débora Diniz et al. (2007) afirmam que:

Deficiência é resultado de uma interação complexa das pessoas com a sociedade. Em um ambiente hostil à diversidade corporal, é possível imaginar uma pessoa com restrições leves de habilidades que experimente a deficiência de forma severa. A mesma restrição de habilidade em um ambiente receptivo à diversidade não pode levar à experiência da deficiência (DINIZ, 2007, p. 3).

Essa nova compreensão exige um grande trabalho no sentido de tornar visíveis as pessoas com deficiência junto à elaboração de políticas emancipadoras. Essas assim serão na medida que contemplem estratégias, não apenas de prevenção ou de compensação, mas de plena participação de todos através da remoção de quaisquer tipos de barreiras.

Jorge Maldonado (2013) considera que o deslocamento do problema da deficiência do indivíduo para a sociedade supõe, necessariamente, que ele tenha que ser contextualizado cultural, geográfica e historicamente. Declara, ainda, que o dano à pessoa se constitui apenas em parte da questão cuja resolução supõe uma intervenção sobre a sociedade que deverá remover todas as formas de barreiras que impeçam o desenvolvimento das capacidades dos indivíduos. Dessa forma, percebe-se que as barreiras culturais sejam o alicerce para a consolidação dos obstáculos tangíveis.

Na abordagem da pessoa com deficiência, o corpo, a família e a sociedade devem ser vistos de uma nova perspectiva. No corpo são as possibilidades, as capacidades, as habilidades que devem ser ressaltadas e potencializadas, e não os limites, as impossibilidades. O trabalho junto à família deverá ser de resolução do luto e desconstrução da identificação do outro como incapaz. No que tange à sociedade, ao meio ambiente, esse deverá propiciar elementos de equidade que possibilitem o pleno desenvolvimento das capacidades.

A nova formulação teórica sobre a deficiência resgata a ideia de Direitos Humanos e Direitos de Cidadania, ambos emoldurados pelo princípio inarredável da dignidade humana. Enquanto o modelo médico tenta a reabilitação do indivíduo, aqui é a sociedade que necessita ser reabilitada para que se adapte às necessidades de todas as pessoas. Significa entender que a normalidade não existe como fato natural, mas é uma complexa construção cultural. É precisamente a partir dessa “normalidade construída” que a deficiência se define:

*(...) a partir de la carencia, de la falta, de la diferencia, enfatizando los déficit, los límites, aquello que les falta a las personas, como expresión de una ruptura con el ideal de completud de lo humano (VALLEJOS, 2005, p.33).*

A reabilitação, eixo do modelo médico, tem como objetivo diluir as diferenças, aproximando o indivíduo ao padrão da “normalidade”. Disso depende a possibilidade de gozar de direitos em condições de igualdade a todas as pessoas. Ao contrário, a deficiência, vista desde a perspectiva da diversidade, supõe um salto importante, desde direitos e liberdades fundamentais como abstração à aplicação real desses direitos às pessoas com deficiência. E mais, supõe o reconhecimento de que sempre surgirão novas necessidades e, portanto, o ordenamento jurídico deverá propiciar condições de adaptação constante a essas necessidades.

É que, em termos práticos, os obstáculos sociais à inclusão das pessoas com deficiência geram, como resultado, a falta de acesso a direitos considerados essenciais ou a diminuição desse mesmo acesso.

Uma resposta a essa questão, passa, necessariamente pela implementação de medidas que assegurem às pessoas com deficiência os mesmos direitos humanos assegurados ao restante da população. A inclusão supõe, assim, igualdade de direitos e não a adoção de simples políticas assistencialistas.

Além do desenvolvimento teórico que teve lugar durante os últimos anos, o modelo social da deficiência necessitou, e continua necessitando, de um corpo normativo que lhe dê suporte para sua plena e eficiente aplicação. O desenvolvimento pleno e a democracia têm, na tolerância e no respeito à diversidade, sua base e, no bem-estar dos indivíduos, sua principal meta. Assim, todo questionamento sobre a deficiência (des)vela o tipo de sociedade que pretendemos construir.

Um divisor de águas nesse sentido foi a aprovação, em 2006, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Trata-se, até hoje, do diploma internacional mais relevante no tocante à promoção dos direitos desse grupo populacional. E isso por um motivo bastante simples: foi esse o tratado internacional que consolidou, no plano normativo, o modelo social de deficiência. Destaque-se que o Brasil não apenas é signatário do tratado, como o incorporou ao direito interno, em 2008, por meio do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho. Com isso, a Convenção passou a vigorar em nosso país com *status* de emenda constitucional.

A Convenção não criou novos direitos, na medida em que, a rigor, teve como norte a afirmação dos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em relação às pessoas com deficiência. De sorte que o seu objeto foi exatamente reafirmar tais direitos em face desse grupo populacional e a previsão de medidas especiais para a sua realização.

É possível afirmar, de modo geral, que a norma em comento é perpassada em toda a sua extensão, pelo princípio da igualdade e proibição de tratamento discriminatório, com vistas à garantia, em favor das pessoas com deficiência, de todos os direitos humanos assegurados às demais pessoas.

Importante registrar que, em 2015, foi editada a Lei 13.146, denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, que regulamentou a Convenção da ONU em nosso país e tratou de sedimentar o modelo social de direitos humanos no âmbito da legislação ordinária.

Uma variante do modelo social, ainda não completamente desenvolvida, mas recentemente elaborado, é o chamado “Modelo da Diversidade”. Trata-se de uma proposta conceitual que pretende abandonar o termo “deficiência” para em seu lugar adotar a expressão “diversidade funcional”. Esse termo surge com o Movimento de Vida Independente, em 2005, na Espanha, constituído por pessoas “deficientes”. O conceito de diversidade funcional representa uma reação às qualificações que se apoiam em uma carência enquanto pretende que a nova expressão, fundamentada na diversidade de funcionamentos, represente uma proposta emancipadora (PEREIRA, 2009).

Esse modelo propõe a mudança de erradicar a capacidade como indicador, substituindo-o pela ideia de dignidade humana e, com isso, reconhecer o mesmo valor e os mesmos direitos para todas as pessoas. Nessa proposta, a noção de capacidade é distinta à apresentada por Amartya Sen, estando mais próxima à noção de “habilidades”, pois reivindica o valor da diversidade humana e a participação nessa diversidade do grupo dos “deficientes”.

Dessa forma, o eixo teórico desse modelo é a dignidade humana e não as capacidades individuais entendidas como habilidades. Porém, trata-se de um modelo ainda em discussão.

## Conclusões

A incorporação da Convenção da ONU ao direito interno pátrio, com natureza de emenda constitucional, é um sinal inequívoco da consolidação, ao menos no plano normativo, do modelo social de direitos humanos em nosso país.

Esse indicador é confirmado com a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, conforme assinalado, regulamentou o referido tratamento internacional, sedimentando o modelo social no plano da legislação infraconstitucional, além de ter consolidado a legislação ordinária sobre deficiência no Brasil.

Destaque-se, todavia, que mesmo antes do advento da Convenção, o Brasil já tinha uma legislação moderna sobre a temática e não distante dos valores e princípios insculpidos na norma em destaque, vide o disposto, por exemplo, na Lei 10.098/2000, que trata de acessibilidade e continua em vigor atualmente. É dizer que, no plano normativo, o país já tinha uma legislação que, em certa medida, flertava com o modelo social mesmo antes deste paradigma ter sido formalmente incorporado à nossa legislação.

Entretanto, a despeito desse quadro normativo, é fato que ainda vivenciamos uma tentativa de afirmação do modelo social de deficiência no Brasil. Estamos, na verdade e a duras penas, em uma lenta e difícil transição do modelo biomédico para o modelo de direitos humanos.

Há um fosso gigantesco que separa o plano formal e abstrato da legislação das práticas sociais e da cultura arraigada sobre a matéria, vide o fato de que em relação às pessoas com deficiência ainda vigora, em regra, uma mentalidade paternalista e práticas não emancipatórias, incompatíveis com um modelo pautado na igualdade de oportunidades e na promoção dos direitos humanos.

O fato de o Judiciário, ao decidir as demandas que envolvem pessoas com deficiência e a negação de direitos, fundamentar

os julgados na legislação ordinária, esquecendo da Convenção da ONU e até mesmo do Estatuto da Pessoa com Deficiência é um claro indicador disso.

Não por acaso, o Comitê da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ao analisar, em 2015, o relatório produzido pelo Brasil sobre a aplicação da Convenção em nosso país aduziu, dentre outras coisas, que existiram avanços na concretização dos direitos das pessoas com deficiência, mas que ainda persiste a carência de políticas sistematizadas para a consecução desse objetivo e que o modelo social ainda necessita ser retirado do papel e efetivamente implementado.

Ao que tudo indica, portanto, estamos no caminho certo, mas este é apenas o início de uma longa caminhada no sentido da efetivação dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil.

## Referências

BAMPI, L.; GUILLEN, D.; ALVES, E. Modelo Social: Uma nova abordagem para o tema da deficiência. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, vol.18, n. 4, Ribeirão Preto, jul.-ago., 2010.

BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

DIAS, A. S. Uma Aproximação à Pedagogia: Educação social. **Revista Lusófona de Educação**, Vol. 7, 2006, p. 91-104.

DI NASO, P. *Mirada Histórica de la Discapacidad*. Fundación Cátedra Iberoamericana Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca, 2014. Disponível em: <[http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di\\_nasso/](http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/)>. Acessado em: 01 jul. 2017.

DINIZ, D.; SQUINCA, F.; MEDEIROS, M. Qual Deficiência? Perícia médica e assistência social no Brasil. **Caderno de Saúde Pública**. Vol.23, N.11, Rio de Janeiro, nov.,2007.

GUGEL, M. A. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

KUHN, T. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LOPES, L. V. C. de F. Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In: GURGEL, M. A.; COSTA FILHO, W. M. da; RIBEIRO, L. L. G. (Orgs.). **Deficiência no Brasil: Uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

MADRUGA, S. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos: Ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALDONADO, J. *El Modelo Social de la Discapacidad: Una cuestion de derechos humanos*. **Bol. Mex. Der. Comp.**, Vol. 46, N. 46, México, set.-dez., 2013.

MARX, K. **Manifesto Comunista**, 1848.

MEDEIROS, T. **Formação do Modelo Assistencial Psiquiátrico no Brasil**. (Dissertação de Mestrado) Instituto de Psiquiatria. Rio de Janeiro: UFRJ, 1977.

PALACIOS A.; BRIFFI, F. *La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca, 2007.

PEREIRA, R. Diversidade Funcional: A diferença e o histórico modelo de homem-padrão. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, V.16, N.3, Rio de Janeiro, jul.-set., 2009, p. 715-728.

PEREZ DE CELLIS, E. S. *La Lepra en la Europa Medieval: El nacimiento de un mito*. Elementos, Ciência e Cultura. Vol. 10, N. 49, México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, mar.-mai., 2003.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. Edição 3. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302.

PUIG DE LA BELLACASA, R. *Concepciones, Paradigmas y Evolución de las Mentalidades sobre la Discapacidad*. In: **Discapacidad e Información: Real patronato de prevención y atención a personas con minusvalía**. Madrid, 1990.

SILVA, O. M. da. **Epopéia Ignorada**. Edição de Mídia. São Paulo: Faster, 2009.

STIKER, H. J. *A History of Disability*. Michigan: Michigan Press, 1997.

VALENCIA, L. A. **Breve Historia de las Personas con Discapacidad: De la opresión a la lucha por sus derechos**. 2014. Disponível em: <<http://www.rebellion.org/docs/192745.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

VALLEJOS, I. La Producción Social de la Discapacidad: Aportes para la transformación de los significados socialmente construidos. In: ROSATO, A.; VAIN, P. (org.). **La Construcción Social de la Normalidad, Ediciones Novedades Educativas**. Buenos Aires-México, 2005, p. 33.



# O AUMENTO DA DELINQUÊNCIA FEMININA E A INAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

*Félix Araújo Neto*<sup>42</sup>

*Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti*<sup>43</sup>

## Introdução

O número de mulheres em centros penitenciários representa, nos índices gerais, uma porcentagem bastante inferior ao número de homens reclusos, variando entre 2% e 9% do total de pessoas privadas de liberdade. No entanto, se observa que nos últimos anos se produziu um considerável aumento da população carcerária feminina. Este incremento vem sendo detectado em vários lugares do mundo, inclusive nos países pertencentes à América Latina. No Brasil, a taxa de delinquência feminina na década de 50 era de 2% em relação à masculina. Já no ano de 2000, passou a representar 3,5% de toda a população carcerária brasileira. Em 2008, o número de mulheres presas havia crescido duas vezes e meia mais do que o de presos em nosso país. Dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) revelam que entre os anos 2000-2012 a cifra de mulheres custodiadas no sistema penitenciário saltou de 5.601 para 22.583, um avanço

---

42 Doutor em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade de Granada-Espanha. Advogado e Professor da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

43 Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca-Espanha. Advogada e Professora da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

bastante superior ao crescimento da população carcerária masculina. O último relatório do Ministério da Justiça sobre o sistema penitenciário brasileiro informa que, do total de 726.712 pessoas privadas de liberdade, até junho de 2016, 42355 eram mulheres (BRASIL, 2017).

O tema da mulher e sua relação com o sistema de justiça penal é pouco desenvolvido, denotando uma carência de estudos e investigações sistematizadas sobre a criminalidade e a criminalização feminina. O Direito Penitenciário prestava até pouco tempo atrás reduzida atenção à mulher, não só pelo paternalismo do legislador, mas também por sua baixa frequência nos níveis de criminalidade, quase limitada a delitos relacionados com a reputação social. Em consequência disso, os dados sobre as mulheres nas prisões são vagos e insuficientes, uma vez que os estudos penitenciários se limitaram a reproduzir os estudos feitos para os homens privados de liberdade sem considerar as diferenças biopsicológicas e comportamentais existentes entre o sexo masculino e feminino.

Os poucos estudos que tratam das diversidades existentes entre homens e mulheres afirmam que os dois sexos diferem em suas taxas de criminalidade porque são distintos tanto hormonal como neurologicamente e essas diferenças influiriam na probabilidade que alguns indivíduos têm de implicarem-se em atividades delitivas. As diferenças, segundo estas investigações, estariam nas condutas violentas, tanto contra objetos como contra pessoas, menos frequentes na mulher, que também participa em menor variedade de delitos que o homem (CARBONEL, 2006, p.267-268).

A maior participação da mulher na vida social, política e econômica do país em que vive, trouxe também a sua inserção no mundo da criminalidade. O incremento da população penitenciária e a falta de uma política planejada para atender à nova realidade deram lugar a soluções de emergência que se consolidaram e passaram a ser seguidas como opções definitivas. Assim como ocorre na sociedade, as necessidades mais básicas das internas têm sido reiteradamente ignoradas.

Apesar das últimas décadas terem testemunhado uma importante batalha em favor dos direitos humanos das mulheres, na prática, a situação tem mudado muito lentamente (GOMES, 2015). Diante desta intrigante problemática, faz-se necessário investigar as prováveis consequências do aumento da delinquência feminina dentro de uma nova percepção de ordem político-social pautada constitucionalmente pela igualdade entre homens e mulheres.

O tema é de relevante interesse social e a importância tanto no âmbito jurídico como no acadêmico reside na necessidade de provocar discussões sobre o aprisionamento de mulheres e seus impactos para as políticas de segurança, administração penitenciária, assim como para as políticas específicas de combate à desigualdade de gênero.

Tratou-se de uma revisão bibliográfica, realizada a partir do arcabouço teórico proveniente de estudos relacionados à teoria geral da pena e à execução penal. Na estruturação deste trabalho foi inicialmente considerada a evolução histórica dos estabelecimentos penais para mulheres e as normas aplicadas às reclusas no Brasil. Em seguida, foram abordados aspectos relevantes da delinquência feminina e analisada a nova interpretação do tráfico privilegiado no Supremo Tribunal Federal, bem como seus reflexos no tocante à execução da pena privativa de liberdade, sobretudo no que se refere à população carcerária feminina e suas particularidades.

## **1. Evolução histórica dos estabelecimentos penais para mulheres**

Durante os Séculos XV e XVI, nos quais o cárcere servia apenas para guardar os acusados até a sentença final, não havia diferenças entre homens e mulheres, uma vez que os delitos graves se castigavam com a morte para ambos. No caso de delitos mais leves, às mulheres se impunham algumas penas corporais,

vergonha pública e desterro. Este tratamento específico justificou que se pedisse para as mulheres casas de trabalho (DONDERIS, 2006, p.130). A partir do Século XVII em muitas cidades europeias se criaram instituições de correção, consideradas precedentes da prisão atual, a exemplo das conhecidas casas de trabalho da Holanda (Spinhuis), que se destinavam a recolher prostitutas e vagabundas no intuito de promover o trabalho como meio de vida moral.

Ainda que a prisão como pena autônoma não tenha sido usada pelo Estado até a chegada do Iluminismo, as mulheres consideradas delinquentes eram confinadas em casas conduzidas por ordens religiosas, que tinham por finalidade moldar o caráter e purgar a impureza e a perversidade presente no ser humano. Os princípios básicos eram a vigilância e a disciplina para converter mulheres más em damas virtuosas, o que demonstra o caráter moralizante e repressivo dos primeiros estabelecimentos penais femininos. A prisão tinha já um sentido diferente para homens e mulheres. Para os primeiros, lugar de tortura, para as mulheres foi um lugar de adestramento moral, fazendo com que a grande transformação do Século XVIII, no que diz respeito à pena privativa de liberdade, seja mais visível no caso dos homens do que no das mulheres que já vinham cumprindo os objetivos de purificação, trabalho e disciplina presentes nas casas de misericórdia (QUEIROZ, 2010).

Claro exemplo dessa priorização de um gênero em prejuízo de outro é a arquitetura penitenciária. A arquitetura de um lugar determina em grande parte o tratamento a ser dado a quem dela se utiliza. Nunca os centros para mulheres foram desenhados pensando em suas necessidades especiais ou nos programas a serem desenvolvidos com vistas ao retorno para a sociedade.

No Século XIX finalmente se abandona a orientação moralista e penitente dos estabelecimentos de detenção e criam-se as casas de correção de mulheres dirigidas pelo governo geral, através

da administração dos presídios. A partir do Século XX uma série de normas internacionais provocou a reforma das legislações penitenciárias para acomodá-las aos tratados e convenções de direitos humanos. Entre estas normas destacam-se as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos aprovadas pela ONU em 1955 (COMPARATO, 2010, p.122). Com inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos passam então a proibir em caráter universal as diferenças de tratamento fundadas em razão de raça, cor e sexo no âmbito penitenciário (6.1). Ainda dentro deste conjunto de mandamentos aponta-se a necessidade de contar com instalações especiais para presas grávidas, que acabaram de dar à luz ou convalescentes (23.1) podendo ter seus filhos em sua companhia por um tempo determinado, variável em sua quantidade de país para país.

No VI Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Delitos e Tratamento do Delinquente, celebrado em 1980, também se aprovaram propostas para combater o quadro de discriminações sofridas pelas mulheres no cárcere e resguardar os direitos já conquistados por elas, mas não efetivados satisfatoriamente nos ordenamentos internos de diversos países (PIOVESAN, 2015, p. 279-280).

No entanto, o principal marco normativo internacional no tocante à problemática do encarceramento feminino são as chamadas Regras de Bangkok. Em dezembro de 2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou normas para o tratamento das mulheres presas ou cumprindo medidas não privativas de liberdade.

As Regras de Bangkok procuram complementar as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos de 1955 e as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) considerando as demandas e características específicas das mulheres, como a maternidade, sua forma de envolvimento com o crime, as perdas financeiras, o uso

de drogas, a condição de estrangeira, a questão da saúde mental e o direito de contato com a família e de amparo aos filhos quando reclusas. O processo de amamentação também apresenta destaque no documento, assinalando a importância de as crianças permanecerem com suas mães nestes primeiros momentos de vida, abordando, inclusive, o momento da separação (GOMES, 2015).

O conjunto de 70 regras aponta ainda a falta de informação sobre o assunto e a necessidade de fomentar investigações, estudos e divulgação sobre a realidade e dificuldades de mulheres em conflito com a lei.

## **2. Normas aplicadas às mulheres presas no Brasil**

A Lei de Execução Penal brasileira de 1984(LEP), considerada uma das mais avançadas entre as nações democráticas, estabeleceu nos termos do seu Art. 14 a assistência à saúde do preso ou internado, de caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Na realidade, as mulheres no cárcere brasileiras, já debilitadas em sua saúde em decorrência da baixa qualidade de atendimentos básicos negados fora da prisão, dependem em grande parte da iniciativa graciosa das autoridades para terem acesso a cuidados com sua saúde, controle de natalidade e campanhas educativas de prevenção ao HIV e outras doenças venéreas. O procedimento mais comum é a ausência de atenção médica contínua e especializada, prestando-se tão somente uma assistência emergencial dos casos mais sérios.

A Resolução nº 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), de 11 de novembro de 1994, instituiu as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Em seu Art.7º determina que os presos pertencentes a categorias diversas devam ser alojados em diferentes estabelecimentos

prisões ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena. Para as mulheres decide ainda que estas cumprirão pena em estabelecimentos próprios e que lhe serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos. O Art. 17 da Resolução prevê ainda que o estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico, para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado, em caso de emergência.

A Lei nº 11.942, de 27 de maio de 2009, acrescentou algumas medidas à Lei de Execução Penal com o intento de melhorar as condições do exercício da maternidade dentro da prisão. O parágrafo segundo do Art. 83 da LEP dispõe que os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçários, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até 06(seis) meses de idade. Segundo o Art. 89, igualmente modificado pela Lei 11.942/09 garante-se que as penitenciárias femininas tenham seção para gestante e parturiente e creche para abrigar as crianças maiores de 06(seis) meses e menores de 07(sete) anos, atendidas por pessoal qualificado, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa (MARCÃO, 2010, p.53).

No Brasil, como em vários países da América Latina, boa parte das instituições penais esteve a cargo de ordens religiosas missionárias e a estrutura arquitetônica sempre foi a de um convento, modelo que reflete como já visto anteriormente, uma lista de obrigações morais e um papel a ser representado na vida nova das reclusas. Com o aumento da população de mulheres presas, quando se construíram novas prisões, foram apenas duplicados os

modelos arquitetônicos dos presídios masculinos por resultar mais simples e econômico. São frequentes ainda os casos de presídios antigos com péssima estrutura e superlotação que improvisam espaços adaptados para as reclusas como uma espécie de anexo do presídio masculino.

Nos 244 estabelecimentos que abrigam a população carcerária feminina no Brasil, apenas 107 possuem leitos para gestantes ou parturientes (BRASIL, 2017). Por causa da escassez de recursos há uma inclinação em atender em primeiro lugar aos pedidos dos estabelecimentos penitenciários masculinos que, por ser um grupo mais numeroso, possui mais apelo em termos gerais. Esta matéria está dentro da problemática das minorias, já que a estrita separação entre homens e mulheres decorrentes de normas universais ocasionou um trato discriminatório (NAREDO, 2002, p.188).

A maternidade afeta um elevado número de internas no país e muitas das presidiárias têm os seus partos realizados dentro do cárcere. Por inspiração das Regras de Bangkok (2010), que contou com a participação do Brasil em sua elaboração, entrou em vigor, em 13 de abril de 2017, a Lei n. 13434, que acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Código de Processo Penal, para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto, bem como em mulheres durante a fase do puerpério imediato (PEIXOTO, 2017).

A maior preocupação daquelas que são mulheres e mães privadas de liberdade é o bem-estar de seus descendentes. Por isso, sofrem mais os efeitos do encerro que os homens, por terem que suportar a dor e a ansiedade de viver o distanciamento de seus filhos.

A idade permitida para que os menores fiquem com suas mães varia de acordo com a legislação de cada país. No Brasil, o Art. 5º, L da Constituição Federal determina que *“às presidiárias*

*serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação*”. Na França a idade limite é de 18 meses; na Irlanda, Suécia e Dinamarca é de 01 ano; Grécia e Suíça permitem que mãe e filho permaneçam juntos até 02 anos; Itália e Portugal 03 anos; no Canadá a criança pode ficar com a mãe até os 05 anos e nos Estados Unidos não está permitido em quase nenhum Estado.

Segundo especialistas a separação entre mãe e filho não é aconselhável entre os 08 e 18 meses (DONDERIS, 2006, p. 145). A permanência da mãe com o bebê durante um determinado tempo não configura direito da mulher, mas sim direito do filho, considerado como um benefício (ou um mal menor) o contato com sua genitora, o recebimento do leite materno e das primeiras noções de afetividade para a ordem e o desenvolvimento de uma educação integral.

Por outro lado, um maior tempo da criança com a mãe em um ambiente penitenciário adiciona ao sistema estatal a manutenção e a integração de crianças ao ambiente dessocializador e estigmatizante do cárcere. Por isso, são vários os ordenamentos jurídicos que preveem a possibilidade de evitar a pena de prisão de curta duração quando a mulher esteja grávida ou com filhos de pouca idade. Na América Latina, especialmente no Brasil, Argentina, Paraguai e Venezuela a pena curta de mulheres grávidas, com filhos pequenos ou com necessidades especiais pode ser cumprida em domicílio particular. O intuito da medida é que, dentro das finalidades da sanção penal, e sempre quando possível, a criança não venha a nascer ou crescer dentro da prisão.

Recentemente, no dia 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus coletivo (HC 143641) para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com

deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal. A decisão foi comunicada aos presidentes dos Tribunais estaduais e federais, inclusive da Justiça Militar estadual e federal, para que, no prazo de 60 dias, sejam analisadas e implementadas de modo integral as determinações fixadas pela Turma (BRASIL, 2018).

O principal argumento utilizado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos para impetrar o habeas corpus foi de que o confinamento de mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários retiraria delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privaria as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante, que afronta os mandamentos constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa. Cabe ressaltar que os cuidados com a mulher presa se direcionam também a seus filhos, logo a situação em análise no HC 143641 viola igualmente o artigo 227 da Constituição, que estabelece prioridade absoluta na proteção às crianças.

Segundo o relator do processo, ministro Ricardo Lewandowski, a situação degradante dos presídios brasileiros já foi discutida pelo STF no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347). Desta forma, o remédio constitucional impetrado seria a única solução viável para garantir acesso à Justiça de grupos sociais mais vulneráveis. O ministro destacou ainda que o legislador tem se revelado sensível a essa realidade e por isso foi editada a Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância) que trouxe aspectos práticos relacionados à custódia cautelar da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o artigo 318 do CPP. O dispositivo autoriza o juiz a converter a prisão preventiva em domiciliar quando a mulher estiver grávida ou quando for mãe de filho de até 12 anos incompletos (BRASIL, 2018).

No julgamento do habeas corpus, para a formação do entendimento majoritário, foram também lembradas demandas semelhantes como a decidida pela Corte Suprema argentina, que, em caso envolvendo pessoas presas em situação insalubre, reconheceu o cabimento de habeas coletivo. O mesmo ocorreu com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em situação envolvendo presos colocados em contêineres, transformou um HC individual em habeas corpus coletivo.

### **3. Aspectos relevantes da delinquência feminina**

As diferenças no tratamento aos dois gêneros podem ser representadas entre outros aspectos pelos desiguais níveis de ameaça à segurança comunitária durante o cumprimento das penas. A conduta da mulher é menos violenta tanto no terreno delitivo como no penitenciário, sendo significativo o número de internas que progridem do regime fechado para o semiaberto ou aberto por terem demonstrado, além do cumprimento de parte da sentença, satisfatória conduta carcerária. Também a elas são impostas menos sanções disciplinares devido à melhor adaptação à vida prisional e ao comportamento mais receptivo aos programas ou tratamentos que são desenvolvidos dentro dos estabelecimentos penais.

Nos estabelecimentos femininos há menos motins, quantidade inferior de objetos perigosos e um índice mais baixo de tentativas de fuga. Por esses motivos, costuma-se criticar a dureza das prisões para mulheres no que diz respeito ao controle, vigilância, meios de segurança excessivos e desproporcionais à menor agressividade e violência detectada entre as detentas. Afasta-se então por critérios econômicos, de comodidade, e em nome de uma falsa segurança coletiva, uma política de gênero que garanta uma organização adequada aos princípios de individualização da pena e ressocialização da mulher reclusa (DONDERIS, 2006, p.135).

Outra preocupante característica do universo penitenciário feminino é o fato de que as mulheres são vítimas mais vulneráveis à violência nas prisões pelo pessoal encarregado da administração carcerária (TAVARES, 2009, p.119). São inúmeros os casos denunciados a órgãos oficiais e entidades não governamentais acusando a ocorrência de agressões físicas, psicológicas e contatos sexuais não desejados somados às experiências traumáticas de abuso familiar e humilhações que muitas delas já trazem do mundo exterior. As situações de risco a que estão expostas se veem agravadas pela impossibilidade de autonomia frente aos responsáveis pela segurança e em alguns casos até de outros presos.

O Governo Federal já admitiu a existência de maus-tratos. A conclusão está no balanço feito pelo grupo interministerial que desde 2007 elabora propostas para reformular o sistema carcerário feminino (TAVARES, 2009, 133). O relatório 2017/2018 da Anistia Internacional reconhece que as pessoas reclusas seguem sendo submetidas a condições cruéis, desumanas ou degradantes no Brasil. A tortura se emprega de forma habitual como método de interrogatório, castigo, controle, extorsão e humilhação, segundo o informe anual da organização internacional de proteção de direitos humanos (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018, p.90-91).

No que diz respeito às características pessoais mais relevantes e comuns às mulheres encarceradas se pode citar, em primeiro lugar, a baixa escolarização e escassa preparação laboral, uma vez que costumam realizar, antes da prisão, tarefas sem qualificação técnica, como atividades de limpeza ou o comércio informal. As mulheres encarceradas estão em sua grande maioria (55%) entre os 18 e 29 anos. Das 42355 apenadas no sistema penitenciário até junho de 2016, 51% tinham no máximo o Ensino Fundamental Incompleto, sem contar com as mulheres que apenas se alfabetizaram ou são completamente analfabetas (BRASIL, 2017).

Apesar da globalização e das enormes modificações ocorridas nos mercados em todo o mundo, os cursos ou trabalhos que

as reclusas realizam na prisão seguem sendo sexistas. São oferecidas geralmente oficinas de maquiagem, corte, costura, cozinha ou artesanato. Se o objetivo da pena é devolver à sociedade um bom cidadão, no caso da mulher se trata de devolver uma boa mãe e esposa. Não há, como nas atividades laborais masculinas, uma preparação pensada nas necessidades do mercado, o que resulta em uma saída ainda mais difícil da liberada pela assustadora falta de emprego que ameaça trabalhadores com especialização profissional e vem assolando até países desenvolvidos e de solidez econômica. Este campo é um dos que requerem com mais urgência uma revisão desde uma perspectiva de gênero, no sentido de erradicar qualquer tipo de discriminação em relação às condições de acesso ao trabalho, de oferta de empregos e de remuneração adequada (BRASIL, 2011).

Outro aspecto peculiar em relação à população feminina é a responsabilidade adicional da mulher em relação aos filhos e outros membros da família, estendendo os efeitos negativos da prisão ao resto do núcleo doméstico. O ingresso na prisão representa na maioria dos casos a ruptura de laços afetivos importantes para o desenvolvimento de uma relação familiar estável e equilibrada (BENITO DURÁ, 2009, p.207).

Quanto aos tipos de crimes mais cometidos pelas mulheres houve um gradativo abandono do estereótipo de homicídio passionais, com forte conteúdo de amor ou ciúme. Ainda que os delitos femininos contra pessoas sejam em mais da metade dos casos praticados contra familiares ou pessoas íntimas, como namorados, noivos ou amantes, já é cada vez maior a presença da mulher em outros delitos violentos, como furtos, roubos, estes seguidos ou não de morte e sequestros. A maioria das mulheres presas provém de setores sociais marginalizados, o que lhes coloca em uma situação desvantajosa a nível laboral (BENITO DURÁ, 2009, p. 203).

Estudos da CEPAL (Comissão Econômica para América Latina e Caribe) demonstram que a pobreza afeta de forma

diferente aos homens e mulheres. A desigualdade de oportunidades que afeta as mulheres para conseguirem um trabalho remunerado prejudica suas possibilidades de alcançar a autonomia econômica. A falta de autonomia econômica, por sua vez, coloca essas mulheres em uma situação mais vulnerável e incrementa a possibilidade de que boa parte delas caia na miséria. Dados significativos mostram que as mulheres contribuem de maneira expressiva para a redução da pobreza, mas sofrem com mais severidade seus efeitos (BENITO DURÁ, 2009, p. 204). Estes dados ilustram como o controle social afeta aos setores mais frágeis econômica e socialmente.

O incremento da população de mulheres encarceradas e com penas cada vez mais prolongadas deve-se basicamente aos crimes relacionados com o microtráfico de drogas, denunciando a necessidade urgente de examinar as consequências para este grupo em participar deste tipo de atividade. De acordo com o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, do total de 42355 presas registradas até junho de 2016, mais de 60% cumprem pena por tráfico interno ou internacional de entorpecentes. O segundo lugar neste ranking de delitos fica a cargo dos crimes contra o patrimônio (11%), especialmente por roubo e furto, e só então aparecem os crimes contra a pessoa (6%), sendo em sua grande parte processos de homicídios simples ou qualificados (BRASIL, 2017).

Apesar do considerável envolvimento nos crimes relacionados ao tráfico de drogas, o percentual de mulheres no comando dos negócios continua sendo pequeno, assim como em outras instâncias da sociedade civil. Nas organizações como as do tráfico alguns estudos destacam uma participação feminina em torno de 30%, mas sempre em atividades menores da atividade criminosa. Desse número, somente cerca de dois por cento atinge cargos de maior responsabilidade e poder, como o de gerente do tráfico, mesmo assim, alcançando níveis hierárquicos mais altos porque substituem o companheiro que já está encerrado, cumprindo pena

por tráfico de drogas. Os delitos decorrentes da venda de substâncias entorpecentes têm, portanto, natureza social e integram uma realidade que se constrói a partir de um controle social altamente discriminatório e seletivo (BENITO DURÁ, 2009, p. 204).

O mais contraditório no aumento de crimes praticados pela população feminina é que na maioria dos casos as mulheres, ao contrário dos homens, que normalmente têm o apoio de suas mães e esposas quando ingressam na prisão, não contam com a ajuda de seus maridos/companheiros. Sofrem o abandono, a desvinculação amorosa, afetiva e social como um adicional na pena privativa de liberdade, ainda que tenham entrado no mundo do crime por influência do parceiro.

Para dificultar ainda mais o processo de volta à sociedade, critérios moralistas ainda são utilizados nos centros penitenciários para a concessão do direito de visitas íntimas às reclusas embora, assim como os homens, elas também tenham o direito de desenvolver sua sexualidade e escolher livremente seus parceiros. Nos casos em que há alguma regulamentação, se observa um claro trato discriminatório em relação às mulheres. É comum que somente delas se exija o uso de contraceptivos, que estejam casadas ou tenham uma relação estável. Diferentemente dos presídios masculinos, onde a fila de familiares e esposas nos dias de visita começa na madrugada, as penitenciárias femininas estão sempre vazias (PADOVANI, 2009).

#### **4. A nova interpretação do tráfico privilegiado e seus reflexos na população carcerária feminina**

A sanção criminal deve atuar sobre a coletividade, provocando sua consciência jurídica e mostrando-lhe as consequências da violação das normas penais. Não obstante, a pena deve estar também voltada ao condenado, ao buscar que este não volte a delinquir.

Dentre os desafios enfrentados pelo direito penal contemporâneo está a questão fundamental de resolver o conflito existente entre a prevenção geral e a prevenção especial ou, dito de outro modo, o conflito entre segurança e liberdade, equilibrando as reivindicações da população, os direitos e garantias dos que delinquiram e as influências socioculturais que estão implicadas neste cenário de prioridades individuais e coletivas, manifestado na presença do Estado soberano.

O aumento da criminalidade e a escassez de resultados práticos na meta de ressocialização dos encarcerados criaram nas sociedades uma reação de descrédito ante os ideais garantistas. A sensação de impunidade e de insegurança tem despertado uma necessidade de repressão dura, colocando em crise o próprio direito penal e seus princípios, fundados em ideais humanitários, característicos de um Estado Democrático de Direito.

Nesta realidade, tem se produzido uma diminuição das intervenções de justiça penal, com a redução de gastos e medidas de recuperação do indivíduo na execução penitenciária. Os tratamentos se concentram nos casos de indivíduos considerados perigosos, a exemplo dos agressores sexuais, criminosos violentos ou relacionados ao tráfico de entorpecentes. Buscando incapacitar esta espécie de delinquente para futuros delitos e controlar o risco, pouco a pouco, a intenção de reintegrar deixa de ser prioridade nas instituições penitenciárias. O objetivo imediato já não é melhorar o delinquente ou desenvolver sua capacidade de discernimento, mas reduzir a incidência do delito e proteger a coletividade. Assim, o preso considerado comum fica esquecido no cárcere, sem tratamento, à espera que sua pena termine. O mundo de hoje, considerado “civilizado”, vem perdendo o sentido de comunidade e o autocontrole parece transformar-se em indiferença social (ARAÚJO NETO, 2009).

Ao mesmo tempo em que a pretensão de reinserção social vem perdendo fôlego, ressurgem as ações de “justiça expressiva” como objetivo político generalizado. A exposição de uma

legitimidade retributiva, de fácil aceitação pública, com a aprovação de leis draconianas e medidas paliativas de contenção dos índices de violência reforça a falsa certeza popular de que é melhor encarcerar mais e compreender menos (CAVALCANTI, 2013).

A prisão moderna representa um aparelho disciplinar oficial, que prescreve princípios de isolamento em relação ao mundo exterior, como consequência pelos delitos praticados contra a segurança e a paz em sociedade. No Brasil, ela representa superlotação extrema, condições degradantes, tortura e violência institucional. Nos últimos anos, vários casos relativos às condições prisionais violadoras da dignidade humana dos detentos foram encaminhados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil é, atualmente, com mais de 700 mil presos, o terceiro colocado no ranking dos países com maior população carcerária no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Ao crescente e massivo encarceramento, soma-se o caráter seletivo do sistema penal. Segundo dados do Ministério da Justiça, cerca de 80% da população prisional é de condenados por crime contra o patrimônio ou tráfico de drogas. O perfil destas pessoas reclusas traz um quadro desolador: são jovens, pobres, negras e sem instrução, submetidas historicamente a diversas outras espécies de marginalização social (BRASIL, 2017).

O ano de 2016 representou um marco importante para a política de combate às drogas. No âmbito internacional, no intuito de analisar progressos e desafios sobre o tema, foi realizada em abril a Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU sobre o problema mundial das drogas (UNGASS). No Brasil, naquela ocasião, a Lei 11.343/2006 completava 10 anos em vigor e, a despeito de claros avanços, sobretudo em aspectos extrapenais, refletia a tendência regional do recrudescimento de penas para o tráfico de drogas e do encarceramento massivo de pessoas.

Seguindo a linha de punição exemplar para aqueles que comercializam substâncias entorpecentes, através dos inúmeros verbos contidos no art. 33 da Lei de Tóxicos, em obediência

também à Lei 8072/90, o tráfico ilícito de drogas é equiparado aos crimes hediondos. Quis o legislador que o condenado por tipo penal hediondo, via de regra, não permaneça em liberdade, nem tenha sua pena permutada ou comutada de qualquer modo. Assim, conforme preceitua a lei específica comentada e a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII, os crimes hediondos são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, por eles respondendo os mandantes, os executores e aqueles que, podendo evitá-los, se omitirem.

No que se refere à aplicação da sanção penal, o condenado por crime hediondo ou assemelhado cumprirá a pena em regime inicialmente fechado e a progressão de regime dar-se-á apenas após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos) se for reincidente. Aduz ainda a Lei 8072/90 que em caso de sentença condenatória o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade.

Nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação cabe a quem a fizer, mas a aplicação prática da Lei 11.343/2006 obriga a pessoa acusada a provar que o porte de drogas se dá somente para consumo pessoal, sob pena de ser enquadrada como traficante. Neste cenário de restrição de direitos, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a interferir algumas vezes, importando em modificações na redação original da lei em tela.

Em atenção ao princípio da individualização da pena, o STF decidiu que seria inconstitucional o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (HC 82.959). Posteriormente, decidiu que também existiria afronta à Constituição Federal a fixação automática do regime inicial fechado (HC 11.840). A jurisprudência do STF evoluiu ainda no sentido de retirar a vedação à liberdade provisória em abstrato (HC 104.339) e à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (HC 97.256).

No dia 23 de junho de 2016, o Plenário de nossa Corte Constitucional desconsiderou a hediondez do tráfico privilegiado, previsto no art. 33, §4º da Lei de Drogas (HC 118. 533). Desta forma, tendo como base o princípio da proporcionalidade, nos casos em que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organizações criminosas, além da redução de pena de cabível, de um sexto a dois terços, serão afastadas as regras previstas para os crimes hediondos e equiparados.

Em tempos de fortalecimento do punitivismo, merece destaque a decisão do Supremo Tribunal Federal, demonstrando a prevalência da prevenção especial positiva. De fato, ao analisar a reprimenda aplicada deve observar-se se esta encontra proporcionalidade com o crime, de modo que não haja nem sanções pífias, nem punição em excesso.

No campo prático, o incremento da população de mulheres encarceradas deve-se basicamente aos crimes relacionados com o microtráfico de drogas. O mais grave é que quase todas sofreram sanções desproporcionadas, sobretudo dada a participação de menor importância na atividade ilícita.

Aspectos específicos referentes à atuação dos agentes na função vulgarmente como “mula”, que transportam a droga, já dirigiram profundos debates no Supremo Tribunal Federal, de modo que, em caso análogo, o então Ministro Ayres Brito ressaltou que o exercício da função de “mula” ou “avião”, embora imprescindível para o tráfico, por si só, não configura a participação em organização criminosa. Assevera o ministro que o tráfico, normalmente, recruta pessoas socialmente vulneráveis para a perigosa tarefa de transporte da droga em bagagens, ou mesmo no próprio. Este tipo de atividade não gera reconhecimento dentro do “mundo do tráfico” e pode ter finalidade de um único transporte de mercadoria, denotando o caráter descartável dessas pessoas para a organização criminosa (HC 101.265).

Além disso, cabe assinalar a observação do Ministro Luís Edson Fachin que, em seu voto, aponta para o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual, direcionado à prática do tráfico de substâncias entorpecentes, e não é equiparado a hediondo. Assim, continuasse o Supremo a considerar o tráfico privilegiado como crime hediondo, estaria conferindo ao traficante ocasional tratamento penal mais duro que o dispensado ao agente que, de forma estável, se associa para exercer a traficância (HC 118.533).

A partir do importante precedente criado pelo STF serão possíveis as necessárias e justas revisões no tocante a progressão de regimes, uma vez que se lançou um olhar diferenciado sobre a referida modalidade de tráfico de drogas, com desdobramento direto no tecido social, ao afastar a incidência dos efeitos da Lei de Crimes Hediondos. Assim, no plano jurídico, a novel interpretação reordena o tratamento legal conferido à significativa parcela de condenados, redimensionando as manifestações judiciais e garantindo direitos, até então não reconhecidos.

Pode-se afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 118.533, revela, de modo animador, uma postura firme de reafirmação do Direito Penal como *ultima ratio*. Deste modo, mesmo presente a expansão do Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro e diante do quadro midiático desfavorável, o STF decidiu de modo a chocar-se com a opinião pública e com a manifestação de outros tribunais, apoiando-se em parâmetros técnicos e de política criminal.

É certo que o conteúdo da referida decisão modificou, neste ponto, o panorama jurisprudencial, especialmente porque os precedentes, exarados até então, apontavam que a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não provocava o afastamento da hediondez do crime de tráfico de drogas.

Ocorre que os julgados anteriores confrontavam, no plano teórico, com a finalidade assinalada à pena, durante o momento da execução penal. Isto porque o ordenamento brasileiro consagra, nesta fase, a prevenção especial positiva como preocupação de primeira ordem. Tanto é assim que o Brasil subscreve o Pacto de San Jose da Costa Rica e outros diplomas legais, comprometendo-se em promover a readaptação social dos condenados, buscando evitar, com apoio de instrumentos de política criminal, o contágio criminal e os efeitos degradantes da pena de prisão.

Na perspectiva prática, verificou-se índice elevado de encarceramento, fundamentado em condenações por tráfico privilegiado, notadamente, de pessoas do sexo feminino, que normalmente não se dedicavam a prática criminosa, servindo, na maioria dos casos, somente para transportar a droga para companheiros e familiares, tornando-se este dado, um fato real a ser refletido pelo próprio Judiciário.

Também é certo que esta corajosa manifestação da Suprema Corte causará reflexo direto nas condenações transitadas em julgado, ensejando a necessidade de rever pedidos de progressão de regime, livramento condicional entre outras demandas no âmbito da execução penal.

## **Considerações Finais**

A evolução penitenciária da mulher passou pela convivência com os homens nas masmorras à espera da condenação capital, sua reclusão moralizante em centros religiosos e, finalmente, uma progressiva humanização da execução de sua pena privativa de liberdade em documentos internacionais e no ordenamento jurídico interno brasileiro. A prática, no entanto, está ainda muito longe das intenções almejadas dentro de uma política de respeito aos direitos humanos.

As mulheres sofrem mais que os homens os efeitos do confinamento, uma vez que suas condições carcerárias são comprovadamente piores por falta de espaço, insuficientes recursos financeiros e inadequados meios, tanto materiais como pessoais, de aplicar os programas voltados para a reinserção social da condenada. Os sistemas penitenciários não previram as necessidades específicas do gênero feminino e por isso são encontradas sérias deficiências no que diz respeito ao limitado acesso à educação, ao trabalho e à capacitação profissional. Também é manifesta a ausência de atenção médica contínua e especializada e nos casos de auxílio à maternidade, os centros prisionais não dispõem de uma estrutura mínima para acompanhamento da gravidez e a manutenção de berçários, conforme prevê a Lei de Execução Penal de 1984. Elas têm ainda de conviver muitas vezes com o peso da direção familiar à distância, a ausência dos filhos maiores ou, em outro extremo, o completo abandono dos que a cercavam, como consequência do estigma de ser criminosa.

Sob o argumento da igualdade tem-se massificado a totalidade da população sem satisfazer as necessidades peculiares dos diversos grupos, credos e gêneros que compõem qualquer vida em comunidade. O ser humano deve ser reconhecido por sua essência única e não padronizado por um sistema que negue o direito à diferença. A igualdade material, que realmente deve ser buscada, é aquela que permite estarem todos os indivíduos em condições iguais de tratamento e oportunidades, com respeito à sua dignidade, valor fundamental a qualquer Estado Democrático de Direito.

As críticas à legitimidade e eficácia da prisão afetam por igual a homens e mulheres, mas sendo as mulheres um número mais reduzido, apesar de crescente, seria menos complicado implantar aos delitos leves cometidos por elas novas formas alternativas de execução da sentença condenatória que possam representar um aumento significativo das chances de ressocialização e

da construção de um novo projeto de existência para famílias inteiras. Sendo bem-sucedidas estas práticas, poderiam inclusive ser, gradativamente, estendidas também à população carcerária masculina.

Quando se trata de conter o avanço dos níveis de delinquência feminina é preciso reconhecer que o fenômeno do crime está implicado, fundamentalmente, das realidades socioeconômicas de uma determinada sociedade e, nesse contexto, as consequências de séculos de uma cultura extremamente patriarcal aparecem em variadas formas de desigualdades e conflitos. A consideração dos fatores específicos de delinquência das mulheres implica incluir a perspectiva de gênero no âmbito penal e penitenciário, com o fim de debilitar os processos de exclusão social que levam ao delito, reduzindo assim o encarceramento de pessoas e os números referentes à reincidência.

Neste sentido, em meio ao turbulento cenário jurídico brasileiro atual, em que se constatam manifestações pautadas no expansionismo exacerbado do Direito Penal, surgiu, no âmbito da Suprema Corte, decisão inclinada às teorias preventivo-especiais positivas, por ocasião do polêmico julgamento do HC118.533 do STF, datado de 23 de junho de 2016, que decidiu, por maioria, que o tráfico privilegiado não apresenta natureza hedionda.

Em que pese a pauta proposta pelo ímpeto do populismo punitivo, consistente, em resumo, no endurecimento do Direito Penal e no uso exagerado de prisão, a Suprema Corte considerou, entre outros fatores, a flagrante desproporcionalidade no tratamento equiparado a hediondo, bem como o alcance massivo a pessoas do sexo feminino, contribuindo para o aumento da população carcerária.

Também aparece como um fio de esperança a Lei 13434/2017, que proíbe o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e no período de puerpério imediato, e a recente decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que,

já neste ano, determinou a substituição da prisão preventiva por domiciliar para mulheres presas gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou com alguma espécie de deficiência. Apesar da clara influência nestes eventos das Regras de Bangkok, assumidas como compromisso pelo Estado brasileiro, ainda são urgentes o fomento e a implementação prática no País das normas de direito internacional dos direitos humanos.

As diferenças entre os índices de encarceramento inaceitáveis ou satisfatórios e sua evolução não se explicam de acordo com os índices de criminalidade, mas sim pelas distintas políticas sociais e penais aplicadas e o grau de disparidade que exibem. Ao invés da repressão exacerbada dos tempos de guerra em que parecemos estar atualmente, é preciso pensar e realizar medidas de prevenção ao delito com políticas públicas de combate à pobreza, ao desemprego e à falta de educação. Devem também ser priorizadas soluções judiciais que facilitem a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente nas hipóteses em que não haja sentenças condenatórias irrecorríveis. Somente assim as mulheres, que já são maioria da população, poderão mudar o quadro de profunda discriminação em que vivem e escolher, verdadeiramente, caminhar de acordo com a lei.

## **Referências Bibliográficas**

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2017/2018 Anistia Internacional. O estado dos direitos humanos no mundo.** Rio de Janeiro: Editorial Anistia Internacional, 2018.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2016/2017 Anistia Internacional. O estado dos direitos humanos no mundo.** Rio de Janeiro: Editorial Anistia Internacional, 2017.

ARAÚJO NETO, Félix. **La suspensión como sustitutivo legal de la pena de prisión.** 25/02/2009. 467 f. Tese (Doutorado em Direito Penal e Política Criminal) – Faculdade de Direito, Universidade de Granada, Granada. 2009. Disponível em: <http://hera.ugr.es/tesis-sugr/17847679.pdf>. Acesso em 14/03/2018.

BENITO DURÁ, Mauricio. **Sistemas Penitenciários e Penas Alternativas em Ibero - América. Análise a partir da situação da criminalidade das políticas criminológicas.** Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2009.

BRASIL. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias-INFOPEN.** 2017. Ministério da Justiça. Portal do Cidadão. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br/infopen>. Acesso em 10 de abril de 2018.

BRASIL. **Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.** 2011. Ministério da Justiça. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2011/politica-nacional>. Acesso em 08 março de 2018.

BRASIL. **Notícias do STF.** Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03 março de 2018.

CARBONEL, María José Aranda. **Contenido del tratamiento penitenciario. Reeducação y reinserción social. Tratamiento Penitenciario.** Análisis teórico y aproximación práctica. Madrid: Ministerio del Interior. Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2006.

CAVALCANTI, Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti. **Libertad Condicional y Reinserción Social: Um análisis comparado entre Brasil y España.** Tese de Doutorado. Universidade de Salamanca

(USAL). Programa Passado e presente dos direitos humanos. Salamanca, 2013 Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=125999>. Acesso em 10/01/2018.

CESANO, José Daniel; PICÓN, Fernando Reviriego. **Teoría y Práctica de los Derechos Fundamentales en las Prisiones**. Buenos Aires: Editorial Montevideú, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DONDERIS, Vicenta Cervelló. **Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género**. Revista de Estudios Penitenciarios. Madrid: Ministerio del Interior. Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal, Parte Geral**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editorial Forense, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal, parte geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime**. Tomo I. Coimbra: Editorial Coimbra, 2004.

GARCIA, Rogério Maia. **A sociedade do risco e a (in) eficiência do direito penal na era da globalização**. In: *Revista de Estudos Criminais*, v. 5, n. 17, pp. 77-104, jan-mar, 2005.

GOMES, Olívia Maria Cardoso. **Violência Doméstica e Migrações**. 2ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

LARRAURI, Elena. **Nuevas tendencias en las penas alternativas**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 53, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Alternativas a la prisión**. Cuaderno de Derecho Judicial, núm. XXII, Madrid, 2006.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Derecho penal, parte general – fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal**. Ley penal. Madrid: Editorial Dykinson S. L., 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 6ª ed., Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

NAREDO, M. **La criminalización de las mujeres gitanas en el estado español**. Actas de las Jornadas de Graduado em Criminología y Política Criminal 2000 y 2001. Universidad de Barcelona, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. Volume 1. 7ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLMEDO CARDENETE, Miguel–ARAÚJO NETO, Félix. **Introducción al derecho penal**. Lima: ARA Editores, 2007.

PADOVANI, Natália Corazza. **Vamos falar de sexo: os discursos sobre sexo em trinta anos na Penitenciária Feminina da Capital**. Campinas: UNICAMP, 2009.

PEIXOTO, Paula Carvalho. **Vítimas Encarceradas. Histórias de vidas marcadas pela violência doméstica e pela criminalidade feminina**. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La tercera generación de derechos humanos**. Madrid: Aranzadi, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

QUEIROZ, Mariana Lucena. **Presos que Menstruam**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Jornalismo) - Universidade de São Paulo, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. **Parte general del derecho penal**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte General**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Thomson Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Grecco. Rio de Janeiro: Editorial Renovar, 2002.

SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2011.

SUZUKI, Claudio Mikio; BRAGA, Hans Robert Dalbello. **A Lei 13142/15, a expansão do Direito Penal e a Criminologia Midiática**. Factus, V1, n.1, 2016. <http://publicacoes.factus.edu.br/index.php/juridica/article/view/44>. Acessado em 15 de maio de 2017.

TAVARES, Celma. **O direito internacional dos direitos humanos e a continuidade da prática de tortura por parte dos agentes do Estado**. Direitos Humanos em Debate. Petrópolis: Lumen Juris Editora, 2009.

# APLICAÇÃO DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COMO MÉTODO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*Italo Barbosa Leôncio Pinheiro*<sup>44</sup>

## Introdução

O direito processual civil, ao longo dos anos, passou a ser concebido, do ponto de vista de sua função jurídica, como um instrumento a serviço do direito substancial (ou material). Isso significa que ele mantém uma relação de interdependência necessária com o direito material, na medida em que tem como objetivo a construção de um método adequado à verificação da veracidade e, conseqüentemente, da existência de um direito material deduzido em juízo, a fim de outorgar a competente tutela jurisdicional às situações amparadas pelo ordenamento jurídico.

Nesta seara, também o processo, enquanto operação que se destina a compor um litígio – ou naqueles casos de jurisdição graciosa – é concebido como um verdadeiro instrumento de efetiva realização do direito material deduzido em juízo.

---

44 Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/PT. Advogado. Assessor da 2ª Promotoria de Família e Sucessões do Ministério Público do Estado da Paraíba.

Em um cenário onde o processo está cada vez mais comprometido com a justa composição do litígio – entendida esta como a efetiva adequação do processo ao direito material – e, consequentemente, com a busca da verdade real, o estudo da distribuição do ônus probatório no processo mostra-se de suma importância para o alcance das finalidades que lhe são inerentes, mormente no que diz respeito à inversão do ônus probatório, haja vista que o referido instituto concretiza diversos princípios fundamentais na perspectiva substancial da tutela jurisdicional, entre eles o princípio da igualdade das partes e da cooperação.

Neste sentido, o presente trabalho tem como escopo o estudo da inversão do ônus da prova no processo civil em uma perspectiva voltada para o princípio da igualdade das partes (paridade de armas), sem, contudo, olvidar da existência de um direito processual subjetivo à prova.

## 1 A prova

A despeito do que ocorre com alguns institutos e conceitos jurídico que, muitas vezes, dizem respeito, tão somente, a determinado ramo do direito, a noção de prova, nas palavras de ECHANDIA “não apenas tem relação com todos os setores do Direito, mas transcende o campo geral deste, para estender-se a todas as ciências que integram o saber humano e, inclusive, à prática diária da vida”<sup>45</sup>. Talvez seja esse o motivo pelo qual a terminologia “prova” é utilizado em diferentes sentidos, sendo que o sentido jurídico-processual é o que verdadeiramente importa no curso do presente trabalho.

1. Com efeito, juridicamente, a palavra “prova” também é utilizada em vários sentidos. Os principais, e que são mais utilizados pela doutrina, são três, muito embora

---

45 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de le Prueba Judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, t.1, p.9.

cada um deles seja utilizado, não raras às vezes, em mais de um sentido: A prova como meio; como atividade e a prova como um resultado.<sup>46</sup>

2. ECHANDIA, citando FLORIAN, professa que a noção de provas abarca três aspectos, a saber: a) sua manifestação formal, que seriam “os meios utilizados para levar ao juiz o conhecimento dos fatos, incluindo depoimentos, documentos, indícios, etc.”, em outras palavras, os meios de prova; b) seu conteúdo essencial, “que são as razões ou motivos extraídos desses meios sobre a existência ou inexistência dos fatos”; c) seu resultado subjetivo, que é o convencimento do julgador. Neste sentido, “o juiz conclui se há, ou não, prova de determinados fatos”.<sup>47</sup>

## 2 Função da prova

A todo aquele que se debruça sobre o estudo da prova no processo vem à mente a questão da função (ou finalidade) da prova e, via de regra, vem consigo a ideia de que a prova destina-se à investigação da veracidade dos fatos jurídicos ocorridos sobre

---

46 LEONARDO GRECO, citando MICHELE TARUFFO aduz que este autor “acentua a diversidade de significados de prova (p. 414), ora como demonstração, ora como experimento, e também se refere à sua dimensão polissêmica (p. 421- 423): 1) aquilo que serve ou pode servir para confirmar ou falsificar uma asserção relativa a um fato da causa (meios de prova); 2) o resultado da produção dos meios da prova e da sua avaliação pelo juiz; 3) O meio lógico e gnoseológico e o procedimento”. (GRECO, Leonardo. *O Conceito de Prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV. Nº 4 e Ano V, Nº 5; 2003/2004. p. 213). No mesmo sentido: GASTAL, Alexandre Fernandes. *A Suficiência do Juízo de Verossimilhança para a Decisão das Questões Fáticas*. 2006. 203 f. Tese [Doutorado em Direito] – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 2006. p. 24; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 16.

47 ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Pruebas Judiciales. Tomo I*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1984. p. 21.

os quais incidirá a norma jurídica abstrata, que deverá regular determinada situação. Com efeito, a função da prova ocupa papel de suma importância, principalmente sob a ótica do processo moderno, que tem como um dos seus objetivos fundamentais, a justa composição do litígio.

Nesta senda, há no processo uma verdadeira reconstrução dos fatos concretamente ocorridos e, só então, convencido das alegações das partes, o juiz aplica a norma anteriormente abstrata que passará a reger aquele fato. Sobre esta reconstrução fática, CARNELUTTI afirma que “a primeira tarefa de julgar é reconstruir o evento, o tribunal não poderia proceder à comparação do fato com a norma antes de tê-lo reconstruído”<sup>48</sup>.

Ao lecionar sobre a importância da verdade e da prova no processo, CHIOVENDA expõe que o processo de conhecimento trava-se entre dois extremos, nomeadamente, a demanda e a sentença, através de uma série de atos, sendo que “esses atos têm, todos, mais ou menos diretamente, por objeto, colocar o juiz em condições de se pronunciar sobre a demanda e enquadram-se particularmente no domínio da execução das provas”<sup>49</sup>.

É bem verdade que a efetividade da tutela jurisdicional é um dos escopos do processo moderno, consubstanciado em assegurar ao demandante exatamente aquilo que ele teria caso seu direito não tivesse sido violado, dispondo dos meios de tutela adequados, em consonância com as normas de direito substancial, no menor espaço de tempo e com o mínimo de esforço possíveis.<sup>50</sup>

---

48 CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 94.

49 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol. 1 e vol. 2*, trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1998, p. 72.

50 ALBINO ZAVASCKI, em posicionamento semelhante afirma que “o direito fundamental à efetividade do processo – que denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com

Essa busca pela efetividade da tutela jurisdicional fez brotar a necessidade de buscar-se a verdade dos fatos tal qual ocorridos no plano material, em outras palavras, a busca pela efetividade, entre outras coisas, fez surgir a necessidade da busca pela verdade material em detrimento da busca formal. Neste sentido, a prova visa “de acordo com os critérios de razoabilidade essenciais à aplicação prática do Direito, criar no espírito do julgador um estado de convicção, assente na certeza relativa do facto”.<sup>51</sup>

Percebe-se, então, que a finalidade da prova é, antes de mais, convencer o juiz de quem merece o provimento jurisdicional favorável, através de uma decisão justa. Em outras palavras, a finalidade da prova é “prestar-se como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição, sobre qual das partes deverá ser beneficiada, com a proteção jurídica do órgão estatal”.<sup>52</sup>

Com efeito, a importância fundamental do direito probatório ocorre pelo fato de que nada pode ser pleiteado em juízo (pelo menos não com êxito), se o destinatário do pretense direito não possuir um mínimo de embasamento probatório, objetivando corroborar suas alegações. Muito embora em alguns processos as partes discutam apenas o direito material aplicado ao caso, em muitos outros o conflito dos litigantes versa acerca das arguições

---

potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia Social da Prestação Jurisdicional. Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 122, abr./jun. 1994, p. 294).

51 VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242-85*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 435/436.

52 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 75.

baseadas em fatos, onde é imprescindível a sua demonstração a fim de que o juiz possa apreciá-los.<sup>53</sup>

Nesta perspectiva, muito mais do que tentar reconstruir os fatos, a prova assume, nas palavras de MARINONI “um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido, a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa ocorreu, merece crédito”<sup>54</sup>.

### 3 Ônus da prova

A distribuição do ônus da prova no processo apresenta-se como um tema que detém estreita ligação com a prestação jurisdicional, tendo em vista que o resultado final do processo se manifesta não apenas como elemento de interesse das partes litigantes, mas também da própria administração da justiça e sofre grande influência das regras e da forma como o encargo probatório é distribuído no caso concreto.

Ao propor a ação, o autor afirma ter ocorrido um determinado fato, o qual, no entanto, pode não corresponder à verdade. O réu, por sua vez, pode opor uma afirmação contrária, negar a veracidade das alegações autorais ou aduzir um fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito deste, cujo teor pode também não condizer com a verdade. Cabe às partes lançar mão de elementos probatórios tais que convençam o julgador da verossimilhança

---

53 Pensar o contrário seria, na visão de MARIANA BORGES REMATOSO “possibilitar a instalação de um verdadeiro caos jurídico, no qual bastaria que determinada pessoa fizesse uma simples alegação e, conseqüentemente, se beneficiaria dos direitos atinentes à mesma”. (RETAMOSO, Mariana Borges. *A (in)eficácia da prova emprestada in* Revista de Direito Privado, ano 11, nº 41, jan/mar 2010, p. 153).

54 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, ob. cit., p. 76.

das suas alegações objetivando a obtenção de êxito no término do processo.

Desta forma, proposta a ação, as partes têm interesse em oferecer ao julgador todos os elementos de prova possíveis a fim de que seja dado um provimento legítimo a respeito da controvérsia, capaz de por fim ao conflito de interesses, obtendo um pronunciamento que lhes seja favorável.<sup>55</sup>

Nas palavras de ALMEIDA CAUTELA, se as partes querem que os fatos por si aventados sejam dados como existentes, elas têm de provar os respectivos conteúdos, configurando-se a prova “a primeira condição para que um direito possa ter eficácia plena, visto que ter um direito e não ter as condições suficientes para o provar, é ter um direito ao arbítrio da outra parte”.<sup>5614</sup> Na verdade, a questão do ônus da prova, e mais especificadamente, a forma como ele é repartido entre as partes provoca, no processo, implicações bem mais profundas do que aquelas que usualmente se supõe.

Uma vez que detém em suas mãos um “poder-dever”, o Estado não pode, em respeito ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, omitir-se desta e deixar de pôr fim ao litígio a alegação de insuficiência de provas ou de dúvida insanável a respeito da controvérsia dos fatos, tal qual o juiz romano, a quem era possibilitado o julgamento a partir do juramento “*sibi non liquere*”, ou

---

55 Neste sentido, RENAULT GODINHO ensina que “a ideia básica sobre o ônus da prova é, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício, servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre os fatos relevantes”. (GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Ed. 2. Salvador: JusPodium, 2007, p. 299

56 CAUTELA, Maria Helena de Almeida. *Elementos para o Estudo do Ônus da Prova: Trabalho apresentado ao Júri do 5º ano [Ciências Jurídicas]*, Coimbra: 1938, p. 6/7.

em outras palavras, sob a alegação de que “não havia conseguido formar uma opinião segura sobre a causa”.<sup>57</sup>

A fim de evitar a incidência das situações acima declinadas é que foram criadas as chamadas regras do ônus da prova, cujo conteúdo determina a quem incumbe os encargos de provar e prevê as consequências suportadas pelo onerado que não logrou, total ou parcialmente, fazê-lo. Em que pese a importância da distribuição do encargo probatório, as consequências da sua inobservância somente serão aplicadas nos casos em que o juiz, não obstante as tentativas de demonstração desenvolvidas por si e, principalmente, pelas partes, continua sem saber se os fatos relevantes para a decisão da causa realmente aconteceram.

Neste sentido, uma vez que o ordenamento jurídico estabeleceu o princípio da proibição do *non liquet*, cumpre determinar qual será o conteúdo da sentença caso o juiz, conforme mencionado, permaneça em dúvida ao final da atividade instrutória, uma vez que, na lição de ANTUNES VARELA, ainda que a dúvida do magistrado seja “insuperável no plano psicológico (mercê da *inopia probationum*), o juiz tem que condenar ou que absolver (do pedido ou da instância)”, não podendo abster-se de julgar, segundo o ditame da lei.<sup>5816</sup>

É nesse ponto crucial que incidem as regras do encargo probatório. Diante da dúvida, o *non liquet* do julgador converte-se em um *liquet* em desfavor da parte a quem incumbe o ônus da prova. Em outras palavras, intervém aqui uma regra de julgamento, cujo conteúdo dita ao magistrado o conteúdo da decisão que deve ser proferida.

---

57 KARAM, Munir. *Ônus da Prova: Noções Fundamentais*. Revista de Processo, São Paulo, n. 17, p. 50/60, jan/mar. 1980, p. 51.

58 VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. Manual..., ob. cit., p. 447.

Na dicção de ALBERTO DOS REIS, “a regra pode enunciar-se assim: na falta ou insuficiência de provas, o julgador rejeita a pretensão deduzida pela parte à qual incumbia fazer a prova ou sobre a qual deva entender-se que recaía, no caso concreto, o *onus probandi*”.<sup>5917</sup> Infere-se, desta forma, que a distribuição do encargo probatório possui duas vertentes. Por um lado, funciona como regra de conduta objetivando estabelecer sobre quem recai o encargo da prova e por outro constitui uma regra de julgamento (ou regra de giudizio) acima especificada.

Observado que o ônus da prova incumbia ao autor, a falta ou insuficiência de provas ensejará na improcedência da pretensão por ele declinada. Por outro lado, uma vez que o ônus da prova recaia sobre o réu, o juiz, diante da incerteza dos fatos, terá de rejeitar a pretensão deste último. Por essas razões é que se mostra imprescindível o estudo do ônus da prova, já considerada, por alguns doutrinadores como a espinha dorsal do processo.

#### **4 Ônus subjetivo**

O ônus subjetivo da prova configura-se como uma regra de conduta para as partes que pretendem ver a demanda ser julgada favoravelmente às suas respectivas pretensões. A ele cabe a distribuição dos fatos que devem ser provados por cada parte a fim de que obtenham uma decisão favorável.

A indagação feita por este aspecto do ônus tem o condão de verificar a quem, no litígio, compete produzir a prova para não correr o risco de perder a demanda considerando a natureza dispositiva do processo que, confiando-lhes o encargo probatório, também lhe atribui a correspondente responsabilidade. Para ROSENBERG, ao admitir essa classificação, o ônus da prova

---

59 REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 270. p. 271

configuraria um problema de aplicação do direito<sup>60</sup>, tendo em vista que a aplicação de uma norma só é possível quando seu enunciado hipotético, abstratamente previsto pela lei, se converteu em realidade concreta, o que não ocorre quando o juiz, no curso da ação, não formou sua plena convicção.

Os inconvenientes da incerteza gerada no espírito do julgador devem ser suportados pela parte cujo êxito depende a aplicação do preceito. Daí que cada litigante deva sofrer o encargo de produzir a prova da existência dos pressupostos (ainda que negativo) das normas que lhe são favoráveis. Em outras palavras, se o autor (ou réu) invocar a incidência de determinada norma, deve fazer a prova da configuração de seus pressupostos, a fim de que aquela norma possa ser aplicada em seu favor.

Por outro lado, uma vez analisado através do conceito de ônus objetivo da prova, o resultado obtido pelo autor ou réu não é consequência imediata da atividade probante que cada uma desenvolveu tendo em vista que o magistrado deve tomar em consideração todo o material probatório recolhido ao processo. O que interessa é saber aquilo que foi demonstrado e não quem o demonstrou.

Com efeito, o ônus da prova subjetivo se volta para os litigantes a fim de indagar qual deles há de suportar o risco da frustração da prova no processo. Conforme tivemos oportunidade de mencionar, neste aspecto, ele estipula uma regra de conduta a ser seguida pelas partes, apontando “quais os fatos que devem ser provados por cada qual, com vistas a obter uma decisão favorável”.<sup>61</sup>

---

60 ROSENBERG, Leo. *La Carga De La Prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: EJEJA, 1956, p. 129/130.

61 CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 30.

Nas palavras de ROSENBERG o ônus subjetivo é aquele “que incumbe a uma parte de subministrar a prova de um fato controvertido, mediante sua própria atividade, se quiser evitar a perda do processo”. Isso porque, apesar de serem livres para afirmarem e provarem os fatos, uma vez que estes integrem o *thema probandum* e sobre eles não seja feita a respectiva prova pela parte onerada, ela pode vir a sofrer “as consequências desfavoráveis, eis que diminui as suas chances de poder convencer o juiz de que tem razão”.<sup>62</sup>

O ônus subjetivo da prova encontra-se intimamente relacionado com o princípio dispositivo na medida em que a parte onerada com o encargo probatório é quem deve ficar sujeita ao risco de ver sua pretensão rejeitada pelo tribunal, “por não ter sabido ou querido carrear para o processo o conjunto de provas suficientes para formar a convicção do julgador sobre os factos controvertidos”.<sup>63</sup>

Nas palavras de VAZ SERRA “uma vez que vigora no processo civil o princípio dispositivo, tem a parte, que pretenda seja dado valor a certo facto em juízo, de alegá-lo e fazer a prova dele: é este o chamado ônus subjectivo ou formal ou ônus de produção da prova”.<sup>64</sup> De fato, em um sistema processual pautado, primordialmente, pelo princípio dispositivo, onde o juiz deva julgar segundo aquilo que foi alegado pelas partes, o ônus da prova sujeita o litigante não apenas a afirmar o respectivo fato, como também prová-lo, sob pena de ser considerado como assente o fato contrário.<sup>65</sup>

---

62 ROSENBERG, Leo. *La Carga De La Prueba*. Op. cit., p. 15.

63 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 130.

64 SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas – Direito Probatório Material*. Lisboa: 1962, p. 59

65 “este sistema, quando aceite na sua profundidade, impede o tribunal de, por iniciativa própria, suprir a negligência ou a inépcia da parte, que no que se

*Mutatis mutandis*, nos ordenamentos jurídicos em que há previsão de poderes instrutórios do magistrado, o ônus subjetivo da prova fica sempre limitado. VAZ SERRA, utilizando o sistema processual civil português que confere ao juiz um largo âmbito de iniciativa probatória diz que nesses casos “o ônus probatório subjetivo não é completo, estando temperado pelos poderes do juiz no campo da produção da prova”.<sup>66</sup>

O ônus objetivo da prova, por sua vez, tem o condão de guiar o magistrado a proferir uma decisão nos casos em que, mesmo após o término da atividade instrutória, permanece com dúvidas em relação aos fatos.

## 5 Ônus objetivo

Ao contrário daquilo que ocorre quando se analisa o ônus da prova pelo aspecto subjetivo, aqui, na modalidade objetiva, o que importa saber não é quem deverá provar os fatos alegados, mas sim quais desses fatos deverão ser provados a fim de que a decisão judicial seja proferida neste ou naquele sentido.

Além disso, em seu viés objetivo, o ônus da prova significa exatamente uma regra de julgamento da qual o juiz se utilizará quando, mesmo ao término da atividade probatória realizada pelas partes, e por si, não possuir certeza quanto às alegações daquelas e, conseqüentemente, não possuir subsídios para proferir

---

reporta as factos relevantes à fundamentação da sua pretensão, quer no que se refere à prova dos factos alegados. O tribunal só pode julgar de acordo com os factos alegados e provados pelas partes em litígio”. (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob, cit., p. 131/132).

66 Ibid, p. 59. Para FREITAS RANGEL “a existência deste princípio de investigação impossibilita o estabelecimento de uma relação de dependência entre a atividade da parte e a verificação de um determinado resultado” (Ibid, ibidem, p. 132).

sua decisão, respeitando sempre o princípio da inafastabilidade da jurisdição.<sup>67</sup>

Apesar de todos os esforços empreendidos, pode acontecer que os elementos probatórios indispensáveis à instrução do feito não sejam trazidos ao processo e, conseqüentemente, o magistrado não tenha condições de modelar a realidade dos fatos, bem como promover o acertamento daqueles que foram objeto do litígio e, conseqüentemente, formar sua convicção em torno da controvérsia, decidindo-a.

Em casos como esses, ao magistrado é defeso dar um pronunciamento de *non liquet* se abstendo de analisar o mérito da demanda sob a alegação de falta ou insuficiência de provas ou, até mesmo, da inexistência de norma jurídica aplicável ao caso concreto. Sobre este órgão recai o poder-dever de dizer a solução que, dentro dos ditames da justiça, melhor se encaixe à questão que lhe foi colocada.

Conforme mencionado por SANTI CREMASCO: “O juiz deve julgar. O juiz tem que julgar”.<sup>68</sup> Em outras palavras ao juiz é vedado “pronunciar *non liquet*.” Dessa forma, mesmo que ele “não se convença acerca da realidade fática discutida no processo, ele deve pronunciar uma sentença pondo fim à lide”.<sup>69</sup>

Sendo assim, uma vez que não está convencido da veracidade dos fatos em virtude da ausência de prova, deve o magistrado

---

67 EDUARDO CAMBI, reportando-se à importância do ônus objetivo da prova no processo civil brasileiro diz que “o ônus da prova em sentido objetivo é uma exigência prática, visto que, não sendo possível a pronúncia judicial *non liquet*, se não existisse esse mecanismo de resolução das dúvidas, dar-se-ia ensejo à denegação da justiça, contrariando a regra constitucional, contida no art. 5º, inc. XXXV, CF, que prevê a garantia do acesso à justiça” CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 329.

68 CREMASCO, Suzana Santi. ob. cit., p. 31.

69 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 135.

se valer das regras de distribuição do ônus da prova para julgamento final da lide pronunciando um julgamento desfavorável àquele a quem tocava o ônus probatório. Em outras palavras, a lei estabelece critérios no sentido de indicar ao juiz qual das partes suportará as consequências de não restar provada a alegação que lhe aproveitava.<sup>70</sup>

Certamente que as regras do ônus da prova não solucionam as situações de *non liquet*, posto que o magistrado (ou tribunal) permanece na dúvida acerca dos acontecimentos dos fatos controvertidos. No entanto, apesar da dúvida insanável, aquelas regras ajudam a dar sustentação à decisão judicial. “Trata-se de regras de decisão. A verdadeira função do ônus objectivo ou material da prova é fornecer um critério de decisão”<sup>71</sup><sup>29</sup>

É importante frisar que o ônus objetivo da prova, e sua respectiva regra de julgamento, só é relevante para o êxito do processo nos casos em que a prova principal não foi produzida ou, uma vez produzida, não logrou formar no juiz um espírito de certeza acerca da veracidade das alegações. Nos casos em que o tribunal formou sua convicção pela prova carreada por uma ou outra parte,

---

70 Em outro prisma GIOVANNI VERDE dispõe que a regra de julgamento não advém da necessidade que o juiz tem de decidir mesmo quando os fatos permaneçam incertos, mas sim da convicção de que é necessário existir uma regra apropriada que estabeleça o conteúdo da decisão nestes casos. Nas palavras do autor: (VERDE, Giovanni. *Considerazioni Sulla Regola di Giudizio Fondata Sull'onere Della Prova in Rivista di Diritto Processuale*, Milano, volume XXVII [II série], 1972, p. 444)

71 RANGEL, Rui Manuel de Freitas. ob. cit., p. 136.

o ônus objetivo torna-se irrelevante.<sup>72</sup> Por isso, diz-se também que sua utilização é subsidiária.<sup>73</sup>

E isso ocorre porque o ônus objetivo da prova encontra-se intimamente relacionado com dois princípios que norteiam os sistemas processuais modernos, nomeadamente, o princípio inquisitório e o princípio da aquisição processual. O primeiro tem o condão de conferir poderes instrutórios ao magistrado a fim de que ordene, ainda que oficiosamente, as diligências necessárias ao apuramento da verdade.

O princípio da aquisição processual, por sua vez, estabelece que o juiz deve levar em consideração todas as provas produzidas no processo, tenham ou não emanado da parte interessada. O resultado das provas que foram oferecidas ou produzidas por uma das partes aproveita, indistintamente, ao litigante que a produziu,

---

72 Neste sentido OTHMAR JAUERNIG. Para o autor “o ônus da prova objectivo é irrelevante para o êxito do processo, se a *prova parcial resulta* (...) pois o tribunal foi convencido de estar certa a alegação da parte onerada com a prova. É indiferente se o tribunal adquiriu a sua convicção pela prova de uma ou outra das partes. (...) O ônus da prova objectivo é relevante para o êxito do processo se a prova principal não se produziu. Então o juiz não sabe se a alegação da parte onerada com a prova, é verdadeira; há um ‘non liquet’. Contudo, o juiz tem de decidir sobre o fundo. Por isso tem de determinar qual das partes suporta o risco da falta de prova e que, portanto, perde o processo. Esta determinação é feita segundo o ônus da prova objectivo que, assim, não regula a prova, mas antes a falta de prova”. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 273.

73 Neste sentido: FREITAS CÂMARA afirma que “quanto ao chamado ônus objetivo da prova, há que se firmar, calcado nas lições da mais moderna doutrina, que as regras sobre distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, a serem aplicadas, como já afirmado, no momento em que o órgão jurisdicional vai proferir seu juízo de valor acerca da pretensão do autor”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2011, p. 404.

bem como ao seu adversário. Diz-se que a prova produzida passa a pertencer ao processo.<sup>74</sup>

O ônus subjetivo da prova também assume especial relevância nos casos em que há distribuição legal especial, bem como naqueles em que há inversão e convenção do ônus da prova.

## 6 A inversão do ônus da prova

A inversão do ônus da prova não é uma novidade no Direito brasileiro, uma vez que já há algum tempo tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria têm defendido sua aplicabilidade. Hodiernamente o instituto passou a ser disciplinado pelo Código de Processo Civil, na modalidade dinâmica de distribuição do ônus da prova, o que ensejará – naturalmente – uma maior aplicabilidade em virtude do legalismo do nosso sistema jurídico.

Inicialmente convém esclarecer que o Código de Processo Civil de 2015 adotou em seu artigo 373 – assim como já o fizera o Código de Processo Civil de 1973 – a denominada regra (ou distribuição) estática do ônus da prova. Em outras palavras, atribuiu, sob a dimensão subjetiva, “o encargo probatório a quem alega”.<sup>75</sup> O CPC/73 não previa, contudo, a possibilidade legal de inversão do ônus probatório (com exceção da chamada “convenção sobre o

---

74 FLÁVIO CORREIA DE ALMEIDA afirma que “a prova não ‘pertence’ à parte. Uma vez produzida, passa a integrar o processo, podendo o juiz nela se basear, seja favoravelmente à parte que a produziu, seja contrariamente a seu interesse (...) Uma vez integrando o processo, todas as provas servem para o convencimento do juiz. É por isso que a sentença de improcedência pode se fundar em prova produzida pelo autor, e vice-versa”. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do Ônus Da Prova in* Revista de Processo, vol. 71, Julho/1993, p.49/50.

75 PEREIRA, Mateus Costa; DUARTE, Ronnie Preuss. O Novo CPC e a dinamização das cargas probatórias: rumo a um tratamento isonômico em matéria de ônus probatórios, in *Novo CPC Doutrina Seleccionada*. (coord. Fredie Didier Júnior). V.3. Ed. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2016, p. 611.

ônus da prova”). Há forte crítica em relação a artificialidade com que o tema foi tratado pelo legislador de 1973, tem em vista que-mele foi indiferente às normas de direito material. Nas palavras de PEREIRA e DUARTE “o legislador conferiu tratamento uniforme a todas as situações, o que, de certa forma, pressupõe uma paridade – perpétua – de armas dentre as partes”.<sup>76</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, atento para a importância da distribuição do ônus da prova em face da justiça da decisão eventualmente prolatada, bem assim para a proteção do consumidor em juízo, adotou a possibilidade de inversão do ônus probatório, em favor deste último, sempre que ficasse demonstrada a hipossuficiência ou a verossimilhança de suas alegações (art. 6º, VI, CDC). Assim, diferente do que fizera o legislador de 1973, prezou o legislador consumerista pelo tratamento isonômico das partes, em seu aspecto substancial, na medida em que atentou para as complexidades estabelecidas pelo cotidiano.

Neste diapasão, a inversão do encargo probatório pressupõe, necessariamente, a ocorrência de uma das situações previstas em lei. Há, nesse sentido, crítica da doutrina, uma vez que a referida inversão do ônus *probandi* não somente ficaria limitada às ações consumeristas como também exteriorizaria uma visão reducionista da complexidade das relações materiais, uma vez que o tema teria sido abordado pelo CDC como uma verdadeira redistribuição estática do ônus da prova, haja vista a necessidade de enquadramento de uma situação de fato que reflita os requisitos impostos pelo comando legal.

## **7 A distribuição dinâmica do ônus da prova e o princípio da igualdade**

---

76 PEREIRA, Mateus Costa; DUARTE, Ronnie Preuss. O Novo CPC e a dinâmica das cargas probatórias, op. cit., p. 612.

A inversão do ônus da prova preconizada pelo legislador consumerista não se equipara à distribuição dinâmica do encargo probatório que fora adotada, ao lado da distribuição estática, pelo Código de Processo Civil de 2015.

É importante frisar, inicialmente, que embora tenha o legislador consumerista previsto a inversão do ônus probatório, em determinadas situações, tal fato se limitou – como já se disse – às postulações dos consumidores, de modo que o problema de acesso à justiça em relação à dificuldade de produção de provas em determinadas situações não melhorou com a aplicação daquele instituto. Isso porque, ao não prever a inversão do ônus da prova naqueles casos de extrema dificuldade de produção probatória (ex: a chamada prova diabólica), a solução das demandas acabava passando pela regra geral insculpida no artigo 333 do CPC/73, dada a relutância dos Tribunais em aplicar a referida construção doutrinária.

DALL'AGNOL JR., por exemplo, criticava aqueles que relutavam em admitir que a distribuição dinâmica do ônus da prova encontraria amparo no ordenamento jurídico brasileiro, ainda quando não expressamente previsto. Isso porque para o autor, os poderes instrutórios do juiz eram suficientes para justificar a possibilidade do órgão jurisdicional redistribuir, conforme as peculiaridades do caso concreto, os encargos probatórios no processo. O autor assevera que “na visão tradicional, a incidência do art. 333, do CPC, ostentar-se-ia inexorável; e asséptica, porque de resolução em abstrato, sem consideração para com o caso concreto”.<sup>77</sup>

Pois bem. Na esteira daquilo que delimitava o artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, o legislador de 2015 também

---

77 DALL'AGNOL JÚNIRO, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev. 2001, p. 11.

passou a prever a distribuição estática do ônus da prova (art. 373, CPC). Como é cediço, a distribuição do encargo probatório pode ser realizada da forma fixa, quando o legislador atribui o ônus da prova a partir das alegação as partes, ou da forma dinâmica, quando o legislador possibilita que o juiz, a depender do caso concreto, redistribua aquele ônus entre aqueles que possuem melhores condições de arcar com ele.

A distribuição estática leva em consideração, nas palavras de YASHIKAWA, o efeito pretendido pela própria parte. Para o autor, para ser aplicada “no processo determinada norma jurídica, deve a parte demonstrar a ocorrência do fato que lhe serve de base, seja ele constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo”<sup>78</sup> Por sua vez, ensina MITIDIERO que, ao contrário daquilo que acontece na distribuição estática, o sistema delega ao juiz, na distribuição dinâmica, “o dever de estabelecer o encargo probatório à luz do caso concreto. Ao fazê-lo, o juiz exerce o seu dever de auxílio para com a parte onerada pela parte de difícil produção”.<sup>79</sup>

Com efeito, a distribuição estática do ônus da prova tem uma inexorável ligação com o princípio da segurança jurídica, na medida em que este impõe que haja uma certa margem de previsibilidade na aplicação das regras jurídicas, mormente no processo judicial onde ao órgão jurisdicional é conferido o dever de criar uma norma jurídica individualizada que passará a disciplinar a relação entre as partes.<sup>80</sup> Não é outro o entendimento de YARSHEL sobre o tema quando afirma que a distribuição

---

78 YASHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A Distribuição do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *in* Novo CPC Doutrina Seleccionada. (coord. Fredie Didier Júnior). V.3. Ed. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2016, p. 563.

79 MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Curso de processo civil: São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 89.

80 Sobre a atividade criativa do juiz verificar: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora Jus Podium, 2016, v. 1, p. 158.

estática se aperfeiçoa com “o denominado princípio de *confiança legítima*, que pode ser tido como expressão do direito fundamental à segurança – consagrado no art. 5º, caput, da CF brasileira”, mormente em se tratando da atividade realizada pelos tribunais que, por si só, pode ser causa de insegurança para os jurisdicionados.<sup>8139</sup>

Um dos fundamentos da distribuição dinâmica do ônus da prova é a necessidade de flexibilização das regras rígidas quando a parte que está onerada não tem condições de se desincumbir do encargo, por motivos que não lhe são inerentes. Dessa forma, ensina COUTO que “não interessa a posição da parte no processo se autor ou demandado, devendo produzir a prova, especialmente aquela parte que se encontra em melhores condições para tal”<sup>82</sup>. Em outras palavras, ao prevê a distribuição dinâmica, o legislador concretiza o princípio da igualdade substancial das partes, a fim de que ambas possam demandar em paridade de armas quando alguma delas está em manifesta posição de desvantagem e, portanto, vulnerável na relação processual.

O referido princípio foi acolhido pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 7º, ao prever ser “assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Paridade, na lição de Cruz e Tucci significa que “todas as partes que atuam no processo devem dispor de

---

81 YARSHEL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 92.

82 COUTO, Camilo José D'Ávila. Dinamização do ônus da prova no processo civil: Teoria e prática. Curitiba: Editora Juruá, 2014, p. 99. O doutrinador acrescenta que “Da mesma forma em âmbitos gerais, não interessa a natureza do fato alegado, ou seja, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do autor”.

oportunidades processuais preordenadas e simétricas”<sup>83</sup>. O supra-citado princípio é corolário do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal e, pois, um direito fundamental e, além de ser concebido como componente autônomo da garantia de um processo justo, também está relacionado com outros princípios processuais, nomeadamente, o princípio do contraditório.

A concretização do princípio da igualdade, em sua perspectiva substancial, encontra amparo no desenvolvimento humanístico do Direito e, conseqüentemente, do processo. Isso porque no decorrer na história do Direito, os doutrinadores passaram a enxergar a necessidade de o órgão jurisdicional adotar uma postura diferente daquela totalmente imparcial em relação ao conteúdo da controvérsia. Neste sentido, o juiz passou a ter uma responsabilidade material na condução do processo em detrimento daquela outrora adotada, onde ele era totalmente inerte aos erros, omissões e incapacidades das partes. A referida postura do órgão jurisdicional também encontra amparo nos deveres inerentes a si por força do que dispõe o princípio da cooperação, expressamente previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015.<sup>84</sup>

Nessa esteira, o legislador de 2015 inovou em relação ao de 1973 ao prever expressamente a aplicação da distribuição da carga dinâmica, no artigo 373, §1º, quando dispôs que “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova

---

83 TUCCI, José Rogério Cruz e. “A garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. Disponível em: << [http://www.iabnacional.org.br/mais/mural-do\\_presidente/download/76\\_a96e4b0ace901e78559a61c-5ff5d3497](http://www.iabnacional.org.br/mais/mural-do_presidente/download/76_a96e4b0ace901e78559a61c-5ff5d3497)>>. Acesso em: 01 de abril de 2018.

84 Sobre o princípio da cooperação e os deveres imputados às partes e ao juiz, conferir: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: Fundamentos e Sistematização. Ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 87.

do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Como se pode perceber, os requisitos inerentes à aplicação do supracitado instituto estão expressamente previstos no §1º, do artigo 373, do novo CPC. De uma leitura do texto normativo, verifica-se que o legislador adequou a distribuição do ônus da prova às premissas do processo no estado Constitucional. A uma, porque, conforme anteriormente mencionado, o CPC traz atualmente a previsão do princípio da cooperação. A duas, porque também consagra o contraditório e a igualdade processual substancial, o que, na lição de MACÊDO e PEIXOTO “propicia o acesso à justiça qualitativamente diferenciada. São medidas salutares, hábeis à estruturação *in concreto* do processo pelo órgão judicial”.<sup>85</sup>

Em que pese a dificuldade conceitual inicial daquilo que seria a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo – o que certamente somente será elucidado por construção jurisprudencial em virtude a indeterminação dos conceitos – para COUTO os mencionados requisitos materiais podem derivar de algumas assertivas, tais como:

- a) ausência de condições fáticas na obtenção da prova, uma vez que prova não obtida não pode ser produzida; b) da ausência de condições econômicas da parte interessada, inserindo-se perfeitamente neste contexto o conceito de desigualdade econômica; c) da ausência das condições técnicas da parte interessada,

---

85 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. O CPC/2015 e a dinamização do ônus da prova: aspectos essenciais para a compreensão das mudanças. In Novo CPC Doutrina Seleccionada. (coord. Fredie Didier Júnior). V.3. Ed. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2016, p. 600.

inserindo-se neste contexto conceito de desigualdade técnica<sup>86</sup>

Percebe-se, nesta esteira de ideias, que um dos objetivos primordiais do legislador foi conferir tratamento paritário, de acordo com as peculiaridades do caso concreto discutido em juízo, a fim restabelecer às partes ao mesmo patamar de igualdade processual. Extrai-se, portanto, do conteúdo da supracitada norma que o legislador, ao criar um texto aberto e indeterminado, manifestou de forma expressa seu conteúdo substancial, a fim de que o juiz possa, nas palavras de MELO “pensar em cada caso em litígio de forma diferenciada e não com a perspectiva do antigo Estado liberal legislativo que concebia a lei como sendo genérica, abstrata e universal em uma sociedade homogênea”<sup>87</sup> A autora conclui dizendo que o texto em exame buscou uma “igualdade substancial à obtenção de uma tutela jurisdicional justa”.

A distribuição dinâmica do ônus da prova oferece, pois, uma proteção aos sujeitos processuais e que são desprovidos de meios jurídicos em relação àqueles que gozam de uma situação processual – e probante – privilegiada. A norma, ainda na lição da supracitada autora, exprime “a ideia da igualdade substantiva e exige, a partir dela, a proteção e imunização dos sujeitos vulneráveis em qualquer circunstância material ou processual, inseridos numa relação jurídica seja ela qual for”.<sup>88</sup> Outro não é o entendimento de COUTO quando afirma que a aplicação do instituto equilibra “as forças e as armas em âmbito probatório”.<sup>89</sup>

---

86 COUTO, Camilo José D’Ávila. *Dinamização...op. cit.*, p. 131.

87 MELO, Gabriela Fonseca de. *A Flexibilização do Ônus Probatório*. Revista *Magister de Direitos Humanos*, nº 22, Jul/Set de 2017, p. 3.

88 MELO, Gabriela Fonseca. *A Flexibilização...op. cit.*, p. 3

89 O autor vai além e afirma que A dinamização do ônus da prova operacionaliza um paradoxo de extrema relevância para a ciência jurídica, expresso na possibilidade do aumento de certeza versus possibilidade de diminuição das desigualdades na ausência de certeza fática. Ao mesmo tempo em que sua

Percebe-se, pois, que as regras de distribuição do ônus acolhidas pelo ordenamento brasileiro vêm sofrendo distintas adequações em prol dos princípios da efetividade, instrumentalidade e publicidade processual. É inegável, nessa esteira, que o legislador de 2015 rompeu o paradigma de que ao autor incumbe prioritariamente o ônus da prova dos fatos constitutivos, soando sempre como uma verdade absoluta.

Isso não significa, por sua vez, o total abandono da distribuição estática do ônus do ônus da prova, dado o caráter subsidiário da distribuição dinâmica – nos casos em que aquela se mostre insuficiente – ou em virtude do desequilíbrio anormal da relação jurídica, oportunidade em que diante da vulnerabilidade da paridade de armas, o juiz está autorizado a aplicar a dinamização. Neste sentido, NEVES explica que o sistema probatório brasileiro passou a ser misto, “sendo possível aplicar ao caso concreto o sistema flexível da distribuição dinâmica do ônus da prova como o sistema rígido da distribuição legal”.<sup>90</sup>

A dinamização do ônus da prova é, em última análise, um instrumento pela busca da verdade possível, maximizando a eficácia do sistema processual, na medida em que a efetividade perfeita do acesso à justiça em relação a determinado direito material pode ser expressa, nas palavras de CAPPELLETTI “como a completa ‘igualdade de armas’”.<sup>91</sup>

---

estrutura teórica implementa, pelas mãos dos sujeitos do processo, um aumento da certeza fática, provocada pela possibilidade do desonerado torna-se onerado, o que leva a ambos produzirem todas as provas possíveis, distribui de forma mais justa a eventual ausência dessa mesma certeza (COUTO, Camilo José D’Ávila. *Dinamização...op. cit.*, p. 125-126).

90 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado – artigo por artigo*. Ed. 2. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 685.

91 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

Em que pese a relutância de alguns Tribunais em adotar a teoria estudada antes de sua positivação, conforme anteriormente afirmado, o Superior Tribunal de Justiça já vinha defendendo sua aplicação. Nas palavras de MARINONI isso não poderia ser diferente na medida em que inexistiriam motivos para supor que a inversão do ônus probatório somente seria viável nos casos expressos em lei. Para o autor, “algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples razão de que as situações de direito material não são uniformes”. Em outras palavras, a possibilidade de inversão do ônus probatório estaria em consonância com o tratamento diferenciado de situações (igualdade material), ainda quando não previstas na lei processual.

Nesta esteira, o STJ deu início, mesmo antes da vigência do CPC/2015, à aplicação da forma dinâmica de distribuição do ônus da prova em ações civis por danos ambientais (Informativo 418/STJ, 2ª turma, REsp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 1.12.2009, DJ 14.12.2009), bem assim nas ações que envolviam idosos, mormente em virtude das normas que asseguram aos litigantes maiores de 60 anos facilidade na produção de provas (STJ, 1ª Turma, RMS 38.025/BA, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 23.09.2014, Dje 01.10.2014).

Ademais, encontra-se na jurisprudência mais recente da Corte, decisões que aplicam a supracitada teoria de forma mais ampla, seja para flexibilizar o sistema estático de distribuição do ônus da prova em virtude da insuficiência da regra geral (ST, 4ª Turma, AgRg no AREsp 216.315/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.10.2013, DJe 06.11.2012), ou até mesmo para dar à legislação processual uma interpretação sistemática, inclusive em bases constitucionais (STJ, 3ª Turma, EDcl no REsp 1.286.704/SP, rel. Nancy Andrighi, j. 26.11.2013, DJe 09.12.2013). Nesse último aspecto, decidiu o STJ que “uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”, de modo que o ônus probatório deve

recair sobre quem tem melhores condições “de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso”.

Como se vê, o direito à igualdade material é, pois, a tônica da inversão do ônus da prova, seja quando ela é prevista pelo ordenamento jurídico ou quando é aplicada (como outrora), na ausência de previsão legal. Assim como acontece no plano das relações materiais, é imprescindível que haja, no plano do processo, um tratamento diferenciado para situações de desigualdade. É, em síntese, aquilo que já falavam os doutrinadores quando tratavam da igualdade material na clássica lição sobre “tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Dessa constatação deriva que as partes possam litigar em paridade de armas, ou seja, “faz-se necessária, assim, a asseguaração do pleno emprego dos poderes defensivos substanciais em igual medida a todas as partes”.<sup>92</sup> Partindo dessa compreensão, verifica-se que há igualdade – ou paridade de armas – quando os poderes das partes encontram-se simétricos, ou seja, quando o poder conferido a uma parte corresponde o equivalente à outra, como acontece na distribuição dinâmica do ônus da prova. Tanto é assim que o legislador atento a isso, determinou no §2º, do artigo 373, do CPC, que “a decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”, sob pena de ser ferido o princípio que deu ensejo à aplicação legal da teoria estudada.

## **Conclusão**

Como visto, em que pese o legislador processual ter adotado a distribuição estática do ônus da prova, também previu, em

---

92 ABREU, Rafael Sirangelo de. O Direito à igualdade no Novo Código de Processo Civil. In Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Normas Fundamentais (coord. Fredie Didier Júnior; Dierle Nunes; Alexandre Freire). Salvador: Editora JusPodium, 2016, p. 148).

concretização ao princípio da isonomia material e como forma de igualar as posições processuais das partes, a distribuição dinâmica do ônus da prova, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto.

A adoção da referida teoria encontra-se ligada, como se disse, ao princípio da igualdade material das partes em juízo, na medida em que ao juiz é conferido o dever de conduzir o processo e, com base no princípio de cooperação, suprir determinadas incongruências observadas em cada caso concreto, entendido o processo como uma grande comunidade de trabalho, onde o juiz não mais fica alheio aos erros, omissões e incapacidades das partes.

O legislador de 2015 rompeu o paradigma de que ao autor incumbe prioritariamente o ônus da prova dos fatos constitutivos, soando sempre como uma verdade absoluta e, ao prever de forma expressa a adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, na esteira daquilo que já vinha fazendo o STJ, concretizou – assim como o fez em tantos outros artigos do CPC – o princípio da igualdade das partes, conferindo paridade de armas para que aquelas que estão – em matéria probatória – em situação de desvantagem possa litigar em juízo no mesmo patamar de igualdade de seu adversário.

## **Referências bibliográficas**

ABREU, Rafael Sirangelo de. O Direito à igualdade no Novo Código de Processo Civil. In *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Normas Fundamentais* (coord. Fredie Didier Júnior; Dierle Nunes; Alexandre Freire). Salvador: Editora JusPodium, 2016.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do Ônus Da Prova in* Revista de Processo, vol. 71, Julho/1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, Napoli: Morano, 1958.

CAUTELA, Maria Helena de Almeida. *Elementos para o Estudo do Ônus da Prova: Trabalho apresentado ao Júri do 5º ano [Ciências Jurídicas]*, Coimbra: 1938.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol. 1 e vol. 2*, trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1998.

COUTO, Camilo José D'Ávila. *Dinamização do ônus da prova no processo civil: Teoria e prática*. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

DALL'AGNOL JÚNIRO, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev. 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Jus Podium, 2016, v. 1

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de le Prueba Judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, t.1.

\_\_\_\_\_ *Compendio de Pruebas Judiciales. Tomo I*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1984. p. 21.

GASTAL, Alexandre Fernandes. *A Suficiência do Juízo de Verossimilhança para a Decisão das Questões Fáticas*. 2006. 203 f. Tese [Doutorado em Direito] – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. 2006.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Ed. 2. Salvador: JusPodium, 2007.

GRECO, Leonardo. *O Conceito de Prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV. Nº 4 e Ano V, Nº 5; 2003/2004.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

KARAM, Munir. *Ônus da Prova: Noções Fundamentais*. Revista de Processo, São Paulo, n. 17, p. 50/60, jan/mar. 1980.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. O CPC/2015 e a dinamização do ônus da prova: aspectos essenciais para a compreensão das mudanças. In *Novo CPC Doutrina Seleccionada*. (coord. Fredie Didier Júnior). V.3. Ed. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

MELO, Gabriela Fonseca de. A Flexibilização do Ônus Probatório. Revista Magister de Direitos Humanos, nº 22, Jul/Set de 2017.

MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Curso de processo civil: São Paulo: Editora Atlas, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado – artigo por artigo. Ed. 2. Salvador: Editora JusPodium, 2017.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3. ed., reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Mateus Costa; DUARTE, Ronnie Preuss. O Novo CPC e a dinamização das cargas probatórias: rumo a um tratamento isonômico em matéria de ônus probatórios, in *Novo CPC Doutrina Seleccionada*. (coord. Fredie Didier Júnior). V.3. Ed. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2016

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

RETAMOSO, Mariana Borges. *A (in)eficácia da prova emprestada* in *Revista de Direito Privado*, ano 11, nº 41, jan/mar 2010.

ROSENBERG, Leo. *La Carga De La Prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: EJEA, 1956.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas – Direito Probatório Material*. Lisboa: 1962.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: Fundamentos e Sistematização. Ed. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “A garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. Disponível em: << [http://www.iabnacional.org.br/mais/mural-do-presidente/download/76\\_a96e4b0ace901e78559a61c5ff5d3497](http://www.iabnacional.org.br/mais/mural-do-presidente/download/76_a96e4b0ace901e78559a61c5ff5d3497)>>.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242-85*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

VERDE, Giovanni. *Considerazioni Sulla Regola di Giudizio Fondata Sull'onere Della Prova in Rivista di Diritto Processuale*, Milano, volume XXVII [II série], 1972.

YARSHEL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.

YASHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A Distribuição do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *in* Novo CPC Doutrina Seleccionada. (coord. Fredie Didier Júnior). V.3. Ed. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia Social da Prestação Jurisdicional*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 122, abr./jun. 1994.



## A GARANTIA DO EFETIVO DIREITO À COMUNICAÇÃO

*Ana Cristina Santos*<sup>93</sup>

**E**stá na compreensão do senso comum o fato de que comunicar-se faz parte da vida dos seres humanos e é condição inerente à sua organização em sociedade. A premissa de que a comunicação está na base dos processos sociais também é comum em diversas correntes da Filosofia, da Sociologia e de estudos das Comunicações. Ela surge como fundamental para a organização humana em comunidades a partir do compartilhamento recíproco de símbolos e de ideias.

Neste artigo buscaremos situar a Comunicação como um direito humano fundamental numa perspectiva humanística, descrevendo brevemente uma abordagem jurídica da disputa pela Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual da Argentina e os debates no resultantes deste processo. Situiremos a Comunicação como um espaço estratégico e imprescindível para o exercício da participação e para o exercício da cidadania, intentando observar também as relações sociais, políticas e econômicas que fazem parte da complexa cadeia que envolve os esforços para garantia desse direito. Essa análise foi realizada a partir da perspectiva teórico-metodológica da Hermenêutica de Profundidade, desenvolvida por Jonh B. Thompson (2003).

---

93 Doutoranda em Comunicação (UnB). Jornalista graduada pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), especialista em Comunicação Pública (UGF) e mestra em Comunicação (UnB).

A palavra comunicação deriva do latim *communicare*, que significa “tornar comum”, “partilhar”, “repartir”, “associar”, “trocar opiniões”, “conferenciar”. É um termo que implica participação, interação, troca de mensagens, emissão ou recebimento de informações (BARBOSA, RABAÇA, 2001). A comunicação também pode ser compreendida enquanto processo pelo qual a experiência se torna patrimônio comum de uma sociedade, que “não só continua a existir pela transmissão, pela comunicação, como também se pode dizer perfeitamente que ela é transmissão e comunicação” (DEWEY, 1966, p. ).

Para Venício A. de Lima (2004), a origem desta palavra lhe atribui ambiguidade entre os processos de transmitir e compartilhar; estes são polos opostos de uma ação de comunicar uma vez que o primeiro implica um processo unidirecional, enquanto o segundo implica participação e, dessa forma, para “que se transmita algo é preciso que se admita que esse algo possa ser apropriado e em seguida ‘transmitido’ ao outro. Quando se compartilha, ao contrário, o que ocorre é uma coparticipação, uma comunhão, um encontro” (LIMA, 2004, p. 27).

Em Dicionário de Comunicação, Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa, realizam uma classificação de alguns dos principais conceitos relacionados ao campo da comunicação de acordo com esta abordagem, a saber, (a) conceito etimológico, onde a ideia de comunhão e da participação em comunidade através do intercâmbio de informações é enfatizada; (b) conceito biológico, que identifica a comunicação como atividade sensorial e nervosa, situada como necessária à sobrevivência e perpetuação da espécie humana; (c) conceito pedagógico, em que se destaca o caráter educativo da comunicação; (d) conceito histórico, que aborda a comunicação como instrumento de equilíbrio e entendimento entre os homens; (e) conceito sociológico, em que se sobressai o papel decisivo da comunicação na inserção e integração do indivíduo na organização social; (f) conceito

antropológico, que se baseia na característica da comunicação como veículo de transmissão de cultura ou como formadora da bagagem cultural de cada indivíduo na sociedade; (g) conceito psicológico, onde a comunicação figura objetivamente como fenômeno capaz de modificar o indivíduo; e (h) conceito estrutural, no qual o objeto central da análise é a informação. Em todos esses conceitos a comunicação adquire papel central no relacionamento humano e na organização dos grupos sociais.

O termo comunicação tem sido utilizado para designar o caráter específico das relações humanas e pode ser atribuído como sinônimo de “coexistência”, ou de “vida com os outros”, e implica, ainda, o conjunto dos modos que a coexistência especificamente humana pode assumir no que diz respeito à possibilidade de participação e compreensão (ABBAGNANO, 2007). Interessa-nos, particularmente, a ênfase nesta compreensão do termo, que o vincula diretamente à intencionalidade humana, sem desconhecer as diversas correntes que encaram a comunicação como sistemas mais amplos que abrangem, entre outras, as relações homem/animal, homem/máquina, máquina/máquina.

Assim, é possível compreender a comunicação como um processo complexo, amplo, dinâmico e inerente à sobrevivência humana, indispensável a sua sobrevivência e organização em comunidade, e por isso mesmo se constituindo como direito inalienável, ou seja, que não pode ser vendido nem cedido; e que sendo um direito fundamental não pode ser negado a uma pessoa.

## **1. Um Direito Humano**

O reconhecimento da comunicação como um direito humano encontra entre suas referências o marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948. A liberdade de expressão e opinião está assegurada como direito no artigo 19 da Carta. “Todo

ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (DUDH, 1948).

Entretanto, o artigo 19 ao tratar do direito à “liberdade de expressão e opinião” conceitua o termo como sinônimo de direito à comunicação, de modo a restringir e limitar este último. Jean D’Arcy (1969), no contexto de incipientes inserções do termo comunicação em meio aos documentos da UNESCO, aponta a insuficiência do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, constatando que chegaria o tempo em que o homem precisaria reconhecer um direito mais importante que a liberdade de expressão, o direito de comunicar.

Em 1969, o francês Jean D’Arcy registrou, em um trabalho intitulado *Les Droits de L’homme à Communiquer* (Os Direitos do Homem a Comunicar), a premência de um novo direito humano na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Ele chamava atenção para a necessidade da criação do direito à comunicação, por entender que a fundamentação, até então, nos documentos da Organização das Nações Unidas (ONU), no tocante à comunicação, não mais contemplava a amplitude desse direito e do próprio conceito de comunicar. Suas teorias foram transportadas para um dos informes preliminares que serviram de base para as discussões travadas no âmbito da UNESCO, entre os anos 1970 e 1980, sobre a Nova Ordem Mundial da Informação e Comunicação (NOMIC), e que culminaram com a produção do relatório “Um Mundo Muitas Vozes”. (GOMES, 2007, p.89)

Embora não tenha chegado a fomentar um novo conceito, a contribuição de D’Arcy ao debate sobre o direito à comunicação

chamou a atenção para a necessidade de ampliar o entendimento acerca da comunicação de acordo com a realidade social e histórica:

Atualmente, vemos que [o direito à comunicação] engloba todas as liberdades, mas que traz, além disso, tanto para os indivíduos quanto para as sociedades, os conceitos de acesso, de participação, de corrente bilateral de informação, que são todas elas necessárias, como percebemos hoje, para o desenvolvimento harmonioso do homem e da humanidade. (UNESCO, 1983, p. 290)

As considerações de D'Arcy, no contexto do apoio da UNESCO ao estabelecimento de uma nova ordem econômica mundial<sup>94</sup>, ganharam espaço nos fóruns de discussão internacionais. Nos marcos dos debates globais sobre as implicações das desigualdades de condições de produção de bens simbólicos e seu impacto no desenvolvimento dos países e na distribuição igualitária das riquezas, a Conferência Intergovernamental sobre políticas de comunicação na América Latina e Caribe, realizada em San José, Costa Rica, em 1976, manifesta que a pessoa humana tem direito de se expressar, devendo ser garantida sua forma de livre expressão, independente de classe ou organização social e atendendo às mais diversas formas. Reconhece, também, que os meios de comunicação são necessários ao relacionamento humano e devem ser considerados “componentes fundamentais da cultura universal” e que governos e sociedade devem ocupar-se conjuntamente do uso extensivo e positivo desses meios. No que se refere ao debate sobre políticas públicas para o setor, a Declaração de San José afirma:

---

94 UNESCO. Estabelecimento de uma nova ordem econômica mundial. 1974

Que as políticas de comunicação devem contribuir para o conhecimento, compreensão, amizade, cooperação e integração dos povos, em um processo de identificação dos anseios e necessidades comuns, respeitando as soberanias nacionais, o princípio jurídico internacional de não intervenção entre os Estados e a pluralidade cultural e política das sociedades e dos homens, na perspectiva da solidariedade e da paz universais. (UNESCO, 1976, p. 116)

Conferência análoga, realizada em Kuala Lumpur, Malásia, em 1977, ratifica a centralidade da comunicação para o desenvolvimento e para a relação entre as nações. Foi neste encontro que se decidiu pela constituição de uma Comissão Internacional para o Estudo dos Problemas da Comunicação (CIC), presidida por Sean MacBride (Irlanda), para realizar um estudo global sobre os problemas da comunicação na sociedade da época.

Além de afirmar claramente a comunicação como direito humano, o relatório da CIC aponta a necessidade de se empreender todos os meios tecnológicos necessários para assegurar esse direito e afirma que a democratização da comunicação é o processo pelo qual o ser humano deixa de ser um objeto da comunicação e passa a um ser um elemento ativo, que influencia na qualidade da representação e da participação social (UNESCO, 1976, p. 277).

Deste modo, a plataforma do direito à comunicação, compreendida como direito mais amplo do que a liberdade de expressão e de imprensa, ganha novo tratamento nos anos 1970, na discussão sobre uma Nova Ordem Mundial da Informação e da Comunicação (NOMIC), no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, Unesco. O documento *Um mundo, muitas vozes*, também conhecido como Relatório MacBride, torna-se um marco conceitual sobre direito à comunicação ao examinar as condições da comunicação mundial e recomendar medidas para que se efetivasse o acesso à

comunicação em suas mais diferentes plataformas. Para efeito do relatório,

Todo mundo tem o direito de comunicar. Os elementos que integram esse direito fundamental do homem são os seguintes, sem que sejam de modo algum limitativos: a) o direito de reunião, de discussão, de participação e outros direitos de associação; b) o direito de fazer perguntas, de ser informado, de informar e os outros direitos de informação; c) o direito à cultura, o direito de escolher, o direito à proteção da vida privada e outros direitos relativos ao desenvolvimento do indivíduo. [...] (UNESCO, *Um Mundo e Muitas Vozes*, 1983, p: 288)

Os debates no âmbito da UNESCO, que analisam o panorama das desigualdades no campo da comunicação em diversos países, anteciparam o que viria a ser uma realidade agravada no contexto de políticas neoliberais que marcaram fortemente as décadas dos anos 1980 e 1990 na América do Sul, compreendendo que a “industrialização tende a estimular a concentração da comunicação, mediante a formação de monopólios ou oligopólios, em matéria de coleta, armazenamento e difusão de informação” (UNESCO, 1983, p. 168).

No final da década de 1980 e ao longo dos anos 1990 a rápida evolução tecnológica, aliada ao processo de globalização, aprofundou as desigualdades no campo da comunicação na América do Sul (LIMA, 2011). A concentração de capital em ciências como a engenharia, a computação, a física e a nanotecnologia, determinantes para o desenvolvimento dos meios de comunicação, acirraram as diferenças entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos; e dentro das fronteiras nacionais entre os cidadãos comuns e os detentores dos meios de comunicação, refletindo no campo da comunicação o abismo social existente entre ricos e pobres.

Dito isto, é preciso relembrar que o discurso sobre o direito à comunicação tem sido apropriado de forma progressiva por atores sociais que atuam em diversos campos dos direitos humanos, como a educação, a saúde, os direitos de igualdade de gênero e racial, o direito à terra, entre outros. Embora alguns autores qualifiquem o direito humano à comunicação como “direito de acesso” ao espaço público, julgamos que a melhor forma de definir o direito humano à comunicação seja qualificá-lo como o direito à participação, em condições de igualdade formal e material, na esfera pública e mediada pelas comunicações sociais e eletrônicas.

## **2. Um direito negado**

As medidas constantes do acordo conhecido como *Washington Consensus* – um conjunto de medidas formulado em novembro de 1989 por economistas de instituições financeiras como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, fundamentadas nas ideias do economista John Williamson, e que se tornou a política oficial do Fundo Monetário Internacional em 1990, quando passou a ser “receitado” para promover o “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades – tiveram grande impacto também no mercado da comunicação e consolidou nos países da América do Sul um modelo fortemente marcado pela concentração e pelo estabelecimento de monopólios e oligopólios.

Com a desregulamentação do setor – ou re-regulamentação como preferem alguns autores que defendem que não houve ausência de regulamentação, mas uma adequação nas legislações para favorecer os interesses empresariais (HORWITZ, 1989. BOLAÑO, 2010), – lançaram-se as bases do sistema de mídia global, dominado pelos grandes conglomerados com previsões de lucro na ordem de trilhões. (MCCHESNEY, 2003).

O processo de exclusão desencadeado pela política econômica e sua consequente negação aos direitos básicos impulsionou uma luta por acesso e participação em todo o mundo, e com certa ênfase na América Latina. Esses movimentos não possuem caráter classista e se agrupam em torno de bandeiras específicas como desenvolvimento sustentável, meio ambiente e o direito à comunicação (BOLAÑO, 2010).

O acesso ao direito à comunicação tem sido historicamente dificultado pelas condições impostas pelos sistemas econômicos. As transformações tecnológicas também influenciaram as relações no campo da economia e das políticas na comunicação, que se tornaram ainda mais pautadas pelas questões de mercado. De acordo com Lima (2001):

o surgimento da nova mídia e a privatização dos serviços de telecomunicações que vem acontecendo em todo o mundo nas últimas décadas, ocasionou a maior onda de compras, fusões e parcerias de agentes econômicos já conhecida na história da economia. Esse fato alterou radicalmente a economia política do setor e provocou uma concentração (horizontal, vertical e cruzada) sem precedentes da propriedade privada na mídia – velha e nova, dando origem a um crescente e vigoroso processo de oligopolização do setor com o aumento do poder dos históricos atores brasileiros e a emergência de novos e poderosos atores globais (global players) privados. (LIMA, 2001, p. 29-30)

Parte significativa do processo mediático, em sua essência, guarda características excludentes que impedem a entrada de novos atores (BRITTOS, BOLAÑO, JAMBEIRO, 2009). A produção, empacotamento, distribuição e acesso efetivo a produtos da comunicação compõem uma cadeia produtiva permeada

de empecilhos, seja no campo das restrições sociais, políticas, culturais, legais, econômicas ou técnicas. Características que podem ser compreendidas como barreiras à entrada de novos atores no fazer da comunicação e, conseqüentemente, um entrave ao direito à comunicação.

Ponderando sobre as características de mercado com propriedades oligopólicas, a exemplo do que se verifica, como já citamos, no setor da comunicação na América do Sul a partir da década de 1990 como relatam vários estudiosos do tema (LIMA, 2011; MASTRINI; BECERRA, 2006) e sobre a forma como o mercado dita as normas das tomadas de decisão individuais; Valério Brittos (2009), ressalta o papel central da noção de barreira à entrada, que reúne as determinações estruturais sobre as quais são definidas grande parte das estratégias corporativas. Medida que precisa ser analisada como uma das principais barreiras materiais ao exercício do direito de comunicar (se).

Assim, conceitua-se barreiras à entrada como um conjunto de injunções dominadas pelas empresas líderes, que servem como impedimentos para o acesso de novas corporações num mercado ou para que, ingressando, as demais companhias que compõem o setor não alcancem a liderança. (BRITTOS, 2009, p. 19)

Ainda sobre a noção de barreira à entrada é importante resgatar a observação de Fagundes e Pondé, no artigo *Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência: Notas Introdutórias*: “as barreiras à entrada, dada a natureza dos seus determinantes (...) são estruturais, estáveis e se modificam lentamente no tempo, além de não poderem ser facilmente alteradas pelas entrantes potenciais” (FAGUNDES, PONDÉ, 1998).

Brittos (2009) defende que no campo dos bens culturais características singulares conduzem a manifestações de barreiras à entrada próprias dos mercados comunicacionais e aponta duas

dimensões específicas a político-institucional: 1) a decorrente do processo de regulamentação, e que nos interessa mais na análise da discussão em tela neste artigo; e 2) a estético-produtiva, relacionada com padrões tecno-estéticos. Especificamente sobre o setor dos meios de comunicação sem fins lucrativos — populares, comunitários, independentes, cooperativos, entre outros — a ausência de regulamentação ou as regulamentações impeditivas/restritivas que se tornaram regra em boa parte da região sulamericana, se apresentam como exemplo da dimensão político-institucional das barreiras de entrada.

Em parte significativa de países latino-americanos, o campo da comunicação e da informação apresenta uma tendência de concentração, monopolização e oligopolização derivada da política econômica adotada na maioria destes países nas últimas décadas. No estudo *Periodistas y Magnates*, os autores sistematizam um panorama sobre o perfil de estrutura e concentração da indústria cultural na América Latina.

Os investigadores criaram um índice medindo a cota de mercado monopolizada pelo primeiro operador e pelos quatro primeiros, utilizando um método chamado Four Firm Concentration Ratio. Resultou que o primeiro operador monopoliza, em média, 30% do mercado, enquanto que os quatro primeiros (somados) superam os 80%. O meio com maior índice de concentração é a TV aberta, com 85%, seguido pela TV a cabo (84%) e a escrita (62%). A rádio é o meio menos concentrado, com 31% de cota de mercado para os quatro primeiros operadores. (UCEDA in BECERRA, MASTRINI, 2006, p. 10, tradução nossa)

Neste cenário as dificuldades para que meios alternativos, comunitários e/ou populares consigam operar no campo da

comunicação são vultosas. Levando em consideração essas questões a interferência direta do Estado no processo é apresentada como possibilidade de equilibrar a relação que tende à desigualdade e a criação de barreiras à entrada de novos participantes. Estudando a realidade de mercados como o argentino ou o brasileiro, pesquisadores como Guillermo Mastrini e Martin Becerra (2006) apontavam possíveis caminhos para equilíbrio da relação entre as imposições do mercado e as demandas pelo direito à comunicação.

Entretanto, há um ponto que se pode assinalar e é que a concentração de meios, com seus efeitos e potencialidades oligopólicas e monopólicas, só é evitável e combatível com o estabelecimento de regras muito precisas, estritas e equilibradas para a designação de frequências e permissões de rádios e muito em especial de canais de TV de qualquer tipo. (BECERRA, MASTRINI, 2006, p. 23, tradução nossa).

Ao prever estes impactos no campo da Comunicação o próprio Relatório MacBride lista princípios e orientações para a superação das desigualdades impostas pela alta influência do mercado no setor e se preocupa em alertar para que as sociedades não sejam prejudicadas em sua interação e desenvolvimento por conta dos interesses financeiros.

Dever-se-ia aplicar à tecnologia, no compasso dos seus progressos e em cada etapa do seu desenvolvimento, a seguinte regra essencial: colocar o progresso técnico a serviço de uma melhor compreensão entre os povos e da continuação da democratização em cada país, em vez de utilizá-lo para fortalecer os interesses criados pelo poder estabelecido. (UNESCO, 1983 p. 128)

Considerando, ainda, a discussão proposta no documento e sua preocupação com a eliminação dos desequilíbrios e desigualdades que caracterizam a situação analisada, observa-se as seguintes preocupações no que diz respeito à necessidade de proteção do direito de comunicar (se): a) a eliminação dos efeitos negativos de monopólios, públicos ou privados, e das concentrações excessivas; b) a eliminação das barreiras externas e internas que se opõem a uma livre circulação e a uma difusão mais ampla e melhor equilibrada da informação e das ideias; c) a pluralidade das fontes e canais da informação; d) a liberdade de imprensa e da informação; e) a liberdade dos jornalistas e de todos os profissionais dos meios de comunicação, liberdade que não se pode desvincular da responsabilidade; f) a capacidade dos países em desenvolvimento de lograrem melhorar sua própria situação, sobretudo equipando-se, formando seu pessoal qualificado, melhorando suas infraestruturas e fazendo com que seus meios de informação e de comunicação sejam aptos a responder a suas necessidades e aspirações; g) o respeito da identidade cultural e no direito de cada nação de informar a opinião pública mundial de seus interesses, aspirações e valores sociais e culturais; h) o respeito do direito de todos os povos a participar dos intercâmbios internacionais de informação sobre a base da igualdade, da justiça e do interesse mútuo; i) o respeito do direito do público, dos grupos étnicos e sociais, e dos indivíduos a ter acesso às fontes de informação e a participar ativamente no processo da comunicação.

Todos esses pontos aparecem como aspectos legítimos quando se discute o direito à comunicação que gradativamente foram sendo subtraídos a partir da instituição da comunicação como um setor lucrativo e se constituem numa plataforma de reivindicação do direito à comunicação, materializada na exigência da democratização da comunicação.

Para conceituar o termo “democratização da comunicação” buscaremos analisar as elaborações da UNESCO em conjunto

com as sistematizações no campo teórico-conceitual, que o situa no campo da democracia, da pluralidade e da igualdade com participação. Chalinni Barros e Juliano Domingues Silva, da Universidade Federal da Bahia e da Universidade Federal de Pernambuco, respectivamente, se debruçaram sobre o assunto na perspectiva de encontrar no campo da democracia uma aproximação conceitual.

Ao nos perguntarmos o que vem a ser 'democratização da comunicação', as possíveis respostas do ponto de vista teórico-conceitual tendem a se situar no campo da democracia enquanto substância, em maior ou menor medida próximas das formulações previstas em modelos de democracia relacionadas aos aspectos característicos da democracia participativa e da democracia deliberativa. Percebe-se, ainda, a presença recorrente das ideias de pluralidade com igualdade e participação, nos moldes da concepção desenvolvimentista de democracia. (SILVA; BARROS, 2013, p. 65)

Os autores afirmam ainda que essa noção conceitual se alinha com os debates teóricos do campo dos ideais democráticos. Assim, as reivindicações pelo direito a comunicação assimilam relação intrínseca com a organização em defesa da democratização da comunicação, dada a correlação entre o exercício do direito de comunicar (se) e a necessidade imposta pelo novo arranjo tecnológico nas arenas de debates da sociedade em rede.

### **3. Um direito mediado**

É impensável, portanto, analisar a comunicação nos dias de hoje sem relacionar com todo aparato técnico e tecnológico que envolve o ato de comunicar. A comunicação mediada tem

centralidade como intermediária do debate público e da produção da agenda política (MIGUEL, 2002), assim também adquire centralidade na organização social e no desenvolvimento da sociedade. A teoria desenvolvida por John Thompson nos permite olhar os processos sociais com ênfase na expansão das redes de comunicação e informação e seu papel na conformação social, o que nos parece adequado ao analisar os processos de comunicação em linhas gerais. De acordo com Thompson “a teoria social da mídia pode ajudar a situar o estudo da mídia lá onde, na minha visão, ele deve estar: entre o conjunto de disciplinas que dizem respeito à emergência, ao desenvolvimento e à estruturação das modernas sociedades e ao seu futuro” (THOMPSON, 2013, p. 29).

Garantir a pluralidade nos meios de comunicação aumenta a esfera política e democrática. Para Miguel (2002, p. 164), “a democratização da esfera política implica tornar mais equânime o acesso aos meios de difusão das representações do mundo social”. Do mesmo modo ampliar a democracia exige possibilitar que ideias circulem a partir de mais instrumentos comunicativos. É uma via de mão dupla, na qual os veículos de comunicação ocupam papel simbólico e estratégico.

A arena mediada da política moderna é aberta e acessível de uma maneira que as assembleias e cortes tradicionais não o eram e os líderes políticos estão mais expostos do que nunca ao risco de suas ações e pronunciamentos serem transmitidos de uma maneira que contradiga as imagens que desejam projetar. (THOMPSON, 2013, p. 15).

Thompson defende, ainda, que os meios de comunicação não podem ser vistos apenas como transmissores de informação, uma vez que quando são desenvolvidos e introduzidos eles

mudam as maneiras pelas quais os indivíduos se relacionam uns com os outros e com eles próprios, no que chama de uma “teoria interacional da mídia”. (THOMPSON, 2013, p. 9).

Observar os conflitos e o próprio desenvolvimento veículos de comunicação implica em perceber seu lugar estratégico na conformação social e nas mudanças sofridas pelas sociedades. Para Thompson “o desenvolvimento da mídia vem entrelaçado de modo fundamental com as principais transformações institucionais que modelaram o mundo moderno” (THOMPSON, 2013, p. 21).

A partir do momento em que a comunicação mediada pela tecnologia adquire a possibilidade de chegar a um número cada vez maior de pessoas ao mesmo tempo ela também se coloca como uma importante estrutura de poder dentro da sociedade. Como poder compreendemos a capacidade de produzir ou contribuir para resultados que façam a diferença no mundo, que afetem significativamente um outro ou outros (OUTWAITE; BOTTOMORE, 1996) e, ainda, de alcançar seus próprios objetivos e intervir no curso dos acontecimentos (THOMPSON, 2013).

A título de registro é importante situar que vários autores buscam classificar as diversas formas de poder; Thompson classifica-os como poder econômico, poder político, poder coercitivo e poder simbólico. Resumidamente o poder econômico se baseia em recursos materiais e financeiros; o poder político se baseia no princípio da autoridade; o poder coercitivo encontra suas bases na força física e armada; enquanto o poder simbólico, também chamado de poder cultural, está fundamentado nos meios de informação e comunicação.

Pela sua relação intrínseca com os meios de comunicação nos concentraremos no chamado poder simbólico ou cultural, que segundo o autor “nasce na atividade de produção, transmissão e recepção do significado das formas simbólicas” (THOMPSON,

2013, p. 43). A expressão poder simbólico foi tomada do trabalho de Pierre Bourdieu, para quem o poder simbólico é um poder de construção da realidade, estruturado a partir de sistemas simbólicos, que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que estão sujeitos a esse poder ou mesmo daqueles que o exercem. De acordo com Bourdieu, os símbolos são os principais instrumentos de integração social, eles tornam possível um entendimento comum acerca do sentido de mundo social e os sistemas simbólicos “como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturado porque são estruturados” (BOURDIEU, 1989, p.9).

O autor defende, ainda, que as relações de comunicação são relações de poder que dependem do poder material ou simbólico acumulados pelos agentes envolvidos e que os sistemas simbólicos, enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação, cumprem sua função política de imposição ou legitimação da dominação que assegura a dominação de uma classe sobre a outra.

As diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais. (BOURDIEU, 1989, p. 15)

A evolução na tecnologia teve impacto significativo na potencialização e ampliação do poder simbólico, uma vez que transformaram a própria organização social. Num mundo mediado pela tecnologia, essa forma de poder, ainda que segundo Bourdieu (1989) seja subordinado a outras formas de poder, assume sem sombra de dúvidas um papel cada vez mais central e estratégico.

Para Thompson, o poder simbólico não pressupõe — diferente do que defende Bourdieu — desconhecimento por parte daqueles que são submetidos a ele; e tem a capacidade de “intervir no curso dos acontecimentos, influenciar as ações dos outros e produzir eventos por meio da produção e da transmissão de formas simbólicas”. (THOMPSON, 2013, p. 42)

O poder simbólico é, portanto, reconhecido entre Thompson e Bordieu como força estimada e reivindicada para manutenção do status quo ou para quebra da ordem vigente. As reivindicações dos movimentos populares buscam incidir sobre essa questão quando exige que a atribuição expressa na prestação de serviços de radiodifusão seja dividida entre três agentes: estatal, público e privado, e busca o equilíbrio de uma relação que se tornou desigual, entre outros fatores, pelo peso do poder econômico de grupos que ocupam diferentes campos de atuação.

Com a pluralidade de emissores aumenta o repertório do que é transmitido pelos veículos de comunicação. O receptor poderia contar com uma gama maior e mais diversa de informações de modo que pudesse ter elementos para interpretar e formar seu próprio vocabulário; criar novas formas de ação e de interação e novos tipos de relacionamentos sociais.

A transformação das instituições da mídia em interesses comerciais de grande escala; a globalização da comunicação e o desenvolvimento das formas de comunicação eletronicamente mediadas analisados por Thompson<sup>95</sup> podem ser observados no crescimento dos conglomerados de comunicação que alcançaram patamares inauditos entre os séculos XIX e XX, assim como os processos de globalização se aprofundaram, aproximando as partes mais distantes do globo por meio de “teias de interdependência mais tensas e mais complexas” (THOMPSON, 2013, p. 115)

---

95 Em *Mídia e Modernidade: uma teoria social da mídia*, John B Thompson (1998) faz uma análise dessas três tendências da comunicação e seus impactos.

A comunicação em vários países da América do Sul, por outro lado é responsável por gerar a crítica e a resistência a esse modelo. Sociedade e comunicação tornam-se terrenos em disputa na arena democrática, em uma complexa equação. Assim, compreendemos que a comunicação enquanto direito negado se torna espaço fundamental para ampliar o acesso à cidadania e para o livre exercício da democracia; no entanto as relações de acesso aos meios de comunicação não são equânimes e boa parte da população se viu alijada desse direito de comunicar (se) plenamente emitindo e recebendo informações com diversidade e pluralidade.

#### **4. Um direito exigido**

Uma visão dialógica da comunicação enquanto direito é compartilhada por Paulo Freire que enfatiza seu papel como processo de coparticipação. Em uma das suas obras mais conhecidas, *Pedagogia do Oprimido*, Freire ressignifica e confere ainda mais centralidade à comunicação no processo de conformação do ser humano como sujeito das relações e transformações sociais quando diz que “somente através da comunicação é que a vida humana pode adquirir significado” (FREIRE, 2005, p. 73).

A exigência pelo direito à comunicação e pela sua democratização se desenvolve também no âmbito das lutas pela ampliação dos processos democráticos na sociedade, por mais espaços de participação e maior representação.

Naturalmente o debate acerca do conceito de democratização da comunicação é amplo e complexo e está intrinsecamente ligado a reflexões e práticas sobre democracia, direito de comunicação e liberdade de expressão, havendo diferenças de compreensão no âmbito da academia e dos movimentos sociais. Sem esgotar a discussão sobre o tema é válido reafirmar que quando nos referimos à democratização da comunicação, para efeito deste trabalho, pensamos que o termo inclui o direito ao acesso aos meios de

produção e veiculação de informação, de o público ter condições técnicas e materiais para ouvir e ser ouvido, e que garante à sociedade uma postura autônoma frente aos meios de comunicação.

A partir do cenário de exclusão propiciado pelo domínio econômico dos meios de comunicação e pela ineficiência do Estado em mediar esta relação, movimentos populares em defesa da comunicação democrática ganharam força em muitos países. Na América do Sul, especificamente, frentes pautadas pela temática da democratização da comunicação ganharam força e conquistaram êxitos em países como Argentina, com a sanção da Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual, nº 26.522, instituída em 2009; e Uruguai, com a Lei 19.307, de Serviços de Comunicação Audiovisual, aprovada em dezembro de 2014; apenas para citar exemplos. No Brasil esse movimento se concentra, sobretudo mas não exclusivamente, em torno do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC), que congrega várias entidades específicas do campo da comunicação, mas também de espectro mais amplo como entidades sindicais e estudantis. A preocupação destes movimentos, em linhas gerais, busca aproximar-se das principais correntes internacionais do debate sobre o direito à comunicação, expressas nos debates no âmbito da UNESCO e da OEA, por exemplo.

No documento *Indicadores de Desenvolvimento da Mídia: Marco para a avaliação do desenvolvimento dos meios de comunicação*<sup>96</sup>, a UNESCO discute critérios e categorias buscando facilitar a mensuração do impacto de intervenções no campo do desenvolvimento da mídia pelos Governos, marcadores comuns aos movimentos pela democratização da comunicação e que se insere em indicadores-chave no que diz respeito a:

---

96 Cf Indicadores de Desenvolvimento da Mídia: Marco para a avaliação do desenvolvimento dos meios de comunicação. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001631/163102por.pdf>

a) garantia de liberdade de expressão, b) garantia do direito à informação, c) participação da população e organizações da sociedade civil na formulação de políticas relativas à mídia, d) sistema regulatório assegura o pluralismo da mídia, e) não sujeita a mídia à censura prévia, f) adota medidas positivas de promoção da pluralidade da mídia e assegura seu cumprimento, g) promove a diversidade na composição das mídias pública, privada e comunitária, h) assegura a distribuição do espectro em prol do interesse público, entre outros.

Neste cenário é visível um impasse entre as condições impostas pelo mercado financeiro e as reivindicações do campo popular. As dificuldades para que meios alternativos, comunitários e/ou populares consigam operar no campo da comunicação são significativas e levando em consideração essas questões, a interferência do Estado no processo torna-se necessária no sentido de equilibrar a relação que tende à desigualdade e costuma ser restritiva à entrada de novos participantes, negando a uma significativa parcela da sociedade o direito pleno à comunicação.

David (2002) observa o papel do Estado na efetiva garantia do direito à comunicação, uma vez que este se configura como base ao acesso a outros direitos, pois o “conceito de direito à comunicação identifica-se com uma concepção mais garantista de Estado, no sentido de exigir a intervenção estatal para garantir a efetivação desse direito”. (DAVID, 2002, apud LARA, 2013, p. 58). Essa intervenção precisa se dar no âmbito da instituição de políticas públicas e essa se torna a principal reivindicação dos movimentos sociais que atuam no campo da democratização e acesso à comunicação.

## **5. Um direito a ser assegurado**

De acordo com Enrique Saravia (2006), o conceito de política pública pode ser definido como um “fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios

destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão”. (SARAVIA, 2006, p. 28)

Para Souza (2006), não existe uma única definição sobre o que seja política pública. A autora sintetiza os diferentes conceitos da seguinte forma: Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz. (SOUZA, 2006, p. 25)

Da mesma forma que há múltiplos conceitos os estudos sobre política pública foram feitos, através do tempo, sob as mais diversas perspectivas e abordagens: a filosófica, a da ciência política, a da sociologia, a jurídica, a das ciências administrativas, a antropológica e a psicológica e sua evolução resulta dos acúmulos e coexistência dessas perspectivas, nem sempre compatíveis entre si (SARAVIA, 2006).

A formulação de políticas públicas, em linhas gerais, envolve a predisposição dos governos em traduzir seus propósitos e plataformas eleitorais em ações que produzam mudanças e beneficiem a população, ou segmentos dela, de modo a garantir direitos. Em alguns casos há a participação de grupos de interesses e outros membros movimentos sociais na concepção de normas e de políticas. De qualquer modo o papel dos governos continua sendo preponderante e insubstituível no que diz respeito à criação de políticas públicas, conforme pondera Souza:

Apesar do reconhecimento de que outros segmentos que não os governos se envolvem na formulação de políticas públicas, tais como os grupos de interesse e os movimentos sociais, cada qual com maior ou menor influência a depender do tipo de política formulada e das coalizões que integram o governo, e apesar de uma certa literatura argumentar que o papel dos governos tem sido encolhido por fenômenos como a globalização, a diminuição da capacidade dos governos de intervir, formular políticas públicas e de governar não está empiricamente comprovada (SOUZA, 2006, p. 27).

Segundo Hogwood e Gunn (apud SARAVIA, 2006), o estudo das políticas públicas oferece pelo menos sete perspectivas de análise. Destacamos entre elas o estudo do processo das políticas, onde é possível considerar as etapas pelas quais passa um assunto e se procura verificar a influência de diferentes setores no desenvolvimento; e o estudo da avaliação das políticas, que se localizam entre a crítica de política e para a política.

Neste sentido passaremos a observar a experiência da instituição da Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual da Argentina que pode nos oferecer um bom panorama sobre constituição de política pública traduzida através da implementação de leis que se propõem a proporcionar equilíbrio no âmbito das comunicações.

## **5.2 O caso da Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual da Argentina**

Citada internacionalmente como um exemplo de bom texto legal, e construída com participação popular, a Lei 26.522 de Serviços de Comunicação Audiovisual (LSCA) da Argentina busca atuar no cenário de concentração midiática, permitindo que meios tradicionalmente excluídos do processo de transmissão

possam produzir e compartilhar conteúdos. Conhecida como Lei de Meios, a LSCA foi aprovada em substituição ao Decreto-lei 22.285, que vigorou a partir de 1981 durante a ditadura militar, e tem entre os seus objetivos, descrito no artigo 1º, o “desenvolvimento de mecanismos destinados à promoção, descentralização e fomento da concorrência com o propósito de barateamento, democratização e universalização do aproveitamento das novas tecnologias de informação e comunicação”.

A norma surgiu como resposta à partidarização da mídia e foi editada com a participação de organizações, associações e entidades representativas de vários segmentos da sociedade, que discutiu as origens e as necessidades da legislação em grupos de debates e fóruns, através de um rico processo de construção participativa que contou com vários momentos de organização e acumulação de forças, anteriores inclusive ao que passamos a relatar a seguir e que omitiremos, a despeito do seu valor histórico e simbólico para análise do processo de construção participativa, em razão da necessidade de resumo da narrativa do processo em linhas gerais.

Em 2008, nos marcos de um conflito social e político, no qual a mídia se posicionou frontalmente contra a posição do Governo, o Poder Executivo argentino pôs em discussão o sistema de meios de comunicação no país. O conflito com os veículos de comunicação se acentuou quando a presidenta Cristina Fernández Kirchner se indis pôs com corporações agropecuárias ao editar a Resolução 125/08 que definia critérios para a retenção de divisas geradas no país por exportações de cereais e oleaginosas, especialmente a soja. A medida gerou forte reação no setor patronal em um movimento que durou pouco mais de quatro meses, entre março e julho de 2008 e que contou com apoio dos veículos nacionais de mídia. A cobertura midiática mostrou-se tendenciosa contra o governo e recebeu críticas dos especialistas, comunidade acadêmica e agentes dos órgãos de controle da publicidade.

A Universidade de Buenos Aires (UBA), por exemplo, emitiu resolução onde repudiava as expressões discriminatórias constantes na cobertura midiática, recomendava que o COMFER, órgão regulador das comunicações na época, realizasse campanhas sobre a existência de normas contra a discriminação na comunicação e pesquisasse se durante a cobertura houve difusão de conteúdo antidemocrático ou de questionamento a vigência do estado de direito. O documento solicitava, ainda, que as entidades de jornalistas realizassem um chamado aos seus membros alertando para a falta de ética e a responsabilidade no tratamento da informação<sup>97</sup>.

Neste cenário de discussão sobre o papel dos veículos de comunicação na cobertura da política e das ações do governo, a presidente Cristina Kirchner decidiu enviar ao Congresso Nacional um projeto de lei redigido com base no documento 21 Pontos por uma Nova Lei de Radiodifusão para a Democracia, apresentado por organizações populares como sindicatos de jornalistas, universidades, organizações sociais, rádios comunitárias, pequenas rádios comerciais e organismos de direitos humanos, reunidos em uma iniciativa denominada Coalizão por uma Radiodifusão Democrática.

Na condição de primeira entidade convidada pela presidenta para discutir as bases da Reforma, a Coalizão recebeu o anúncio governamental de que o novo projeto de lei para a área iria se basear nos 21 pontos (Segura, 2011), o que gerou forte mobilização junto à sociedade. Segundo Nestor Busso, um dos fundadores da frente, “praticamente em todo o país, durante abril, maio e junho (de 2008), se realizaram atividades de instalação pública e debate dos 21 pontos e da necessidade de um projeto de lei que substitua o da ditadura” (BUSSO, 2011, p. 29, tradução nossa).

---

97 Ver ata da reunião do Conselho Diretor da Universidade de Buenos Aires. Disponível em: <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/acta-03.081.pdf> Último acesso em 12/12/2014

No processo de construção da LSCA, a Coalizão teve participação ativa em duas frentes de ação: pressionar governo e Parlamento para participar da redação do novo projeto de lei da radiodifusão e, por outro lado, incidir diretamente sobre a opinião pública buscando angariar apoio em torno dos pontos propostos. Durante aproximadamente quatro meses o projeto de lei passou por consulta à população, em diferentes cidades, através de 24 fóruns participativos. “Neles participam umas dez mil pessoas, que realizam 1.200 contribuições à proposta, que logo se somariam como anotações ao texto do Projeto de Lei” (BUSSO, 2011, p. 31, tradução nossa).

Com o envio do Projeto de Lei ao Congresso Nacional os debates passam a se dar também no âmbito das Casas Legislativas. Na Câmara dos Deputados e no Senado, longas audiências públicas – das quais participaram também os membros da Coalizão, assim como especialistas em Direito e Comunicação e representantes dos empresários – marcaram a discussão do Projeto de Lei. Posteriormente, o projeto foi aprovado na Câmara em 16 de setembro de 2009 e no Senado em 10 de outubro de 2009; aprovado por maioria nas duas Casas.

Com a sanção da LSCA, implantar e garantir a entrada de meios sem fins de lucros na atividade de radiodifusão, assim como legalizar e garantir a permanência dos meios que operavam clandestinamente, torna-se uma atividade complexa e que envolve pelo menos três espaços possíveis de análise: a gestão pública; a gestão de entidades responsáveis pelos meios sem fins de lucro e a percepção e atuação de veículos de comunicação alternativa.

O que se percebe, a partir da revisão bibliográfica e das entrevistas realizadas para nosso trabalho de dissertação<sup>98</sup> é que

---

98 SANTOS, Ana Cristina Gonçalves dos. Financiamento para mídia alternativa: a sustentabilidade dos meios sem fins de lucro a partir da Lei de Meios na Argentina. 2016. 119 f., il. Dissertação (Mestrado em

com a aprovação da Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual as organizações se viram diante de uma realidade na qual precisavam responder ao desafio de ocupar o espaço que lhes foi destinado, um terço do espectro, na prestação de serviços de radiodifusão e manter, num plano mais amplo, as pressões pela democratização da comunicação, compreendida como a garantia ao direito humano de procurar, receber e divulgar informações e ideias oralmente ou através de qualquer meio de sua escolha; ou como exposto no Relatório da Comissão MacBride, um processo no qual o individual passa a ser um elemento ativo, com maior consciência de seu papel de representação social. (MACBRIDE, 1987).

## **5.2 A disputa judicial**

Com a aprovação da Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual, em 26 de outubro de 2009, o Grupo Clarín arguiu judicialmente os artigos 41, 45, 48 e 161 da Lei. Os questionamentos diziam respeito à restrição ao acúmulo de licenças de ar e de cabo, ao desconhecimento dos direitos adquiridos e à obrigação de se desprender de suas licenças antes do vencimento do prazo original com que haviam sido outorgadas. Ao longo de quatro anos o debate sobre a constitucionalidade da lei aconteceu em várias instâncias, como se pode ver resumidamente nos parágrafos a seguir.

No dia 15/12/ 2009 o juiz Edmundo Carbone ditou uma medida cautelar contra a aplicação dos artigos 41 e 161 da LSCA ao Grupo Clarín e deixou suspensa a obrigação de desprender-se de algumas licenças para adequar-se a lei que devia realizar-se em um ano a partir de sua promulgação, em setembro de 2010.

---

Comunicação)—Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2016. Disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/20964>

O Estado Nacional apelou à medida perante a Sala 1 da Câmara Nacional de Apelações no Civil e Comercial Federal, que posteriormente confirmou a medida somente com respeito ao artigo 161 da lei 26.522.

Em 5/10/2010 o Estado Nacional interpôs recurso extraordinário federal perante a Suprema Corte de Justiça, o qual foi rejeitado por falta de sentença definitiva. Em seguida, em 09/10/2010 o juiz de primeira instância rejeita a fixação de um prazo, mas logo a Câmara de Apelações impõe um prazo de 36 meses para a vigência da cautelar apresentada pelo Clarín, contados a partir da notificação da demanda. O Estado Nacional novamente interpôs um recurso extraordinário, cuja negativa motivou a apresentação de queixa perante a Suprema Corte de Justiça da Nação solicitando a revogação da cautelar.

Em 22/05/2012, diante da extensão que toma a vigência da medida cautelar, a Suprema Corte de Justiça decidiu definir a data de 7 de dezembro do mesmo ano como limite para a cautelar apresentada pelo Clarín. Em 29/11/2012 o Grupo Clarín voltou a pedir uma medida cautelar, mas a Corte declarou “inadmissível” essa solicitação.

Em 6/12/2012, um dia antes da data fixada pela Suprema Corte para vencimento da cautelar que beneficiava o Grupo Clarín, os juízes Francisco de las Carreras e Susana Najurieta, da Sala 1 da Câmara Civil e Comercial Federal, estenderam a medida cautelar que mantinha suspenso o artigo 161 da LSCA “até que se dite uma sentença definitiva na causa”.

Em 14/12/2012 o juiz federal do Juizado 1 no Civil e Comercial, Horacio Alfonso, declarou constitucionais os artigos da Lei que haviam sido questionados pelo Grupo Clarín, resolvendo assim sobre a chamada “questão de fundo” e deixando sem efeito todas as medidas cautelares anteriores.

Em 17/04/2013 a Câmara no Civil e Comercial declarou a inconstitucionalidade parcial da norma. Invalidou parte dos dois artigos que concentram as medidas antimonopólicas da lei (o 45

fixa os limites à concentração de licenças e o 48 diz que na posse de uma licença não há um direito adquirido) e confirmou a constitucionalidade dos artigos 161, que fixa o prazo de desinversão de um ano, e do 41, que impede a transferência de licenças. O Governo apelou perante a Suprema Corte.

Em 02/07/2013 a Suprema Corte de Justiça enviou a Procuradora Geral da Nação, Alejandra Gils Carbó, a causa pela LSCA para que emitisse opinião sobre a declaração de uma inconstitucionalidade parcial decretada pela Câmara Civil e Comercial Federal. A Procuradora se pronunciou dez dias depois a favor da constitucionalidade da lei e aconselhou a Suprema Corte que revogasse a decisão da Câmara Civil e Comercial que declarou inconstitucionais parte dos artigos 45 e 161 por “evidenciar graves defeitos de fundamentação e raciocínio que impedem considerá-la como ato jurisdicional válido”.

Nos dias 28 e 29/08/2013 a Suprema Corte de Justiça realizou uma audiência pública na qual escutou os argumentos das partes e de “amicus curiae” que se pronunciaram a favor e contrários a constitucionalidade da lei.

Finalmente, no dia 29/10/2013 a Suprema Corte de Justiça declarou a constitucionalidade da Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual.<sup>99</sup>

A Suprema Corte da Argentina desconsiderou, portanto, em sua decisão pela constitucionalidade, o argumento do Grupo Clarín de que seu tamanho e rentabilidade eram imprescindíveis ao exercício da liberdade de expressão. De acordo com Martín Becerra (2013), em nota ao jornal La Nación, embora não avaliasse a qualidade da norma, a decisão judicial enfatizou que a liberdade de expressão requer um debate público robusto e regulação ativa para promover o acesso aos meios.

---

99 Dados checados a partir da narrativa do Jornal Página 128

A decisão sustenta que as pautas se ajustam a critérios de razoabilidade, de proporcionalidade e de idoneidade. E que não corresponde a Corte julgar se os limites a concentração são adequados ou eficazes. A Corte também questionou o Governo em vários parágrafos, apontando, por exemplo, que o Estado pode afetar a liberdade de expressão quando atua discricionariamente na distribuição de publicidade oficial.

## **6. Um direito fundamental**

A disputa judicial acerca dos artigos da LSCA é apontada como uma das principais razões para que a LSCA não fosse integralmente implementada. No entanto, outras razões se mostraram como verdadeiros entraves à instituição da Lei que após cinco anos de aprovada mantinha, ainda, vários pontos carentes de regulamentação e órgãos e espaços previstos em seu texto em fase incipiente de estruturação. Entre os fatores apontados estão, além da ausência de regulamentação, o não cumprimento da garantia de 33% do espectro radioelétrico para meios sem fins de lucro. A dificuldade para elaboração do plano técnico de frequências, a demora na concessão de licenças aos meios sem fins de lucro e a demora em definir e conceder fundos de fomento previstos na LSCA também surgem como problemas de ordem técnica e política.

Este artigo não pretende se deter no caso da Argentina, tampouco aprofundaremos os efeitos da Lei na garantia do Direito à Comunicação. Nosso objetivo ao colocarmos o caso em tela é tão somente observar, no plano mais concreto, como se dá as iniciativas para tornar material um direito reclamado e essencial.

O caso analisado não é um episódio isolado. Outros países a exemplo de Uruguai e Venezuela, para citar alguns, possuem leis de comunicação que procuram observar os indicadores internacionais dos Direitos Humanos em suas constituições. Do mesmo modo essas leis tiveram artigos questionados judicialmente a

partir da perspectiva da lógica de mercado e igualmente receberam dos seus tribunais superiores pareceres de constitucionalidade, primando pelo direito coletivo e pelo melhor interesse do ser humano e seu desenvolvimento individual e social.

O direito à comunicação, embora não esteja elencado como um direito prioritário é determinante na formação de um povo e no seu crescimento enquanto sociedade. É papel do Estado interferir na conjuntura política e econômica para garantir esse direito que para além dos benefícios individuais são imprescindíveis para que um povo possa se expressar política e culturalmente, se expandir e se transformar, e seguir de modo contínuo e coletivo construindo a sua identidade.

## Referências

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ARGENTINA. Lei nº 26.522, de 10 de outubro de 2009. Dispõe sobre serviços de comunicação audiovisual. Buenos Aires. 2009

BARBOSA, Gustavo Guimarães; RABAÇA, Carlos Alberto. Dicionário de comunicação. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

BECERRA, Martin; MASTRINI, Guillermo. (Coord) Periodistas y Magnates: Estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina. Buenos Aires: Prometeo Libros. 2006

\_\_\_\_\_. Recalculando seis anos de la ley de audiovisual. 2015. Disponível em: <https://martinbecerra.wordpress.com/2015/10/09/recalculando-seis-anos-de-la-leyaudiovisual/> Acesso em 10/02/2016

\_\_\_\_\_. Com V de Vendetta Macri interviene em Afsca y Afstic. 2015ª. Disponível em < <https://martinbecerra.wordpress.com/>

com/2015/12/23/con-v-de-vendetta-macri-intervieneafsca-y-aftic  
> Acesso em 10/02/2016

\_\_\_\_\_. Como ordenar el desmadre de la publicidad oficial. 2016.  
Disponível em <https://martinbecerra.wordpress.com/2016/02/09/como-ordenar-el-desmadre-de-lapublicidad-oficial/> Acesso em 10/02/2016

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989

BOLAÑO, Cesar; BRITTOS, Valério; JAMBEIRO, Othon. Comunicação, informação e cultura: Dinâmicas globais e estruturas de poder. Salvador: EDUFBA. 2004

BUSSO, Nestor. La Cocina de la Ley: El proceso de incidencia en la elaboración de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual em Argentina. Buenos Aires: Foro Argentino de Radios Comunitárias. 2011. Disponível em <<http://www.villamanuelita.org/lacocina/La%20Cocina%20de%20la%20Ley%20.pdf>> Acesso em 15/11/2014

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016

DEWEY, John. Democracy and education: an introduction to the philosophy of education. New York: The Free Press, 1966

FAGUNDES, J. e PONDÉ, J. Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência: Notas Introdutórias. Texto para Discussão nº1, Cadernos de Estudo, Universidade Cândido Mendes, 1998.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, 42.<sup>a</sup> edição.

GOMES, Raimunda Aline Lucena. *A comunicação como direito humano: um conceito em construção*. 2007. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3546>

HORWITZ, Robert Britt. *The Irony of Regulatory Reform: The Deregulation of American Telecommunications*. New York: Oxford University Press, 1989.

LARA, Glauciene Diniz. *Desconcentração na Comunicação Audiovisual Argentina: três anos de tensões pela implementação da Lei de Meios*. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social). Faculdade de Comunicação Social, Universidade de Brasília. Brasília. 2013.

LIMA, Venício. *Regulação da Comunicação. História, poder e direitos*. São Paulo:Paulus.2011

\_\_\_\_\_. *Para garantir o direito à comunicação*. São Paulo: Perseu Abramo, 2014.

\_\_\_\_\_. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Perseu Abramo, 2001

MCCHESENEY, R. *Mídia Global, neoliberalismo e império*. In: MORAES, D. de (Org) *Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder*. Rios de Janeiro: Record, 2003.

MORAES, Denis. *La Mirada desde América Latina*. In BARRANCHUK, M e USÉ, Ley 26.522: *hacia un nuevo paradigma en comunicación audiovisual*.

SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs). Políticas públicas; coletânea - Brasília: ENAP, 2006

SANTOS, Ana Cristina Gonçalves dos. Financiamento para mídia alternativa: a sustentabilidade dos meios sem fins de lucro a partir da Lei de Meios na Argentina. 2016. 119 f., il. Dissertação (Mestrado em Comunicação)—Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2016. Disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/20964>

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45

THOMPSON, John B. Ideologia e Cultura Moderna: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes. 1990

\_\_\_\_\_. Mídia e Modernidade: Uma teoria social da mídia. 14ª ed. Petrópolis: Vozes. 2013

UNESCO. Um mundo e muitas vozes: comunicação e informação na nossa época. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983

\_\_\_\_\_. Documentos de la conferencia intergubernamental sobre Políticas de Comunicación en America Latina y el Caribe. Nueva Sociedad, nº 25, julio/agosto de 1976.

# REFORMA NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO: O CONTEXTO DOS TEXTOS

*Nadine Gualberto Agra<sup>100</sup>*

## 1. Introdução

**P**ara o pesquisador pensar acerca da história viva é sempre uma tarefa desafiadora, por aumentar o risco de incorrer em erros e análises que, no decorrer dos acontecimentos, poderão não mais condizer com a realidade dos fatos. No entanto, cabe aos estudiosos demarcar seus objetos de estudo no tempo e no espaço, com o fito de não permitir que esses fatos se percam ou sejam inseridos na história envolto por nuvens que os impeçam de ser enxergados de forma clara e límpida.

Devida o curto espaço de tempo de vigência da norma, prudente se faz não pensar em seus impactos. Nesse sentido, pretende-se pensar aspectos da Lei 13.429, de 31 de março de 2017, a Lei da Terceirização, e da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, a chamada reforma trabalhista, na perspectiva de demarcar o contexto sócioeconômico no qual foram inseridas, enfatizando os aspectos que favoreceram o advento da lei de forma tão célere e com o mínimo de resistência. Pretende-se, portanto, não exercer o papel de “boca da lei”, mas adentrar no contexto e menos no texto

---

100 Bacharel em Direito e Ciências Econômicas. Doutora em Sociologia do Trabalho. Professora de Direito do Trabalho da Unifacisa. Pesquisadora do Observatório do Mercado de Trabalho (Ministério do Trabalho/UFCEG).

em si, ampliando a perspectiva hermenêutica, de modo que as mudanças da lei trabalhista sejam percebidas em confronto com a realidade laboral na qual o país encontra-se inserido.

O presente artigo, desse modo, tem como objetivo analisar as mudanças na legislação trabalhista brasileira no contexto de crise e seus devidos reflexos no mundo do trabalho. Para tanto, parte-se de um breve consideração acerca das crises no sistema capitalista, para então, analisar os reflexos das crises no cotidiano da classe trabalho, notadamente, os trabalhadores brasileiros e como esse contexto veio refletido na lei. Por fim, as considerações finais foram tecidas num confronto de aspectos da reforma trabalhista com os Direitos Sociais previstos na Constituição Federal.

## **2. Dinâmica cíclica do sistema capitalista**

De modo inicial, pode-se dizer que crises são interrupções no curso da reprodução ampliada do capital. Interpretando os diversos textos nos quais Marx se referiu à crise, pois, não há um texto específico sobre o assunto, Gorender & Almeida (1961) citam que, a partir do início do Século XIX, a reprodução do capital foi interrompida por várias crises. Em carta, de 17 de dezembro de 1857, Engels escreve a Marx: *A crise inquieta-me de maneira infernal. Todos os dias os preços baixam. Manchester afunda-se cada vez mais na crise* (ENGELS apud BENSAID, 2009).

Instigado por tais inquietações, Marx se colocou a pensar sobre as crises do modo de produção capitalista de maneira oposta aquela dos economistas burgueses, principalmente, Jean Batiste Say, para o qual havia uma identidade imediata entre oferta e demanda, pelo fato do mercado ser um informador perfeito para as intenções de produção do empresário. (BENSAID, 2009).

Em contraponto à economia política clássica, para Karl Marx, as crises são algo inerente ao capitalismo e inevitáveis, pois, são manifestações das suas contradições, notadamente, da

contradição fundamental do modo de produção capitalista, qual seja: o caráter social da produção e sua forma privada da apropriação. As crises emanam, assim, da necessidade de lucro, que engendram a reprodução capitalista de forma ampliada. Daí, ser da reprodução ampliada as condições e possibilidades de crises no capitalismo.

Detalhadamente, para uma melhor compreensão, ocorre da seguinte maneira: o capitalista não consome com produtos supérfluos e luxos tudo que ganha, mas investe parte do seu lucro no processo produtivo, criando as condições para aumento da produtividade do trabalho e, conseqüentemente, da produção. D a n d o continuidade ao processo, impulsionados pela concorrência, cada capitalista tende a ampliar seu capital constante (inovando em máquinas e equipamentos), reduzindo, assim, o capital variável (a força-de-trabalho empregada no processo produtivo). Como resultado: as mercadorias são produzidas em quantidades maiores que aquelas que podem comprar os trabalhadores – a produção continua a aumentar enquanto o mercado reduz. (BENSAID, 2009).

E, por que isso ocorre?

À medida que o capitalista altera a composição orgânica do capital, ou seja, a relação entre o capital constante e o capital variável, menos pessoas tendem a ser empregadas, logo, a massa salarial da economia reduz e, com isso, reduz o poder de compra dos trabalhadores. Gera-se, assim, um excesso de mercadoria. Mesmo sem vender a mercadoria, o crédito permite que novos ciclos de produção sejam iniciados. Produz-se mais mercadorias sem o escoamento da produção anterior. (BENSAID, 2009). Diferentemente, portanto, do período pré-capitalista, quando as crises decorriam de carências, por conta de catástrofes naturais, guerras ou calamidades, as crises capitalistas são, portanto, crises de superprodução. Desse modo, há uma oposição entre a organização de cada empresa isoladamente e o caráter anárquico da

produção capitalista no seu todo. (GORENDER & ALMEIDA, 1961).

Ocorre, assim, o mecanismo denominado por Marx de *tendência decrescente a queda da taxa de lucro*, o que não é percebido pelo capitalista, que baseia sua taxa de lucro no capital total, ou melhor, em relação ao que excedeu do capital total adiantado. (HUNT, 1981). O capitalista procura compensar a tendência da queda da taxa de lucro com o aumento da massa de lucro, aumentando ainda mais a produção.

No Livro II, de O Capital, onde trata do processo de circulação das mercadorias, Marx indica que durante as crises de superprodução há uma descontinuidade entre produção e circulação pela busca do lucro. Logo, rompe-se a conversibilidade do capital da forma mercadoria para forma dinheiro, o que impede a realização da mais-valia produzida pela força-de-trabalho ao longo do processo produtivo. Em paralelo, o dinheiro assume uma forma de existência autônoma do valor-de-troca, à medida que o dinheiro cresce no circuito de crédito, sem que seja necessário passar pelo processo produtivo, não percorrendo o ciclo completo das suas metamorfoses. Assim, na economia capitalista, se não há venda, há crise: primeiro, a crise da disjunção da compra e venda; segundo, a crise da função do dinheiro como meio de pagamento que assume forma autônoma<sup>101</sup> (BENSAID, 2009).

Diferentemente do que acreditava os economistas clássicos, embevecidos pelas promessas da modernidade, o modo de produção capitalista não tende ao progresso, mas sim, desenrola-se intercalando fases de crescimento econômico com crises, ou seja, possui um caráter cíclico. Ciclos esses que se sucedem a partir das seguintes fases: 1) crise, 2) depressão, 3) reanimação e 4) ascenso. De maneira prática, inicialmente, ocorre o estoque de mercadorias e a redução da produção. Como efeito, os trabalhadores passam

---

101 Nesse caso, fala-se do capital financeiro.

a perder seus postos de trabalho – desemprego, do mesmo modo que empresas de pequeno e médio porte não mais conseguem suportar a concorrência – falência. Além disso, como as empresas perdem suas condições de pagamento, há uma redução da oferta de crédito. Enfim, queda do valor das ações e das bolsas de valores.

A depressão é a fase imediata à crise, quando a produção se encontra estagnada, os estoques começam a ser destruídos pelos preços baixos e há uma abundância de capital livre. Os capitalistas buscam reduzir os custos de produção. Objetivo que é alcançado pelas seguintes vias: aumento da exploração do trabalho, queda dos salários (permitida pelo desemprego), avanço tecnológico e aperfeiçoamento da técnica. Tal renovação do capital fixo impulsiona a demanda nos ramos produtores de equipamentos, que passam a demandar matéria-prima e força-de-trabalho. Dá-se o início da passagem para reanimação.

Na fase da reanimação, por sua vez, os capitalistas retomam a ampliação da produção, os preços voltam a subir e o lucro é ampliado. O Ascenso ocorre quando a produção ultrapassa os níveis de produção anteriores a crise. Nessa fase, ocorre a ampliação dos níveis de investimento, como também, há uma ampliação dos empréstimos bancários<sup>102</sup>.

Importante destacar, ainda, que as crises capitalistas, além de cíclicas, se manifestam, ao longo da história do capitalismo, com maior profundidade e maior força destruidora. Desse modo, crises curtas, localizadas em atividades ou setores econômicos, como as primeiras do Século XIX, estenderam-se para o todo da economia, como a primeira crise geral de 1825. Depois, as crises vão alcançando outros países da Europa e Estados Unidos, a exemplo

---

102 Que nessa breve descrição do movimento cíclico do capitalismo, para fins meramente didáticos, não fique a impressão de que esse processo ocorre do modo linear e seguindo uma ordem “natural” do mercado. Pelo contrário, ao longo da história, para saída efetiva das grandes crises, houve adoção de políticas estatais anti-cíclicas.

das crises de 1847, 1848, 1857 e 1873. Essa último sendo o marco da passagem para economia monopolista. (GORENDER &ALMEIDA, 1961).

No Século XX, pode-se destacar a Grande Depressão<sup>103</sup> (1929-1933), como a principal responsável pelo confronto do mito do progresso, à medida que desnudou as imperfeições do mercado e sua incapacidade de retorno ao equilíbrio sem a interferência do Estado. Uma mudança de paradigma teórico introduziu, definitivamente, as crises e o desemprego na análise da economia capitalista, passando esse a ser percebido não como um eterno por vir de dias melhores, mas como um ciclo de prosperidade e depressão, intercalados por momentos de reestruturação para retomado das taxas de lucro.

O pensamento da Escola da Regulamentação é fundamental para compreensão de tal dinâmica. Segundo Harvey (2011), o capitalismo vem demonstrando fluidez e flexibilidade suficiente para superar todos os limites. Isso ocorre porque, historicamente, vem superando as barreiras que são postas a expansão da taxa de lucro pelas próprias contradições internas. Na tentativa de superação, o capital acelera a velocidade de circulação, amplia-se no tempo e no espaço (como exemplo, a dominação imperialista e a criação constante de novos produtos e serviços), como também, cria nexos entre o Estado e as finanças, de modo que subsídios e gastos públicos sejam ampliados. Enfim, organiza normas, hábitos, leis, formas de controle sobre o trabalho, necessidades de consumo, tecnologias e redes de regulamentação que garantam a unidade do processo de lucratividade ampliada. (HARVEY, 2006).

---

103 Outras grandes crises do Século XX: a Crise do Estado de Bem-estar Social, nos anos 1970 e as Crises do México e dos Tigres Asiáticos, nos anos 1990. E, já no presente Século, a última grande Crise financeira de 2008, iniciada nos EUA, com desdobramentos globais.

Sob as lentes de David Harvey, pode-se afirmar que a tendência à queda da taxa de lucro é combatida por meio de uma reestruturações no setor privado e na forma de atuação do Estado, que implica em mudança nas formas de regulamentação da atividade econômica. Processo claramente percebido a partir dos anos 1970, com a Crise do Estado de Bem-estar Social, quando o modelo fordista torna-se inadequado a produção capitalista e passa a ser, paulatinamente, substituído pelas formas de acumulação flexíveis, como denominado por Harvey (2006).

Acumulação flexível, basicamente, implica no desmembramento dos processos produtivos de grandes empresas pelo mundo, uso de tecnologia de ponto, adoção de novas formas de gerência da força de trabalho e retomado dos ideais apregoados pelo liberalismo clássico, conduzindo à expansão do mercado nos diversos setores da vida social. As conquistas no período Keynesiano-fordista, de Estado forte e direitos sociais, tornaram-se um empecilho a retomada da produtividade, notadamente, os direitos trabalhistas e os altos salários conquistados, interpretados, a partir de então, como custos elevados para a classe empresarial.

Contudo, sendo cíclico, a fase neoliberal que se estende ao longo dos anos 1980 e 2000 no capitalismo mundial<sup>104</sup> esgota-se com a Crise financeira de 2008<sup>105</sup>, que teve o mercado financeiro norte-americano como ponto nevrálgico, mas que termina por repercutir em todo mundo capitalista desenvolvido ou não. Crise essa, ainda vigente e ainda promotora das devidas reestruturações.

No Brasil, os efeitos da referida crise passam a ser sentidos, efetivamente, a partir de 2014, visto que o país vinha vivenciando políticas neo desenvolvimentistas, com ampla condução do Estado dos rumos da economia e na garantia de direitos

---

104 No Brasil, nos anos 1990, principalmente, após as reformas liberais do governo Fernando Henrique Cardoso.

105 Ver Harvey (2011).

sociais, que reduziram os impactos da crise mundial na realidade interna. No entanto, processo esgotada a partir da crise financeira do Estado e da retomada inflacionária, efeitos bem aproveitados como “pano de fundo” para articulação de um pacto promotor de uma contra-reforma nacional que resultou com a retirada da Presidente da República do poder. A crise econômica, agrega-se a crise política, institucional e moral da realidade brasileira, com seus devidos reflexos no mundo do trabalho, como será demonstrado no próximo item.

### **3. O contexto da Reforma Trabalhista**

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço na conquista das garantias e direitos dos trabalhadores brasileiros. De acordo com Delgado (2017), o modelo justtrabalhista brasileiro foi apropriado das experiências autocráticas europeias, basicamente, fundado no fascismo italiano. Sendo assim, na história brasileira, sempre preponderou as formas heterônomas do conflito trabalhista, fundado no Estado.

A Constituição de 1988, portanto, impulsionou uma democratização da administração do conflito social no país. Segundo Delgado,

A Constituição da República criou as condições culturais, jurídicas e institucionais necessárias para superar antigo e remitante nóculo do sistema trabalhista brasileiro do Brasil: a falta de efetividade do seu direito individual do trabalho. Ao reforçar a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, a par de garantir o manejo amplo de ações coletivas pelos sindicatos, o Texto Máximo de 1988 acentuou a relevância da política pública de contínua inserção econômica e social dos indivíduos, por meio do Direito do Trabalho,

no contexto da redemocratização da sociedade civil (DELGADO, 2017, P. 128).

Enfim, o direito do trabalho foi constitucionalizado, adquirindo o status de direito fundamental. Foi retirado de seu local delimitado, passando a lançar influência sobre a cultura jurídica do país. Caminhou positivamente na garantia da dignidade humana como princípio, na isonomia entre cidadãos e entre os trabalhadores brasileiros. Negou a matriz individualista e primou pelos princípios da igualdade material (DELGADO, 2017).

In verbis,

Art. 6º 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<sup>106</sup>.

Já nos anos 1990, com a adoção dos preceitos do Consenso de Washington<sup>107</sup> como indutores das reformas neoliberais implementadas no país, que, segundo discurso oficial, conduziria o país a modernização, a Constituição Federal começa a ser emendada, mudando sutil e imperceptivelmente, seu viés cidadão. Como resultado, ao final do Era FHC, o país vivenciava uma grave crise social, com altos níveis de desemprego e concentração de renda, que, de certa forma, facilitaram a eleição do Presidente oriundo da classe trabalhadora, Luiz Inácio Lula da Silva, após três derrotas na corrida presidencial.

---

106 Redação pela Emenda Constitucional 90/2015, que incluiu o transporte no rol dos direitos fundamentais.

107 Conjunto de medidas neoliberais recomendadas como estratégias para combater as crises e a miséria dos países subdesenvolvidos. Elaborado pelo economista John Williamson, em 1989. Tornou-se a política oficial do FMI para os países da América Latina, nos anos 1990.

Nos anos 2000, os direitos sociais previstos na Constituição Federal tiveram um momento propenso e efetividade, mediante adoção de políticas de combate à fome, de habitação e de geração de emprego e renda, o que não cabe esmiuçar no presente estudo. No entanto, a partir de maio de 2016, o início do governo Temer, representa o desmonte de garantias e direitos fundamentais conquistados, efetivamente, com a Constituição Federal de 1988, após longo período de lutas e conquistas do período de redemocratização da política brasileira.

No que diz respeito, especificamente, ao direitos sociais, previstos no art 6º da Constituição Federal, o grande ataque governamental aos direitos sociais foi com a aprovação da PEC 241 (na câmara federal) e PEC 55 (no senado), aprovada em 15 de dezembro de 2016, como a Emenda Constitucional 95, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo um novo regime fiscal. Basicamente, a EC 95 congela os gastos sociais por 20 anos, à medida que, a partir de 2018, estipula como piso os valores realizados no ano 2017, apenas reajustados pela inflação.

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114:

Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (BRASIL, 2017, art 106).

Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

§ 1º Cada um dos limites a que se refere o **caput** deste artigo equivalerá:

I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e

II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. (BRASIL, 2017, art 107).

Quanto a seara justralhista, o direito do trabalho foi reformado por intermédio da aprovação, inicialmente, da Lei 13.429, de 31 de março de 2017, que alterou a Lei 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário e da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, alterando a Consolidação da Leis do Trabalho.

Os anseios de reforma do governo Temer encontraram solo fértil, adubado pela fragilidade do mundo do trabalho, agravada a partir da crise de 2015. Crise marcada, notadamente, pela alteração da dinâmica do mercado de trabalho, com o aumento do desemprego, queda de rendimentos, expansão do processo de informalidade e das formas de trabalho autônomo. Bem como, pelo enfraquecimento do poder de barganha dos sindicatos, desregulamentação, flexibilização e precarização das condições de trabalho.

Analisando uma série histórica do desemprego brasileiro, pode-se perceber um incremento da taxa de desemprego de 6,9%, em 2012, para 9%, em 2015 e 12%, em 2016. Todos os dados

referentes ao último trimestre do ano. (IBGE, Pesquisa Nacional de Amostra em Domicílio, 2018). Número que reflete a queda do PIB, que a partir de 2014, passou a apresentar desempenho negativo em torno de -3,8% (IBGE, Contas Nacionais, 2010). Em fevereiro de 2018, o número de desempregados no país alcançou os 13,1 milhões, o que representa uma taxa de desemprego de 12,6% (IBGE, PNAD, 2018).

Ainda, segundo os últimos dados divulgados pela Pesquisa Nacional de Amostra a Domicílio (PNAD), entre os anos de 2016 e 2017, houve um aumento de 5,2% do número de pessoas trabalhando sem carteira assinada (total de 10,7 milhões de pessoas). Bem como, houve a ampliação do número de trabalhadores que passaram a atuar por conta própria, ou seja, 1,07 milhão de pessoas passaram a atuar como trabalhadores autônomos entre o último trimestre de 2016 e 2017.

Somando-se aos dados de aumento do número de desempregados, da ampliação do trabalho autônomo e da informalidade, outro fenômeno que ascendeu no mundo do trabalho foi a terceirização trabalhista. Em 2007, havia 8,5 milhões de vínculos ativos nas atividades tipicamente terceirizadas. Número que alcança 12,5 milhões de pessoas em 2014 (TEM, RAIS, CAGED/ DIEESE, 2017).

É num cenário de perda de direitos sociais, desemprego e desregulamentação que a Lei da Terceirização e a Reforma Trabalhista entram no ordenamento jurídico nacional. O cenário de crise facilitou a ínfima resistência da massa de trabalhadores que, mesmo tendo consciência da perda de direitos, preocupava-se com a busca da sobrevivência diária, por não ter outra opção. Os empregados, permaneceram calados temendo perder o emprego, ao tempo em que os autônomos, já haviam encontrado forma de sobrevivência fora do mercado de trabalho formal.

As respostas do capitalismo mundial à Crise de 2008, finalmente, encontraram espaço para o pleno desenvolvimento

no Brasil. Ganhou força a retórica das condições necessárias a modernização mediante redução de custos empresarias, principalmente, com uma folha de pagamento que aparece como o grande entrave à retomada do crescimento nacional. Do mesmo modo, a ideia de empreendedorismo assume força, o “fazer-se por si só” e não mais esperar pelo emprego formal, muito menos pelo Estado, é visto como prática positiva. Os valores de mercado, por mais de uma década, tendo dividido espaço com o empoderamento de minorias, passaram a imperar como balizadores dos rumos da economia e da vida do povo brasileiro.

A partir desse contexto brevemente exposto, pois vários outros fatores poderiam ser detalhados, o que sairia das delimitações do presente estudo, passa-se, então, a destacar os principais aspectos da Lei da Terceirização e da Reforma Trabalhista que, acredita-se, mais impactarão nas condições de trabalho do país.

## **A terceirização Trabalhista e as alterações da CLT**

Sobre o termo terceirização, Delgado (2017) destaca como o resultado de neologismo oriundo da administração de empresas, que remete a um terceiro (no sentido de intermediário). No entanto, para o direito do trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação de trabalho da relação trabalhista. A relação trabalhista, tradicionalmente bilateral (BRASIL, CLT, 2017, arts. 2º e 3º), é consubstanciada numa relação trilateral composta pelo trabalhador, pela empresa terceirizante (quem contrata o prestador de serviços) e pela empresa tomadora de serviços (que contrata a empresa terceirizante). Trata-se, portanto, de uma relação de trabalho e não mais de uma relação empregatícia, no que diz respeito à empresa tomadora de serviços e ao trabalhador. Terceirização, em suma, é o processo pelo qual uma empresa contrata outra para prestar um determinado serviço.

Sendo um fenômeno do final do Século XX, a CLT, da década de 1940, fez menção a apenas duas formas de subcontratação: a empreitada e a subempreitada (**art. 455, CLT**), englobando a pequena empreitada (art. 652, a, III, CLT). Em fins dos anos 1960, é que a ordem jurídica nacional destacou o fenômeno da terceirização, especificamente, no setor público, caso de Decreto-Lei n. 200/1967 e da Lei n. 5.645/1970, diplomas que propiciaram a denominada descentralização administrativa.

A terceirização se estende ao campo privado com a permissão para trabalho temporário – Lei n. 6.019/1974 e a terceirização dos serviços de vigilância bancária, normatizada na Lei n. 7.102/1983.

Nos anos 1990, com o processo de privatização, novo ímpeto foi dado ao fenômeno da terceirização trabalhista, desta vez, nas concessionárias de serviços públicos. Logo, a Lei 9.527/1997 (que trata da concessão na área de telefonia) dispõe sobre a permissão de contratação de serviços de terceiros pelas concessionárias.

Contudo, as hipóteses de terceirização lícita eram consideradas exceção. Delgado (2015) destaca que a jurisprudência trabalhista incorporou uma forte orientação limitativa a expansão da relação trilateral de trabalho, considerando-a em seu aspecto excetivo, sendo regra os preceitos constitucionais e da CLT. Nos termos da Súmula 331, do TST, de 2011, as situações de terceirização lícitas eram: trabalho temporário; atividades de vigilância; atividades de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade meio do tomador. Nenhuma das hipóteses relativas à permissão de terceirização de atividades-fim – aquelas nucleares e essenciais para dinâmica empresarial.

O debate em torno da licitude ou não de contratação de atividades-meio ou fim se esvai com o advento da Lei 13.429/2017, de 31 de março de 2017 – Lei de Terceirização, que alterou dispositivos da Lei 6.019/1974, que dispunha sobre o trabalho temporário e, como consequência, sobre a terceirização (haja vista, tal fenômeno ser permitido apenas no âmbito do trabalho temporário).

Nos termos do art. 2º da nova Lei, é trabalho temporário aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário e posto à disposição de uma empresa tomadora de serviço, para atender a necessidade de substituição transitória de pessoal ou à demanda complementar (aquela oriunda de fatores imprevisíveis ou sazonais).

O trabalhador temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder o prazo de 180 dias, podendo ser prorrogado por até 90 dias. Passado esse prazo, não poderá ser colocada à disposição da mesma tomadora antes de 90 dias. Caso haja contratação, passa-se a caracterizar vínculo empregatício com a tomadora de serviço (BRASIL, 2017, art. 10).

Empresa de trabalho temporário, por sua vez, é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar serviços determinados e específicos. (BRASIL, 2017, art 4º- A). Essa empresa contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores. A empresa prestadora de serviço, de acordo com a nova lei, deve seguir alguns requisitos para o funcionamento, quais sejam: inscrição do CNPJ; registro na Junta Comercial e o capital social compatível com o número de funcionários de acordo com os seguintes parâmetros: até 10 funcionários: capital mínimo de R\$ 10.000,00; de 11 a 20 funcionários: capital mínimo de R\$ 25.000,00; de 21 a 50 funcionários: capital mínimo de R\$ 45.000,00; de 51 a 100 funcionários: capital mínimo de R\$ 100.000,00; Empresas com mais de 100 funcionários: R\$ 250.000,00 (BRASIL, 2017, art. 4º-B).

A empresa tomadora de serviços é a pessoa física ou jurídica que contrato o serviço da empresa de trabalho temporário (BRASIL, 2017,art 5º-A). Não podendo utilizar trabalhadores em atividades distintas daquela que contratou.

A grande novidade da Lei 13. 467/2017 se deu em função das atividades consideradas anteriormente ilícitas nos contratos de terceirização, ou seja, não há mais impedimento para contratação de atividade-fim, como dispunha a Súmula 331/TST.

Expressamente no art 9º, § 3º, o contrato de trabalho temporário pode versar sobre atividade-meio e atividade-fim, em qualquer ramo de atividade.

Art. 9º. § 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços. (BRASIL, 2017, art.9º).

Deixando, também expresso, a inexistência de vínculo empregatício entre o trabalhador temporário e a empresa contratante.

Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário. (BRASIL, 2017, art. 10)

Em termos de responsabilidade, segundo art. 5º-A, é responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade do trabalho. No entanto, “poderá” estender ao trabalhador temporário da empresa o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados. No tocante às obrigações trabalhistas, a responsabilidade da empresa contratante é subsidiária no período que ocorre a prestação de serviços<sup>1089</sup>. As obrigações previdenciárias observará o disposto na Lei 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da seguridade social.

Dando continuidade as alterações na regulamentação do trabalho, a Lei 13.467/2017, veio coroar a reformar iniciada com a lei supracitada. Aqui, não havendo condições, num único artigo,

---

108 Na Lei de trabalho temporário, Lei 6.018/1974, a responsabilidade era solidária, já alterado pela Súmula 331.

para esmiuçar toda mudança, optou-se por enfatizar os pontos que acredita-se representar os maiores impactos nas condições de trabalho no Brasil, a saber, o contrato de trabalho intermitente, a normatização do teletrabalho e a jornada 12X36.

A regulamentação do trabalho intermitente foi inserida no Título IV, nas disposições acerca do contrato de trabalho individual de trabalho, especificamente, nos arts 443 e 452-A, da CLT. Sendo assim, o contrato de trabalho passa a ser permitido por prazo determinado, indeterminado ou de prestação de trabalho intermitente (BRASIL, 2017, art 443, CLT). A definição do então trabalho intermitente ficou a cargo no parágrafo 3º do mesmo dispositivo supracitado, a saber,

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 2017, art. 452-A).

O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito. No mesmo contrato, o valor da hora de trabalho deve ser especificado, esse, não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais funcionários do estabelecimento, que exerçam a mesma função (BRASIL, 2017, art 452-A)

A convocação pode ocorrer por qualquer meio de comunicação, pelo menos com três dias de antecedência, quando se deve informar, qual será a duração da jornada. O empregado, por sua vez, tem o prazo de um dia útil para responder. O silêncio presume recusa (BRASIL, 2017, art 452-A, § 1º e §2º). O pagamento ocorre de acordo com o disposto no §6º:

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais. (BRASIL, 2017, art. 452-A).

A contribuição previdenciária e o FGTS ocorrerá com base nos valores pagos no mês (BRASIL, 2017, art 452-A, §8º). Quanto às férias, o empregado adquire o direito de usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado (BRASIL, 2017, art 452-A, §9º).

De acordo com comentário de Franco Filho (2018), no trabalho intermitente, a ausência de habitualidade não permite que o trabalhador desenvolva um sentimento de pertença para com a empresa, de modo que sinta-se estimulado ao trabalho. Além do mais, a ausência de uma remuneração fixa gera forte sentimento de instabilidade, o que repercute na saúde mental do trabalhador, propiciando maior desgaste mental.

Acrescenta-se ainda, o fato de trabalhador tender a assumir contratos de trabalho intermitentes com mais de um empregador, como um forma de complementar a renda. As incertezas que geram desgaste psíquico associa-se a desgaste física e a redução de sua tempo para lazer e convívio familiar. Em nada, portanto, contribuindo para melhoria da qualidade de vida do trabalhador e da sua família.

Na mesma esteira, o teletrabalho gera repercussões imediatas no estilo de vida do trabalhador, visto que esse passa a ter o lar invadido pelo trabalho, perdendo, com isso, as referências de hora

de descanso, de trabalho, de convívio familiar, além de, no longo prazo, promover o isolamento social do trabalhador. A reforma trabalhista incluiu o regime de teletrabalho entre as modalidades de trabalho sem fiscalização de jornada (art 62, inciso III, CLT). Teletrabalho, então, é definido da seguinte forma:

Art 75-B Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (BRASIL, 2017, art 75-B).

A modalidade deve aparecer expressamente no contrato de trabalho, onde também deve constar todas as atividades a serem desenvolvidas pela empregado. O regime de trabalho pode ser alterado mediante mútuo acordo (BRASIL, 2017, art 75-C).

Quanto a compra e manutenção de equipamentos e infraestrutura necessária, devem ser previstas no contrato escrito. Qualquer utilidade fornecida ao trabalhador pela empresa, não integram a remuneração do empregado, segundo art 75-C.

No que diz respeito à saúde do trabalhador e prevenção de acidente do trabalho, o empregador deverá instruir os empregados quanto às precauções a serem tomadas. O empregado deve assinar termo de responsabilidade, comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. Claramente, há uma transferência de responsabilidade do empregador para o empregado, como também, a uma transferência de custos, pois, mesmo fornecendo os equipamentos de tecnologia da informação, o trabalhador terminar por arcar com gastos de energia, internet banda larga, caso utilize seus próprios equipamentos, com a depreciação, etc.

A jornada 12X36 é outra novidade marcante na vida do trabalhador. A reforma trabalhista não alterou os marcos diários da hora extra, permanecendo duas horas por dia (BRASIL, 2017, art 59, caput, CLT). Porém, esse marco pode ser ultrapassado no caso do regime de compensação de jornada 12X36.

Art 59-A Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. (BRASIL, 2017, art 59-A).

Nesses termos, o pacto compensatório poderá ocorrer mediante escrito ou tácito, seguindo as regras dos regimes denominados como Semana Inglesa e Semana Espanhola. Na Semana Inglesa, a compensação ocorre dentro da própria semana da realização das horas extras. A Semana Espanhola, por sua vez, uma semana compensa a outra.

A remuneração mensal para jornada de trabalho de 12 horas ininterruptas abrangerá os pagamentos pelo descanso semanal remunerado, pelo descanso em feriado e pelas prorrogações da jornada noturna.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no **caput** deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação. (BRASIL, 2017, art 59-A, parágrafo único)

Desse modo, com a reforma trabalhista, todos os feriados trabalhados em regime de 12X36 serão compensados, não mais havendo o pagamento em dobro. O art 59-A considera compensada as horas trabalhadas para além das 5h da manhã, sendo assim, o trabalhador que cumprir uma jornada de 12X36 não mais terá direito ao adicional noturno. (BRASIL, 2017, art 59-A)

Quanto aos intervalos, a reforma permite que os intervalos de descanso sejam remunerados, podendo ser reduzindo para, no mínimo 30 minutos, o que abre espaço para que o trabalhador trabalhe, literalmente, doze horas ininterruptas, sem trégua para alimentação, por exemplo.

Abertas as possibilidades para realização de jornada de trabalho em doze horas ininterruptas, o reforma ainda permite a realização do trabalho em ambientes insalubres, mediante licença prévia das autoridades competentes ((BRASIL, 2017, art 59-A). Bem como, fica permitido ainda, a expansão da jornada de trabalho para além das doze horas, caso ocorra necessidade imperiosa, seja por motivo de força maior, seja para realização ou conclusão de serviço inadiável ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto ((BRASIL, 2017, art. 61). Excesso, inclusive, que permitido independente de convenção ou acordo coletivo.

A institucionalização da jornada de trabalho 12X36 fere, integralmente, as conquistas advindas das primeiras lutas da classe trabalhado por redução da jornada de trabalho. A tendência clara é de ampliação de acidentes de trabalho em função da fadiga por excesso de trabalho. Enfim, por intermédio dos institutos aqui escolhidos como demonstrativos, percebe-se a face dura e desmedida da reforma trabalhista, representando uma total inversão de valores do direito do trabalho brasileiro, que em muito perde seu caráter protetivo, assumindo, em contra partida, ares de garantias empresariais, fundamentadas em cálculo de custo benefício e não mais no princípio da equidade material.

A reforma fere não apenas os direitos individuais dos trabalhadores, mas também, os direitos coletivos, visto que as possibilidades de associações e reconhecimento como uma única categoria se esvaem na solidão das suas rotinas de teletrabalho ou no pouco convívio no ambiente laboral, à medida que apenas permanece nesse quando efetivamente está trabalhando. O trabalhador tende a não mais se reconhecer no outro, a ideia de coletivo torna-se cada vez mais distante. Consequentemente, enfraquecimento dos sindicatos e de formas associativas ou cooperativas de trabalho.

## **Considerações Finais**

Crises no capitalismo consistem em queda de lucratividade, fator que foge completamente da finalidade desse sistema de produção. Por isso, que crises conduzem a fases de reestruturação, principalmente, reestruturações empresariais e institucionais que reconduzam a ampliação do lucro e a novos períodos de fortalecimento.

O modo de regulamentação criado após a Crise do Estado de Bem-estar Social foi na direção aposta do modelo utilizado após a Grande Depressão e o Pós-Guerra. Nesses foi necessário o Estado para garantir as condições de rentabilidade do setor privado, inclusive, promovendo distribuição de renda para que o trabalhador se tornasse um consumidor e assegurasse mercado para a produção em série. No entanto, após as Crises do anos 1970 e de 2008, a economia não mais necessitava da intervenção direta do Estado, a intervenção, a partir de então, deve ser seletiva, ou seja, deve existir um Estado forte para o setor privado e mínimo para a promoção dos direitos sociais.

Antigas conquistas transfiguram-se em custos excessivos, que devem ser combatidos. Constituição cidadã, no mesmo sentido, transfigura-se em empecilho à modernização. Foi curto o

período de tolerância da elite brasileira ao texto constitucional progressista, como resultado, direitos sociais converteram-se em mercadorias, a exemplo da saúde, educação, segurança, transporte. Com isso, reduziu-se gastos públicos, deslocou-se os recursos para gastos financeiros e abriu-se novos ramos de atuação para o capital, novas perspectivas de maiores lucros. Sem a ameaça da Guerra Fria, o capitalismo não mais precisa garantir bem-estar social.

A força de trabalho, uma vez já mercantilizada, como premissa básica para surgimento do capitalismo, precisou, então, ser barateada. E assim o foi através do processo de substituição do homem pela máquina e perda de direitos. O mundo do trabalho passou a ser caracterizado pelo desemprego, precarização e flexibilização.

As mudanças no direito do trabalho brasileiro representa, nesse sentido, um invasão dos valores do mercado nessa seara. À medida que o direito do trabalho passa a servir aos interesses “modernizantes” da classe empresarial e menos aos interesses da classe trabalhadora e da sua organização coletiva.

A terceirização trabalhista facilita a flexibilização e a reestruturação produtiva de grandes empresas que passam a subcontratar empresas menores, dividindo sua produção pelo mundo e reduzindo custos de produção. Garante burlar a relação empregatícia ao criar a relação de prestação de serviços entre pessoas jurídicas. Além do mais, enfraquece, consideravelmente, o poder de articulação das categorias de trabalhadores, pois, essas passam a sofrer subdivisões no próprio ambiente de trabalho.

O Trabalho intermitente e a jornada de trabalho 12X36, por exemplo, são similares ao trabalho *just in time* toyotista, que busca moldar as jornadas de trabalho as necessidades da demanda. Atendendo aos interesses econômicos-financeiros de grandes empresas e não dos trabalhadores, que perdem condições de planejar sua rotina, sua remuneração mensal, gerando, assim, um véu de incertezas e instabilidade. Além da sobrecarga de trabalho, do

desgaste mental e físico, de problemas matrimoniais e familiares em decorrência de toda desestímulo e adoecimento da trabalhador.

O controle da jornada de trabalho é bruscamente atacado. As formas de extração de mais trabalho retornam aos moldes mais remotos da Revolução Industrial, onde as jornadas de trabalho eram ampliadas segundo as necessidades do empregador. Para economia melhorar a proteção ao trabalho regride, essa é a essência da reforma das leis trabalhistas, uma resposta conservadora à crise, conseqüentemente, concentradora e marginalizante.

Como resultado, toda instabilidade e incerteza geradas assumem a função de conter qualquer ímpeto de resistência da classe trabalhadora. Do mesmo modo, o desemprego atinge frontalmente a faculdade de agir dessa classe, seu direito subjetivo. Qualquer vontade ou interesse de agir são contidos pelo medo de perder o emprego. Não se acredita mais na política nem no coletivo, fazendo com que as pessoas busquem sua sobrevivência de forma isolada, as vezes, literalmente isoladas, como no teletrabalho.

Logo, percebe-se a tendência de fortalecimento do mercado ao término de cada crise, pois, a superação de uma crise implica na sobrevivência daqueles que concentraram e centralizaram seu capital pelo globo. Por outro lado, a classe trabalhadora perde capacidade de luta e organização. Em outras palavras, em momentos de crise, o desemprego e a precarização da condições de trabalho representam instrumentos eficazes de resignação, estado de ânimo dos trabalhadores brasileiros diante da reforma trabalhista.

## **Referências bibliográficas**

ALVES, Giovanni. **Trabalho e Subjetividade**. São Paulo: Boitempo, 2011.

BENSAID, Daniel. **Marx e as crises**. Disponível em: <http://www.marxists.org>. Acesso em: 29 jan.2016.

BRANCO, Rodrigo Castelo. **Social liberalismo: auge e crise da supremacia burguesa na era liberal**. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/leis](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis)>. Acesso em: 19 abril de 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional 95. Brasília/DF, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/leis](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis)>. Acesso em: 19 abril de 2018.

BRASIL. Lei 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/leis](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis)>. Acesso em: 19 abril de 2018.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/leis](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis)>. Acesso em: 19 abril de 2018.

CISNEIROS, Gustavo. A jornada de trabalho (jornada móvel variada; jornada 12X36; banco de horas; acordo de compensação). In: **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

COROZZA, Gentil. O todo e as partes: uma introdução ao método da economia política. In: **Revista estudos econômicos**, São Paulo, 26 (especial), pp. 35-50, 1996. Disponível em: <http://eleuterioprado.files.wordpress.com>. Acesso em: 29 jan.2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS. **Terceirização e Precarização das Condições de Trabalho**. Nota Técnica 172, 2017. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica>>. Acesso em 19 de abril de 2018.

DRUCK & FRANCO. **A Perda da Razão Social do Trabalho**: terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho Intermitente. In: MIESSA, Élisson. **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

GORENDER, Jacob & ALMEIDA, Josué. As crises econômicas. In: **Manual de economia política da academia de ciências da URSS** – Instituto de economia. Editorial Vitória, Rio de Janeiro, 1961. Disponível em: <http://www.marxists.org>. Acesso em: 29 jan.2016.

HARVEY, David. A transformação política-econômica do capitalismo do final do século XX. In: **A condição Pós-moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

\_\_\_\_\_. A crise. In: **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

HUNT, E.K. **História do pensamento econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1981.

LEITE, Márcia & ARAÚJO, Ângela. **O Trabalho Reconfigurado**. São Paulo: Annablume, Fapesp, 2007.

MARX, Karl. **As crises econômicas do capitalismo**. São Paulo: Edições Populares, 1982.

\_\_\_\_\_. O capital. Volume II. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

MOTA, Konrad Saraiva. Compensação de Jornada e Jornada Flexível. In: **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

PAULA, Hilda Maria Francisca de. Teletrabalho: desafios frente uma nova realidade. In: **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SANTOS, Enoque Ribeiro. A nova lei de terceirização – Lei 13.429/2017: um cheque em branco para o empresariado. In: **Revista Fórum Trabalhista**, nº 25. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/biblioteca>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.



# A INSEGURANÇA JURÍDICA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS NO ÂMBITO DOS PAÍSES DO MERCOSUL

*Fernando Antônio Vasconcelos<sup>109</sup>*

*Fernanda Holanda V. Brandão<sup>110</sup>*

*Ilany Caroline da Silva Leandro<sup>111</sup>*

## 1. Introdução

Com a adesão ao Tratado de Assunção, em 1991 os países da região denominada Cone Sul do Continente Americano, compreendendo o Brasil, Paraguai, Uruguai, Argentina e por último a Venezuela, membro desde 31 de julho de 2012, estreitaram os laços econômicos a partir da criação do bloco Mercado Comum do Sul - Mercosul, integrando os países-partes. Sendo o consumo uma realidade cotidiana, onde os indivíduos se revelam cada vez mais próximos dos atrativos do mercado, há a necessidade de se garantir aos sujeitos fragilizados da relação, respaldo protetivo nas relações de cunho consumeristas no âmbito do Mercosul.

---

109 Mestre e Doutor em Direito Civil pela UFPE. Professor da UFPB e do UNIPÊ (graduação e pós-graduação). E-mail: fer.mengo@uol.com.br.

110 Mestra e Doutora em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professora da UFPB e do UNIPÊ. E-mail: fernandahvbp@hotmail.com

111 Mestra em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba-PPGCJ/UFPB. Membro do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional-IDCC. E-mail: ynaica@yahoo.com.br.

A união estratégica dos países-membros visa, precipuamente, a construção de um mercado comum, para o fortalecimento de integração da região, especialmente nos aspectos ligados ao mercado de consumo que, ao que parece, não significa prioridade do bloco integrado, pois mesmo após duas décadas de criação do bloco, os consumidores mercosulino ainda não foram contemplados com normativa harmônica, como norte mínimo a ser seguido pelos Estados-partes, na tentativa de superar possíveis diferenças nas legislações.

Com vistas a garantir maior segurança jurídica, sobretudo aos consumidores brasileiros que já possuem legislação protetiva com caráter Constitucional prevista na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, que materializa o Código de Defesa do Consumidor, há a necessidade de harmonização legislativa mínima de normas consumeristas dos países integrados, cumprindo com os objetivos econômicos do bloco mercosulino.

A ausência de harmonização protetiva de cunho consumerista reflete tamanha insegurança jurídica, traduzida em instabilidade protetiva, uma vez que os consumidores, ao cruzarem as fronteiras nacionais rumo a qualquer país-parte, deixam de estar sob a égide do manto protetivo interno, passando a ficar na condição de desguarnecidos de proteção legal mínima a ser seguida pelos países pertencentes ao bloco.

Nesta esteia, com o intuito de equilibrar tal relação, que *per se* já nasce desequilibrada, há a necessidade de harmonização das normas de Direito do Consumidor dos países integrantes do bloco Mercosul, objetivando tanto a proteção do consumidor mercosulino, quanto o favorecimento da segurança jurídica nas contratações, gerando sensação de tranquilidade aos consumidores mesmo fora de seus respectivos territórios nacionais. A ausência de harmonização das normas consumeristas é um dos entraves ao crescimento socioeconômico do bloco Mercosul.

## 2. A defesa do consumidor como princípio da ordem constitucional brasileira

A Constituição Federal brasileira de 1988, Lei maior do Estado, é a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores no Brasil, garantindo sua existência e efetividade, preocupando-se com os vulneráveis<sup>1124</sup> de nossa sociedade, anunciando o surgimento do então Código de Defesa do Consumidor brasileiro no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevendo que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

A defesa do consumidor, missão do Estado brasileiro, está presente no capítulo relativo aos “direitos e deveres individuais e coletivos” do texto Constitucional, consistindo em direito fundamental positivado na atual Constituição Federal no Inciso XXXII, do art. 5º, notando-se claramente a preocupação do legislador em promover a proteção ao consumidor.

---

112 Para os autores Vasconcelos e Brandão (2008, p. 5), “por vulnerabilidade do consumidor, entende-se o estado da pessoa, o estado de risco ou um sinal de confrontação necessária com os interesses do mercado. É uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza ou enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo”. Já no entendimento de Filomeno (2007, p. 12), “por vulnerabilidade, há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica”. Ocorre que, de posse do produto ou serviço e tendo grande poderio financeiro, o fornecedor abre grande vantagem na relação, onde o consumidor, ora submetido às suas imposições, resta vulnerável e carente de proteção legal. Ainda sobre as assimetrias existentes entre fornecedor e consumidor, contribuem os autores Brito e Torres (2013, p. 88), afirmando que “além de resguardar direitos, o Código do Consumidor disciplina as relações entre consumidores e fornecedores, estabelecendo as diretrizes sobre as quais essas relações estarão assentadas, a fim de restabelecer o equilíbrio entre esses dois polos”.

Por estar incluso no *rol* dos direitos fundamentais, a defesa do indivíduo na condição de consumidor consiste em cláusula pétrea, assim disposto no art. 60, § 4º, IV, CF/88, que segundo o entendimento de Novellino (2009, p. 384), “trata-se de restrições impostas pelo poder constituinte originário ao poder reformador”, não sendo então, objeto de deliberação.

Na concepção de Nunes (2011, p. 111), “não se pode olvidar que é também cláusula pétrea como dever absoluto para o Estado a defesa do consumidor”. Portanto, há impossibilidade jurídica de proposta de emenda Constitucional tendente a abolir ou diminuir a eficácia da referida norma constitucional, “impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado” (SARLET, 2004, p. 77).

Sendo ainda, enfatizada pela Carta Magna como princípio da ordem econômica e financeira, previsto no artigo 170, V, que enfatiza a importância da defesa do consumidor nas relações de cunho econômicas. Consiste em Direito abraçado pela Lei Maior, que garantiu a existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil, possuindo eficácia seja contra o próprio Estado ou nas relações privadas.

Além do manto Constitucional, os consumidores brasileiros foram contemplados com a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, que rege especificamente as relações de consumo, onde traz o consumidor como parte vulnerável da relação. Levando em consideração que o consumo assume características peculiares no Direito Econômico, assim como a situação de vulnerabilidade do indivíduo na condição de consumidor diante das atrativas ofertas e astúcia do mercado, há a necessidade da garantia do equilíbrio das relações, a fim de inibir atos em desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor, que ferem a boa-fé<sup>1135</sup> e os bons costumes.

---

113 Quando expresso na Lei nº 8.078/1990, o princípio da boa-fé é garantidor daqueles outros princípios previstos no art. 170 da Constituição Federal, a fim

A Constituição Federal brasileira de 1988 é o respaldo legal fundamental e o Código de Defesa do Consumidor, instrumento específico adequado para resguardar o indivíduo-consumidor, como também, coibir os abusos do mercado de consumo, devendo ser observado pelos agentes econômicos nas contratações, a fim de harmonizar a relação que *per se* já nasce desequilibrada.

Com a inclusão da atividade econômica na Carta Magna brasileira, o Estado assume o compromisso de disciplinar a relação entre mercado e indivíduos, conferindo-a valor jurídico-Constitucional, assumindo tarefas de limitação e organização econômicas, garantindo que os interesses privados não afetem direitos fundamentais dos indivíduos, sobretudo, princípios já consolidados na *lex mater*, dentre eles, a defesa do consumidor.

Isto posto, na ordem jurídica brasileira, a proteção do consumidor está presente na Carta Magna de 1988 como princípio e garantia, sendo disposto em lei tutelar específica, protetiva dos vulneráveis da relação. Diante de tamanha garantia, o consumidor brasileiro não pode ficar desguarnecido de proteção legal mínima quando estiver nos países integrados que defendem interesses econômicos comuns, conforme objetivo da integração do bloco mercosulino, pois não se pode dissociar os princípios e regras dispostas no ordenamento jurídico brasileiro do sujeito consumidor, sendo então situações iminentes.

---

de viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, visando à proteção do consumidor e ao desenvolvimento econômico e tecnológico. Afirma Nunes (2011, p. 657) que “a boa-fé não serve somente para a defesa do débil, mas sim como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, que, como vimos, tem na harmonia dos princípios constitucionais do art. 170 sua razão de ser”. Para Vasconcelos e Brandão (2008, p. 10) “segundo a doutrina que orienta o Direito do Consumidor, o fornecedor de qualquer produto ou serviço, deve agir sob o princípio da boa fé objetiva, mantendo conduta contratual compatível nas relações com o consumidor vulnerável”.

### 3. O bloco MERCOSUL como integração econômica: campo favorável para o consumo

Unidos com o fito de interagir economicamente, os Estados-membros compostos pelo Brasil, Paraguai, Uruguai, Argentina e recentemente a Venezuela, a partir do Tratado de Assunção, deram início ao processo de integração econômica do MERCOSUL. Movidos pelo espírito de cooperação a partir de objetivos básicos decorrentes de acordos multilaterais entre Estados soberanos, o processo de integração econômica visa eliminar as barreiras comerciais, a partir da minoração das restrições de seus respectivos mercados, para a livre circulação *intra* bloco de pessoas, mercadorias e serviços<sup>1146</sup>.

O bloco Mercosul objetiva a criação de um mercado comum com livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, juntamente com a proposta de abertura do comércio dos países integrantes, proporcionando a circulação dos consumidores pertencentes aos Estados-partes. Para a criação de fronteira comercial mercosulina, a partir da garantia de barreira protetiva comum, há a necessidade conjunta de figurar harmonização das legislações nacionais consumeristas, com vistas a uma maior integração.

---

114 Outros tratados e instrumentos jurídicos surgiram para complementar as regras e princípios previstos no Tratado de Assunção, destacando-se o *Protocolo de Ouro Preto* – assinado em 17 de dezembro de 1994, através do qual conferiu personalidade jurídica de direito internacional ao MERCOSUL e definiu a estrutura institucional do bloco. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1901.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016. Ainda, o *Protocolo de Olivos* – firmado em 18 de fevereiro de 2002, alterou o mecanismo de solução de controvérsias, revogou o Protocolo de Brasília, com o objetivo de estabelecer normas para a solução de controvérsias no Mercosul, ou seja, constituindo um Tribunal Permanente de Revisão para consolidar a segurança jurídica na região, com sede em Assunção. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

Norteados pelos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio, além da reciprocidade de direitos e obrigações entre os países, consiste ainda em objetivo do bloco “o compromisso dos Estados-partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração” (CAPARROZ, 2012, p. 163). Mas os objetivos do bloco mercosulino ainda estão longe da realidade mencionada no tratado inaugural, sobretudo no que tange à harmonização de norma consumerista comum.

Com vistas a tratar a questão consumerista como condição *sine qua non* ao devido favorecimento da integração pleiteada, foi instituído no âmbito da Câmara de Comércio do MERCOSUL o Comitê Técnico nº 7/ 1995<sup>1157</sup>, a fim de tratar da harmonização das legislações consumeristas no bloco para resguardar a defesa do consumidor.

Nesse sentido, o referido comitê técnico passou a focalizar a regulamentação e harmonização dos interesses consumeristas no âmbito do Mercosul, apontando a necessidade de se estabelecer tratados entre os países-membros com previsões mínimas da legislação consumerista, a fim de resguardar o consumidor. Em paralelo, assevera o art. 2º da Resolução nº 126/94 que “até que seja aprovado um regulamento comum para a defesa do consumidor no MERCOSUL cada Estado Parte aplicará sua legislação de defesa do consumidor e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território”<sup>1168</sup>.

---

115 A fim de harmonizar as legislações nacionais dos Estados-Membros do Mercosul e estabelecer tratados com *standards* mínimos de legislação consumerista, o Comitê Técnico nº 7 trata da proposta de proporcionar maior proteção ao consumidor no âmbito do bloco, a partir da adoção de normas de defesa do consumidor compatíveis com padrões internacionais, contribuindo para tal propósito.

116 Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Resoluciones/PT/94126.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/94126.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2016.

Sendo editada como primeira Norma-Mercosul Geral sobre direito do consumidor, a resolução nº 126/94, menciona já na exposição de motivos a proposta de harmonização legislativa mercosulina, para contemplar o sujeito econômico fragilizado da relação: o consumidor mercosulino. Todavia, como explica o artigo em comento, a aplicação da referida resolução está condicionada à aprovação do Regulamento Comum sobre Defesa do Consumidor no Mercosul. Ante essa situação, trata a referida resolução de norma geral sobre o direito do consumidor, determinando que cada Estado parte deva aplicar sua própria legislação para produtos e serviços comercializados em seu território, enquanto não aprovado regulamento comum no bloco.

A fim de uma maior garantia das atividades que envolvam relação de consumo, há a necessidade de um esforço legislativo recíproco entre os Estados-membros para harmonização de norma consumerista contendo *piso* mínimo protetivo a ser observado nas contratações. Naturalmente, ao falar de integração espera-se consonância entre as normas dos países pertencentes ao bloco, sobretudo sobre preceitos básicos a serem seguidos nas relações de cunho consumeristas.

#### **4. A dissonância das normas consumeristas entre os países-membros**

Cada Estado membro do bloco mercosulino possui sua Legislação específica consumerista<sup>117</sup> que rege as relações de consumo em seus respectivos territórios nacionais. Contudo, já

---

117 A legislação consumerista no Brasil é disposta na Lei nº 8.078/1990, sendo na Argentina tratada pela Lei 24.240/1993. A legislação consumerista paraguaia é disposta na Lei 1.334/1998, no Uruguai é a Lei 17.189/1999 que trata sobre o assunto. Já na Venezuela, último país a aderir ao bloco, a Legislação específica consumerista é tratada na *Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*.

nos conceitos básicos presentes no ordenamento jurídico protetivo, a saber, *consumidor, fornecedor, serviços, produtos e relação de consumo*, percebe-se certa dissonância entre as legislações dos Estados-partes.

Dentre os estados-membros do Mercosul, apenas as Legislações do *Paraguai* e *Uruguai* conceituam relação de consumo, ora caracterizadas pela onerosidade. Todavia, a Legislação *paraguaia*<sup>118</sup> caracteriza a relação de consumo apenas como vínculo oneroso entre as partes, sendo necessária a transferência de valor econômico entre elas. Já a lei *uruguaia* prevê a possibilidade da relação de consumo ser estabelecida também à título gratuito.

Apesar dos conceitos de relação de consumo haver caráter oneroso nas legislações *paraguaia* e *uruguaia*, o conceito de consumidor nessas legislações justifica, portanto, a desnecessidade da presença da onerosidade no conceito de relação de consumo. Por outro lado, as legislações *brasileira, argentina* e *venezuelana* ainda que não tratem da definição formal de relação de consumo, no entanto, o raciocínio desenvolvido nas outras definições, entende-se como sendo relação de consumo a noção jurídica de consumidor e sua amplitude em confronto com a definição legal de fornecedor.

Quando se vincula a onerosidade às contratações, os indivíduos que recebem amostras grátis, por exemplo, ficam à margem da Lei consumerista. Já na Legislação *brasileira*, a distribuição de amostras grátis de produto ou serviço estabelece entre a parte que distribui e a que aceita uma relação de consumo, ainda que não se faça nenhuma contraprestação pecuniária pelo produto. Se do

---

118 O conceito de relação de consumo na *Ley de defensa del consumidor y usuario* está vinculado às contratações onerosas, conforme definição do artigo 5º Lei paraguaia n° 1.334/1998, quando diz que a “relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final” (PARAGUAI, 1998).

consumo da amostra grátis resultar algum dano para o consumidor, surgirá o dever de indenizar do distribuidor.

Portanto, equiparam-se à amostra grátis os serviços prestados ou produtos enviados para o consumidor sem sua solicitação prévia<sup>119</sup>, caso em que não há obrigação de pagamento pelo consumidor. Sabemos que não restam dúvidas quanto à proteção do consumidor diante das relações de consumo não onerosas.

Quanto à definição de produto - objeto imediato da relação, as legislações *brasileira* e *uruguaia* possuem conceitos amplos e harmônicos entre si, tratando de qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente como destinatário final. Já a legislação *paraguai*<sup>120</sup> refere-se às *coisas* que, quando utilizadas, esgotam-se no seu próprio uso não esclarecendo, expressamente, acerca de

---

119 No ordenamento jurídico brasileiro é lícito o fornecimento não solicitado pelo consumidor de bens ou serviços, porém a consequência do envio equipara-se à amostra grátis, eximindo o consumidor de qualquer pagamento. Conforme trata o artigo 39, *parágrafo único*, do Código de Defesa do Consumidor, “*é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; [...]; Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento*” (BRASIL, 1990).

120 A *Ley de defensa del consumidor y usuario* conceitua produto como sendo “todas las cosas que se consumen con su empleo o uso y las cosas o artefactos de uso personal o familiar que no se extinguen por su uso” (PARAGUAI, 1998). Já a legislação brasileira, como também a lei uruguaia, tratam da materialidade ou imaterialidade do produto, objeto da relação de consumo em seus conceitos. A amplitude conceitual visa proteger o consumidor nas mais diversas situações, garantindo que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada, mesmo nas situações inimagináveis, como observa Nunes (2000, p. 95), quando diz que “mas, por conta do fato de o CDC ter definido produto como imaterial, é de perguntar que tipo de bem é esse que poderia ser oferecido no mercado de consumo. Afinal, o que seria um produto imaterial que o fornecedor poderia vender e o consumidor adquirir?”.

bens materiais ou imateriais, resultando em eventuais dúvidas à nível interpretativo.

Ainda em análise a tais pressupostos, ressalta-se que a legislação *argentina* é omissa quanto à definição de produto, ora suprida pelo art. 2.311 do Código Civil, que cuida em definir “coisa” ligada a valor financeiro, complementada pelo art. 1º da Lei Consumerista quando aplicado pelos tribunais argentinos. Há a necessidade de se conceder proteção especial ao consumidor argentino nas situações não previstas pela Lei. Já a legislação *venezuelana* menciona o conteúdo relativo a serviços em seu art. 4º, juntamente com o conceito de fornecedor de bens ou produtos. Aponta ainda sobre o tema no art. 5º da mesma Lei.

Ressalta-se ainda, que as legislações consumeristas *brasileira*, *argentina* e *uruguaia* tratam da condição de “consumidores equiparados”, os chamados *bystanders*<sup>121</sup>13, quer dizer, aqueles cidadãos que podem ser alcançados por eventos relativos a uma relação de consumo sem, entretanto, serem considerados consumidores em sentido estrito, alcançando os que não participaram direta e efetivamente da aquisição do bem ou serviço.

Já em relação ao conceito de fornecedor, a legislação *paraguaia* exige, para sua caracterização, a presença de remuneração, em contrapartida à circulação de bens ou serviços. Na prática, um veículo estacionado em supermercado com estacionamento não remunerado ou as denominadas amostras grátis, estas que, por

---

121 Os *bystanders* são aqueles que até determinado momento eram apenas considerados espectadores e passam à condição de consumidores equiparados quando são vítimas de um acidente de consumo. Trata-se da denominação aplicada ao consumidor por equiparação de que cuida o art. 17, do Código de Defesa do Consumidor, quando diz que: “para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento” (BRASIL, 1990). O chamado ‘consumidor por equiparação’, ou *bystanders* é aquele que, embora não esteja diretamente ligado relação de consumo, por ter sido atingido pelo evento danoso, enquadra-se na situação de consumidor no que tange ao ressarcimento dos danos que experimentar, ficando à égide da legislação consumerista.

não serem fornecidas sob quaisquer remunerações, não seriam alcançados pela lei protetiva do consumidor no Paraguai.

Apesar de alguns pontos controvertidos nos conceitos básicos debatidos nas Legislações consumeristas dos Estados-membros do Mercosul, para Gaio Júnior (2013), há a possibilidade de harmonização legislativa, sem qualquer prejuízo ao conteúdo protetivo do consumidor no âmbito dos Estados-partes por meio do estabelecimento de um *piso* mínimo protetivo a ser observado nas relações consumeristas no âmbito do bloco, a fim de amparar o consumidor nas relações consumeristas.

## 5. A segurança jurídica em foco nas relações consumeristas entre os países-partes

Tutelada pela Constituição Federal brasileira de 1988<sup>12214</sup>, a segurança jurídica, assim como a proteção dos consumidores-tutelados<sup>12315</sup>, apresenta-se como princípio e garantia consagrados no ordenamento jurídico brasileiro no *rol* dos direitos e garantias fundamentais. Ao prever a defesa do consumidor como direito

---

122 Segundo trata o art. 5º, inciso XXXVI do texto Constitucional: [...] “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]”. (BRASIL, 1988). Em sede de Direito Econômico, seu art. 173, *caput*, expressa imperativo à segurança nacional como disciplinador da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, sendo sinônimo de *defesa nacional*, constituindo-se em dever e não mera faculdade Estatal.

123 Para Almeida (2010, p. 74), não foi por acaso que a Lei Maior abraçou de tal forma a tutela aos consumidores, garantindo, contudo, caráter constitucional, a saber: “[...], houve deliberada intenção do legislador constituinte de dar ao tema um caráter de permanência, em virtude do tratamento constitucional, [...], sendo certo que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Já na concepção de Lorenzetti (2004, p. 384), o consumidor possui uma posição central no sistema constitucional, quando diz que “a incorporação da figura do consumidor no âmbito constitucional lhe confere uma posição central no sistema, permitindo a derivação direta de direitos por meio de normas constitucionais consideradas autoaplicáveis”.

fundamental na Constituição Federal significa conferir ao sujeito fragilizado da relação “parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica” (SARLET, 2004, p. 77).

Nesse íterim, a segurança consiste em direito fundamental, possuindo quanto à esfera político-econômica, expressão protetiva dos efeitos e dos atos jurídicos contra leis e entendimentos supervenientes. Camargo (2007) trata a segurança jurídica no âmbito internacional como sinônimo de garantia para que o indivíduo consiga satisfazer suas necessidades com o mínimo de respaldo legal protetivo.

A garantia Constitucional da segurança jurídica representa para os consumidores brasileiros perenidade da proteção Estatal para com seus tutelados, carentes de proteção legal por estarem na condição de vulnerabilidade, devendo ser resguardados pela normativa protetiva além das fronteiras nacionais, a partir da harmonização das normas consumeristas no plano mercosulino, por meio da proposta da criação de nova fronteira protetiva compreendendo os países-membros.

Dessa forma, percebe-se que, na relação do consumidor brasileiro com as legislações consumeristas no âmbito do Mercosul, mesmo estando diante de uma proposta de integração econômica entre os países-membros, há a relativização do princípio Constitucional da segurança jurídica assegurado na legislação brasileira, pois tal garantia não acompanha seus tutelados nas relações consumeristas além da fronteira do Estado brasileiro, nas relações de consumo no campo do Mercosul.

Compreende-se a importância da sustentação dos princípios assegurados pela *lex mater* nas relações de cunho consumeristas, acompanhando o consumidor brasileiro com compromisso precípua de integração econômica, como sendo imprescindível à garantia de um equilíbrio mínimo nas relações de consumo a ser pleiteada pelos consumidores brasileiros nos países mercosulino.

## **6. A dificuldade na harmonização de legislação consumerista: sistema intergovernamentalista como obstáculo?**

Cabe esclarecer, preliminarmente, a diferença entre *uniformização* e *harmonização*. Enquanto a primeira busca consolidar horizontalmente em uma só diretiva, concordâncias para regular numa mesma legislação protetiva os consumidores, a segunda proposta consiste em aproximar as legislações jurídicas consumeristas dos países membros para harmonização legislativa mínima de normas consumeristas, estabelecendo padrões básicos a serem observados na grande fronteira econômica, objetivando minorar as assimetrias entre as normas internas, resultando em maior proteção ao consumidor.

Proteger o consumidor no âmbito da integração do Mercosul, significa favorecer a competitividade dos mercados envolvidos, assegurando a concorrência leal e efetivação de políticas governamentais. É por isso que há a necessidade de conferir tratamento protetivo ao consumidor mesmo fora de seu limite nacional, estabelecendo grande barreira protetiva englobando os países-membros do bloco. Para Vasconcelos (2002), essa é a tendência dos processos comunitários de integração econômica, que buscam a garantia efetiva de proteção ao consumidor por meio de compreensões legais.

A harmonização permite que sejam minoradas as incoerências, a partir do estabelecimento de noções e conceitos jurídicos que alcancem harmonia entre as legislações dos Estados participantes do bloco, com vistas a preencher eventuais lacunas existentes, proporcionando ao consumidor brasileiro, mesmo fora do território nacional, o mínimo de proteção legal. Ainda em análise a tais pressupostos, afirma Vasconcelos (2002, p. 85) que “na harmonização, as legislações dos países permanecem autônomas, favorecendo a convergência de princípios e organização estrutural e eliminando ao máximo as divergências de soluções adotadas”.

Na concepção de Gaio Júnior (2013), a harmonização legislativa objetiva a proteção do consumidor mercosulino, elevando a qualidade de vida dos consumidores do bloco, numa relação harmônica de seus mercados, bem como corrobora para o crescimento econômico e desenvolvimento da região, já que havendo base mínima nas contrações, conseqüentemente haverá maior segurança entre os consumidores.

No tocante à necessidade de harmonização de legislação consumerista comum aos países do Mercosul, trata-se de desafio para os países integrados do Cone Sul da América Latina, pois segundo Souza (2005, p. 205), há certo receio por parte dos Estados, assim traduzidas pelo autor:

Alguns elementos fundamentais se impõem a essa tarefa, tais sejam os de tratar corretamente a consonância do Direito de cada Estado com a sua própria realidade, para aquilatar até que ponto essa *harmonização* não se traduz em comprometimento e desvirtuamento de cada Ordem Jurídica Nacional.

Um dos empecilhos para a concretização da harmonização trata-se de receio de perda de garantias de proteção ao consumidor já consolidadas em legislação interna. Unidos pelo sistema intergovernamentalista, inexistindo um órgão autônomo, explica Rodas (2002, p. 326) que “o sistema jurídico do Mercosul parece propício para adaptar o procedimento de interpretação prejudicial aos seus contornos”.

A integração econômica dos Estados-membros, unidos com escopo de constituir um Mercado Comum que reconheça o consumidor como um de seus elementos essenciais, cumpre com a essência do bloco, sob pena de configurar grave retrocesso. O processo de harmonização de legislação comum no âmbito do Mercosul deve ter em conta o interesse e esforço de todos os agentes econômicos envolvidos.

Como o bloco optou pelo sistema intergovernamental, embora almeje um mercado comum, afirma Rodas (2002, p. 324) que o progresso da integração depende “principalmente da negociação mais do que da dedução jurídica”, é que nesse sistema de integração adotado pelo bloco Mercosul cada Estado mantém seu poder de decisão com sua normativa interna. Para Casella e Liquidato (2006, p. 76) “a estrutura intergovernamental pode prestar-se, num determinado momento inicial, à consecução de objetivos integracionistas”.

O Mercosul possui uma estrutura orgânica intergovernamental, o que significa dizer que o bloco não possui auto-executoriedade para suas normas, uma vez inexiste órgãos supranacionais. Apesar desse sistema adotado pelo bloco esbarrar em obstáculos, como a ausência de complexo de normas do tipo comunitário para tratar de direitos do consumidor, para Casella e Liquidato (2006, p. 78) a organização intergovernamental “não necessariamente exige a incorporação de sua normativa ao ordenamento interno dos Estados-membros, para a sua entrada em vigor”.

Logo, o sistema intergovernamental não impede a construção da integração entre os países-partes a partir da cooperação desenvolvida com a flexibilização de entendimentos intergovernamentais para alcançar interesses comuns, sobretudo a harmonização de normas consumeristas a serem seguidas nas relações *intra* bloco, mantendo a essência jurídica com a preservação do princípio essencial da soberania nacional dos Estados.

## **7. Harmonização das legislações consumeristas como medida favorável à segurança jurídica**

O direito à segurança é indispensável ao desenvolvimento de atividades de cunho consumeristas no campo mercosulino, uma vez que havendo uma garantia maior, o consumidor terá

mais confiança nas contratações fora de seu território nacional, favorecendo a estabilidade do sistema econômico do bloco. As atividades econômicas *per se* giram em torno da insegurança do consumidor, em virtude das assimetrias existentes entre as partes envolvidas na relação de consumo.

Uma das causas de aumento da insegurança jurídica é o consumismo no sistema capitalista<sup>12416</sup>, que de fato não se comprometeu com a liberdade e a igualdade jurídica de seus seguidores, senão em exacerbar suas atividades lucrativas. Juntamente com o avanço tecnológico, cresce a sensação de desamparo legal protetivo, sobretudo fora do território nacional do consumidor.

Nesse sentido, a harmonização proporciona que a legislação protetiva de origem acompanhe o consumidor em suas nuances básicas, ficando este protegido mesmo fora de seu Estado, gerando uma sensação de tranquilidade e segurança jurídica nas relações de consumo nos países-membros do bloco. Sendo assim, a segurança é garantida além das fronteiras nacionais, sendo trazida em maior amparo para o consumidor.

Para Gaio Júnior (2013, p. 25), a harmonização do entendimento das normas consumeristas pelos países do bloco visa “garantir a efetiva proteção dos consumidores da sub-região, que se encontrem transitoriamente em outro país do bloco, beneficiando, principalmente, os turistas”. Trata-se então de medida

---

124 Refletindo sobre o tema, Feitosa (2007, p. 142) ressalta que “o capitalismo não é um mero sistema econômico, mas uma forma global de vida em sociedade”. Ademais, diante da ordem capitalista - que trouxe consigo o individualismo e o monopólio e já perdeu sua função social - a atividade estatal tende a ser reduzida, no que tange à ação protetiva dos indivíduos tutelados. Já para Boltanski e Chiapello (2009, p. 38) “o capitalismo, sob muitos aspectos, é um sistema absurdo: os assalariados perderam a propriedade do resultado de seu trabalho e a possibilidade de levar uma vida ativa fora da subordinação. Quanto aos capitalistas, estão presos a um processo infundável e insaciável, totalmente abstrato e dissociado da satisfação de necessidades de consumo, mesmo que supérfluas”.

protetiva de direitos, garantidora da segurança nas relações de consumo.

Desse modo, uma vez garantida a harmonização das legislações consumeristas no campo do Mercosul, no sentido de implementar uma grande fronteira protetiva, favorecendo o consumidor mercosulino quando na garantia de circular pelos países-membros do bloco com a preservação da proteção de uma legislação mínima consumerista, resta cumprido o compromisso da integração econômica do bloco.

Na atual realidade social voltada para o consumismo, há um vasto campo de atuação para as práticas econômicas abusivas, inevitável para o abalo da segurança coletiva. Para Camargo (2007), a postura ativa do Poder Público, deve servir como estímulo para o desenvolvimento de atividades econômicas voltadas a materializar o comando Constitucional concernente à eliminação das desigualdades regionais e sociais.

A harmonização tanto estimula o desenvolvimento econômico regional, quanto favorece maior proteção ao consumidor mercosulino, oferecendo condições para o consumo. Para Cretella Júnior (1993) a segurança é associada à garantia do processamento da sistemática econômica, sendo uma vez ligada ao Estado, traduz-se em *paz*, ou ainda em *estabilidade da estrutura das instituições*.

## **8. Considerações**

Após mais de duas décadas de integração econômica entre os países-partes, apesar da crescente globalização, o Mercosul ainda não possui uma legislação consumerista comum ao bloco, que estabeleça o mínimo a ser observado nas contratações. A ausência de harmonização das normas consumeristas tem demonstrando a dificuldade na construção de um *piso* mínimo a ser observado. Apesar de haver algumas assimetrias existentes

entre conceitos básicos de consumo nas legislações consumeristas dos países-membros, não correspondem, portanto, obstáculo para harmonização de tutela jurídica comum aos consumidores mercosulino.

A harmonização não significa retrocesso da normativa consumerista brasileira consolidada pelo CDC, antes se traduz no estabelecimento de um mínimo a ser seguido por todos os Estados-partes nas relações consumeristas, a fim de resguardar os consumidores mesmo fora de seus territórios, no âmbito do bloco mercosulino.

Se a estabilidade do sistema econômico através da garantia de um *piso* mínimo a ser seguido nas contratações corrobora para a segurança jurídica, a ausência de uma postura ativa dos países-membros para adoção das medidas necessárias para a concretização da harmonização legislativa acentua tão somente a insegurança jurídica do consumidor, gerando sensação de medo, abalando também a relação político-econômica entre os países.

Ademais, o sistema intergovernamental adotado pelo bloco não significa obstáculo para a harmonização, pois a partir da cooperação entre os países é possível o estabelecimento de linhas de coerência entre eles para o desenvolvimento do mínimo de proteção legal nas relações consumeristas no âmbito do bloco, proporcionando aos consumidores mercosulino, sobretudo ao consumidor brasileiro, a preservação de direitos fundamentais no âmbito do Mercosul.

Uma vez que a união dos países-membros objetiva a construção de um mercado comum, visando o fortalecimento de integração da região, sobretudo nos aspectos ligados ao livre comércio, percebe-se que a garantia de proteção nas contratações voltadas ao mercado de consumo entre os países não consiste em prioridade do bloco, pois não é possível vislumbrar nenhum avanço neste sentido, ficando o consumidor brasileiro, sujeito vulnerável nas relações, embora protegido pela *lex mater* e Lei

específica consumerista interna, atualmente *queda* desguarnecido de proteção legal nas relações consumeristas no campo do Mercosul.

## 9. Referências

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARGENTINA. *Ley de Defensa del consumidor*. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>>. Acesso em: 24 out. 2016.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRITO, Maria Zenaide Brasilino Leite; TORRES, Larissa Fontes de Carvalho. *Reflexões críticas de Direito do Consumidor: estudos em homenagem ao professor Fernando Vasconcelos*. João Pessoa: Ideia, 2013.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico, direitos humanos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007.

CAPARROZ, Roberto. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. *Direito da Integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 6. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar. *Paradigmas inconclusos. Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Proteção consumerista no MERCOSUL: por uma harmonização legal*. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 1, nº 2, 2013.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MERCOSUL. *Protocolo de Olivos*. Dispõe sobre a solução de controvérsias no Mercosul, 2002.\_\_\_\_\_. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm)>. Acesso em: 24 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Protocolo de Ouro Preto*. Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1901.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm)>. Acesso em: 24 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 126 de 1994*. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Resoluciones/PT/94126.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/94126.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PARAGUAI. Decreto Lei nº 1.334/1998. *Ley de defensa del consumidor y usuario*. Disponível em:

<[http://www.mic.gov.py/v1/sites/172.30.9.105/files/Ley%2016\\_0.pdf](http://www.mic.gov.py/v1/sites/172.30.9.105/files/Ley%2016_0.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2016.

RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

URUGUAI. *Ley de Defensa del Consumidor*. Disponível em: <<http://www.elderechodigital.com.uy/smu/legisla/ley17250.html>>. Acesso em: 24 out. 2016.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de; BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. *Direito do consumidor e responsabilidade civil: perguntas e respostas*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Perspectivas do direito do consumidor no Mercosul*. Revista Verba Juris UFPB - ano 1, n. 1, jan/dez. 2002.

VENEZUELA. *Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*. Disponível em: <[http://www.mincomercio.gob.ve/wordpress/wp-content/uploads/2015/02/ley\\_indepabis\\_2010.pdf](http://www.mincomercio.gob.ve/wordpress/wp-content/uploads/2015/02/ley_indepabis_2010.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2016.



# OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: UM ESTUDO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

*Antonio Pedro de Mélo Netto*<sup>125</sup>

*Mariana Loureiro Gama*<sup>126</sup>

## 1 Introdução

O mundo contemporâneo é guiado pelo consumo de produtos em massa. Todas as pessoas estão consumindo o tempo todo e são estimuladas a consumir em decorrência dos avanços tecnológicos, do desgaste dos materiais ou para estar na moda, como forma de afirmação social do poder econômico e de referência social, já que o novo é associado ao bom enquanto o velho ao retrogrado, ao superado ou ruim.

---

125 Professor do curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos (CesRei) e da Faculdade Maurício de Nassau (FMN), unidade Campina Grande. Mestre em Direito e Desenvolvimento de Mercado Sustentável pela UNIPÊ, pesquisador CNPQ Grupo de Estudos em Sociologia da Propriedade Intelectual, linha Filosofia do Direito, Ética e Estética da Propriedade Intelectual, a partir 2015. Especialização em Direito Público pela Faculdade Estácio do Recife (2014), advogado militante desde 2010 e graduado pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) em 2009. Tem experiência na área de direito, com ênfase em Direito Civil, Econômico, Consumidor e Processo do Trabalho.

126 Professora das Faculdades Integradas e Patos (FIP). Mestre em Direito e Desenvolvimento de Mercado Sustentável pela UNIPÊ. Especialização em Direito Administrativo e Gestão Pública, pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho pela ESMAT-13. Graduada pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Diante deste cenário, percebeu-se que o comportamento de consumo da população não era necessariamente natural, o descarte de produtos não se dava pelo desgaste normal dos objetos, pela sua utilização ou pela sua superação tecnológica, mas em razão dos fabricantes, propositadamente, reduzirem a qualidade dos componentes com o objetivo de reduzir o tempo de uso/vida dos objetos, de lançarem novas tecnologias com o objetivo de deixar os produtos vendidos obsoletos e inadequados aos sistemas mais modernos e através de manipulação psicológica por meio de propagandas que ligam o novo produto ao melhor e o velho passa a ser referência de produto ruim.

Desta maneira, a obsolescência passa a ser planejada, utilizada como uma estratégia de *marketing* com o objetivo de estimular o consumo contínuo e de massa, sacrificando os recursos naturais e o meio ambiente para a promoção do crescimento econômico e do lucro. Destarte, busca-se com esse estudo entender como surgiu a prática da obsolescência programada e a que se destina, além de analisar se este comportamento comercial é compatível com o desenvolvimento sustentável e os preceitos do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, em termos metodológicos, utilizou-se quanto ao objetivo, a explicativa; já em relação a opção metodológica, optou-se pelo método indutivo, dando-se a pesquisa pelo método bibliográfico e documental, quanto à ferramenta.

## **2 Evolução do direito do consumidor**

Conforme preceituam alguns doutrinadores, notadamente Machado Segundo (2008), é intrínseco ao ser humano a convivência entre semelhantes, bem como o anseio por liberdade para conduzir suas escolhas das mais diversas maneiras. Desse convívio e dessa liberdade aparecem, de modo natural às relações, os mais variados conflitos que, de alguma maneira, precisam ser solucionados. Quando se fala em relações de consumo, leva-se em

consideração o fato de que se trata de uma relação que envolve pessoas e, por essa razão, para sua composição, se fez necessário ainda que indireta e primitivamente, a edição de normas que pudessem regular essa forma peculiar de relação.

Segundo Sergio Cavaliere Filho (2008, p. 02) para se conseguir entender a origem do direito do consumidor, é indispensável empregar especial atenção à Revolução Industrial. Nesse sentido, observa-se que tal fato foi marcado pela mudança dos meios de produção. Antes da revolução, a produção era limitada, haja vista que sua forma era artesanal e balizada ao núcleo familiar ou a um pequeno número de pessoas.

A revolução veio mudar esse meio de produção, aumentando, de forma considerável, a capacidade produtiva do ser humano. Por meio de utilização de maquinário, o fabricante, que antes dominava todos os meios de produção, desde o início da confecção até a sua venda, passa a não mais possuir o total controle sob sua cadeia, em decorrência da demasiada produção e distribuição dos produtos.

O produtor, que antes fabricava todo o produto comercializado, deixa de ser o detentor de toda a cadeia produtiva e passa a ser comerciante. O consumidor perde a individualidade do produto comprado e passa a recebê-los em embalagens. Outro ponto relevante é que, com o advento da produção em massa, os defeitos nos produtos ficaram mais recorrentes, fato que gera dano àqueles que o adquirirem (CAVALIERI FILHO, 2008, p.03).

Sergio Cavaliere Filho afirma que a ausência de regulamentação jurídica eficaz deu origem às atitudes abusivas amplamente praticadas “[...como as cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência [...]” (2008, p. 03) ao dar azo às desigualdades econômicas e jurídicas entre o consumidor e o fornecedor.

De acordo com Fernando Costa de Azevedo (2009, p. 34) a inquietação com a consignação de uma tutela legal das indigências

dos consumidores tem como marco histórico de sua consolidação nos Estados Unidos país que primeiro dominou o capitalismo e sofreu a consequência do marketing agressivo da produção, da comercialização e do consumo em massa. Pode-se dizer que os primeiros movimentos consumeristas de que se tem notícia ocorreram no final do séc. XIX.

Contudo, há contornos de aplicação da proteção do consumidor desde o código de Hamurabi, bem como nas jurisprudências e nos costumes de vários países. Havia no Hamurabi uma disposição que dizia que o construtor de barcos era obrigado a refazê-lo no caso de defeito estrutural, já se observa que havia certa preocupação em proteger as relações de compra e venda da época.

Na Índia, no século XII a.C., o sagrado Código de Massú previa multa e punição, além de ressarcimento dos danos, àqueles que adulterassem gêneros – “lei” 697 – ou entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes – “lei” 698. A França de Luiz XI, ano de 1481, punia com banho escaldante aquele que vendesse manteiga com pedra para aumentar o peso ou misturasse água no leite. Percebe-se que as punições eram severas quando o direito do consumidor, ainda não reconhecido como tal, fosse desrespeitado. No ano de 1773 aconteceu o episódio contra o imposto do chá, reação dos consumidores contra os produtores do chá inglês (VIEGAS, 2011).

Porém, somente em 1914 criou-se nos EUA Federal Trade Commission, que tinha o objetivo de aplicar a lei antitruste e proteger os interesses do consumidor. Assim, apesar de ter encontrado aparições de proteção ao consumidor em legislações muito antigas, pode-se afirmar que o sujeito do direito, consumidor, foi reconhecido pelo direito não faz muito tempo. Importa esclarecer que a proteção do consumidor fora mencionada nos estudos de sociologia do fim do século XIX de Max Weber e Karl Marx, mas surgiu fortemente na década de 1960.

As duas grandes guerras contribuíram para o surgimento da sociedade de consumo, haja vista que o desenvolvimento industrial fluía a todo vapor, necessitando de consumidores para despejar seus mais diversos produtos. Era o capitalismo que chegava para ficar, liderada pela mais nova grande potência, que se firmavam os Estados Unidos.

Essa nova conjuntura influenciou sensivelmente as características contratuais. Os contratos paritários, frutos de acordos de vontade, discutidos cláusula a cláusula, tornaram-se menos frequentes, e chegavam com toda força na sociedade massificada, os contratos de adesão, formulados pelas empresas e impostos aos consumidores, continham conteúdo padrão, não dando alternativas, se não em comungar com o que lhe foi imposto.

Ainda nessa linha, leciona Sergio Cavaliere Filho (2008, p. 05) que um marco histórico importante para o reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos ocorreu em 1962, quando o presidente norte-americano John Kennedy, em um discurso, enumerou os direitos do consumidor e os considerou como um desafio necessário para o mercado. O Presidente mencionou que em algum momento de nossas vidas “todos somos consumidores”. Kennedy localizou os aspectos mais importantes na questão da proteção ao consumidor, afirmando que os bens e serviços deviam ser seguros para uso e vendidos a preços justos. Pode-se afirmar que a partir daí iniciou-se uma reflexão profunda sobre o tema.

No Brasil, somente em 1916, surge o primeiro Código Civil Brasileiro e as Ordenações do Reino deixaram de ser aplicadas na doutrina civilista. De autoria Clóvis Beviláqua, o Código Civil foi fundado dentro de uma filosofia marcada pelo liberalismo político e econômico, apresentando característica nitidamente patrimonialista.

Todavia, a preocupação com as relações de consumo acompanhou a realidade internacional e a partir das décadas de 1940 e 1960 surgem as primeiras leis que regularam aspectos de consumo.

Dentre essas leis pode-se citar a Lei n.º 1221/51, lei de economia popular, a Lei Delegada n.º 4/62, a Constituição de 1967, com a emenda n.º 1 de 1969 que citam a defesa do consumidor.

Foi introduzido na Constituição de 1988 que reconheceu o consumidor como sujeito de direitos individuais e coletivos, assegurando a sua proteção tanto quanto direito fundamental (art.5º, XXXII), como princípio da ordem econômica nacional (art. 170, V). Finalmente, em 1990, o Congresso Nacional, conforme orientação de nossa Carta Magna, elaborou a Lei 8.078, de 11/09/1990, o Código de Defesa do Consumidor. Por tratar-se de verdadeiro “microsistema jurídico”, já que, nele, encontram-se normas de direito penal, civil, constitucional, processuais penais, civis e administrativas, com caráter de ordem pública, e por constituir legislação extremamente avançada, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor influenciou legislações de vários outros países do Mercosul.

### **3 Princípios que norteiam as relações de consumo**

Na busca de soluções mais rápidas para casos concretos, segundo Silva (2003, p. 63), “as técnicas legislativas passaram a fundamentar-se em princípios, meio julgado mais célere e adequado para a solução de lides modernas, dada a complexidade de sua natureza”. No que se refere ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), a fim de estabelecer a justiça e o equilíbrio contratual, foram consagrados alguns princípios aplicáveis às relações de consumo.

#### **3.1 Princípio da Transparência**

Inserido no *caput* do art. 4º do CDC está o princípio da transparência que segundo Marques (2003, p. 139):

[...] significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo [...].

Nos termos do art. 4º, o CDC tem como fim, justamente, reequilibrar as relações de consumo, harmonizando e dando maior transparência às relações contratuais. Segundo Silva (2003, p. 68):

[...] o princípio da “transparência, essencialmente democrático ao reconhecer que na sociedade o poder não é exercido só no plano da política mas também no da economia, adquiriu importância especial no Código de Defesa do Consumidor, para controlar o abuso do poder econômico, de quem passou a exigir visibilidade e lisura nas relações jurídicas de consumo.

Baseando-se nesse princípio o consumidor tornou-se detentor do direito subjetivo de informação e o fornecedor sujeito de um dever de informação. Dizer que o silêncio do consumidor se traduz em aceitação não pode prevalecer, gerando a nulidade de tal cláusula (art. 51, V, CDC). Nas palavras de Josimar Santos Rosa (1995, p. 39):

Não se pode conceber um ato negocial que demonstre falta de clareza em seu caráter expressivo, pois a capacidade de persuasão do fornecedor para com o consumidor, tendo por referencial o produto ou o serviço, só contemplará o êxito desejado na relação de consumo se aspectos inerentes a sua constituição forem bem explicitados.

A informação clara, sem possibilidade de interpretação dúbia pelo fornecedor, assegurará ao consumidor o direito de vincular-se ou não, de forma consciente, ao contrato. As manifestações anteriores, como propaganda veiculada ou informação prestada devidamente comprovada, tornam-se fontes contratuais, e a sua interpretação deve ser sempre a mais favorável ao consumidor, já que não é ele quem redige as normas as quais irá aderir.

Contudo, a transparência que se espera do fornecedor não deverá estar presente somente no momento da conclusão do negócio jurídico. Deverá existir durante a oferta e publicidade, ao longo da execução do contrato e até mesmo depois desta, como, por exemplo, no instante em que o consumidor, munido do termo de garantia, procura o reparo do produto junto a assistência técnica autorizada. (Silva, 2003, p. 69)

Dessa forma, o princípio da transparência gera para o fornecedor o dever de esclarecer ao consumidor as características e o conteúdo do contrato (art. 6º, III, CDC). De acordo com Claudia Lima Marques (2002, p. 594-595):

[...] A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Portanto, o princípio da transparência apresenta como reflexos o dever de informar ao consumidor, seja através da oferta clara e correta (art. 30, CDC) sobre as qualidades do produto e

as condições do contrato, sob pena do fornecedor responder pela falha de informação (art. 20, *caput*, CDC), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos que a tenha feito (art. 35, I, CDC), e também no caso do art. 40, *caput*, do CDC, quando da elaboração do contrato que deve ser redigido de forma clara, em especial os contratos pré-elaborados unilateralmente.

No Código de Defesa do Consumidor, o princípio da transparência fundamenta o direito à informação e assegura ao consumidor a plena ciência da exata extensão das obrigações assumidas perante o fornecedor.

## 2.2 Princípio da Confiança

Intimamente ligado ao princípio da transparência tem-se o princípio da confiança, que consiste na credibilidade depositada pelo consumidor no produto ou contrato a fim de que sejam alcançados os fins esperados. Prestigia, dessa forma, as legítimas expectativas do consumidor:

A conclusão de qualquer ato negocial não deve ser vista como mera obrigação, mas antes de tudo como uma ocorrência de satisfação para as partes, pois, não sendo assim, a afinidade negocial se perde e com ela os objetivos motivadores da operação (Rosa, 1995, p. 58).

Um dos principais efeitos do princípio da confiança trazido pelo art. 30 do CDC é a vinculação do fornecedor à oferta, criando-se uma obrigação pré-contratual, objetivando-se impedir que se frustrem as expectativas dos consumidores em tais contratações

É o princípio da confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços,

para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor [...] (Marques, 2002, p. 981/982).

A estratégia utilizada pelos fornecedores em não alertar ou advertir quanto aos serviços não incluídos frustram não só a confiança do consumidor como também o seu direito em obter legítimas informações acerca do contrato, que deverá possuir cláusulas claras e corretas, com redação precisa e compreensível.

### **3.3 Princípio da Boa-fé Objetiva**

O Código de Defesa do Consumidor consagrou a boa-fé como princípio no art. 4º, III, ao dispor que a Política Nacional de Relações de Consumo deve atender, entre outros princípios ao da boa-fé. Segundo José Alberto Quadros de Carvalho Silva (2003, p. 71), o CDC exige a boa-fé dos contratantes porque pressupõe o contrato não como síntese de interesses contrapostos ou pretensões antagônicas, mas como instrumento de cooperação entre as partes, que devem comportar-se com lealdade e honestidade, de maneira que não frustrem mutuamente as legítimas expectativas criadas ao redor do negócio jurídico.

Assim, a boa-fé significa a transparência obrigatória em relação aos contratantes, um respeito obrigatório aos interesses do outro contratante, uma ação positiva do parceiro contratual mais forte com relação ao parceiro contratual mais fraco, permitindo as condições necessárias para a formação de uma vontade liberta e racional.

As partes devem agir com sinceridade, veracidade, sem objetivar somente o lucro fácil com a conseqüente imposição de prejuízos ao outro. Dessa forma, esse princípio não alcança apenas

o fornecedor, abrangendo também o consumidor, vedando-lhe vantagem desmedida através de benefícios reservados pelo CDC. A consecução do contrato deve ser presidida pela boa-fé. Não bastam cláusulas com prestações equivalentes se, durante a execução do contrato, uma das partes adotar procedimentos aparentemente lícitos, mas que causam lesão.

Segundo Claudia Lima Marques (2002, p. 671), pode-se afirmar que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC. A cláusula geral da boa-fé é o princípio basilar que orienta a atividade interpretativa do CDC e dos contratos por ele regulados, já que nos contratos de longa duração a abusividade mostra-se após o ajuste inicial, no decorrer da prestação do serviço.

A recepção do princípio da boa-fé objetiva e a previsão legislativa de tantos deveres incluídos no âmbito da boa-fé constitui grande avanço do sistema de Direito Civil legislado e vai influir de modo decisivo em todos os setores do nosso direito obrigacional.

### **3.4 Princípio da Equidade ou Princípio do Equilíbrio Contratual**

O princípio da equidade tem por função básica a promoção do equilíbrio na relação contratual, dispondo não só das atribuições, mas também das funções de partes envolvidas no processo de fornecimento e no processo de consumo, assegurando o desenvolvimento do negócio, promovendo o combate a prática abusiva.

A equidade permite ao juiz decidir o litígio de acordo com as peculiaridades do caso e exerce papel de fonte integradora do ordenamento jurídico e de critério permanente para a interpretação do direito. Não se confunde com a boa-fé e tem atuação independente, pois a equidade pode impor a uma das partes, ainda que de comportamento honesto e leal, apropriado à realidade do contrato, uma perda de direito.

### 3.5 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor foi elaborado na suposição de que nas relações de consumo há a preponderância da situação jurídica do fornecedor com relação ao consumidor, o que se deve ao fato de que, na maioria das vezes, o fornecedor detém e exercita o poder econômico, e, assim, por ser profissional no mercado de consumo, a prática acaba proporcionando-lhe conhecimento profundo das técnicas de negociação, conhecendo todas as possíveis consequências do negócio jurídico, sendo que com o objetivo de resguardar seus interesses cria cláusulas que diminuem para si os riscos do negócio, o que, geralmente, vem em prejuízo do consumidor.

Por conta disso, de acordo com os ensinamentos de Jorge Alberto Quadro de Carvalho Silva (2003, p. 67), o CDC reconheceu as situações de vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica do consumidor, sabendo tratar-se de pessoa que, na prática, para obter produto ou serviço, deve aceitar, com pouca margem para negociação, as condições impostas pelo fornecedor.

Ressaltando a importância do consumidor na pós-modernidade, Marques (2016) afirma que a própria construção da cidadania está interligada a capacidade de consumir, sendo esta a responsável por garantir o sentimento de inclusão e pertencimento social. Diante do reconhecimento da importância e da fragilidade da situação do consumidor, a Constituição Federal, no art. 5º, XXXII, determinou que ao Estado ficasse o dever de defesa do consumidor, independente dela ser física ou jurídica.

No intuito de restabelecer a liberdade do consumidor e a igualdade entre o ele o fornecedor, é que se reconhece a vulnerabilidade para a partir daí estabelecer direitos. Para Marques (2016, p. 325-326), “a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de

interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva”.

A teoria clássica subdivide a vulnerabilidade em 4 categorias: a técnica, jurídica, fática e a informacional. Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, “é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços” (NETTO, 2011, p. 88)

Já a vulnerabilidade jurídica é presumida ao consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física, pois pressupõe a falta de conhecimento jurídico específico, de contabilidade e de economia. Porém, para os profissionais e para as pessoas jurídicas tal vulnerabilidade deve ser comprovada (MARQUES, 2016).

Já na vulnerabilidade fática ou socioeconômica, a análise é feita a partir do “outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam” (MARQUES, 2016, p. 333).

Por fim, encontra-se a vulnerabilidade informacional, que segundo Reis (2015), é diferente da vulnerabilidade técnica, típica do consumidor. Na era da internet, do mundo livre e global, a informação não é escassa, ao contrário, é farta, manipulada e controlada, constituindo uma nova espécie de vulnerabilidade, pois o consumidor não consegue entender ao certo se a informação é verdadeira, sua única opção é acreditar nos detentores da informação, isto é, os próprios fornecedores.

Percebe-se, deste modo, que a vulnerabilidade informacional é superior às deficiências de conhecimento técnico, jurídico ou fático, haja vista que atinge a dignidade do consumidor,

principalmente o consumidor pessoa física. Isto posto, surge no contexto global a figura do consumidor hipervulnerável, isto é, aquele que além da vulnerabilidade natural das relações de consumo, ainda apresenta uma maior fragilidade por sua condição pessoal, como é o caso dos idosos, crianças e analfabetos.

Assim, percebe-se que este sujeito econômico, o consumidor, está mais vulnerável, pois é “um sujeito mais ciente de seus direitos e de seu papel na sociedade global e local, mas cada vez menos consciente e racional frente às pressões e tentações do mercado: cada vez mais vulnerável frente aos fornecedores” (MARQUES, 2016, p. 305).

#### **4 Da Obsolescência Planejada**

A obsolescência programada ou planejada é fruto do capitalismo de massa, foi criada por Alfred P. Sloan, presidente da General Motors, em 1920, através do estímulo na mudança dos modelos, mas se espalhou como um fenômeno de toda a economia apenas nas décadas de 1930 e 1940, como uma forma de superar a crise de 1929, criando a noção da descartalização ou dos produtos “de plástico”, o que coincide com os primeiros impactos mais profundos ao meio ambiente.

A obsolescência programada, desta maneira, nasce de um intuito das empresas em incentivar o consumo tornando os produtos já vendidos obsoletos ou não-funcionais para o consumidor, forçando-os a adquirir as novas gerações do produto, num curto espaço de tempo. Segundo Miragem (2013) é a “redução artificial da durabilidade de produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja forçada a recompra prematura”.

Desta maneira, a obsolescência planejada é a própria base da sociedade de consumo que sente uma necessidade cada vez mais premente de novos produtos, consumir mais seja para acompanhar os avanços tecnológicos, seja para acompanhar os novos

designers para garantir o status. Esse processo é garantido através de publicidade intensa, pois o capitalismo não deseja um bem durável e reutilizável, o que Bauman (2008) conceitua como “economia do engano”.

Neste sentido, Latouche (2009, p. 18) afirma que “a publicidade nos faz desejar o que não temos e desprezar aquilo que já desfrutamos. Ela cria e recria a insatisfação e a tensão do desejo frustrado”, como forma de manter a sociedade consumindo e gerando lucros sem se importar com o impacto ambiental ou os direitos do consumidor. O autor afirma que este consumo em massa e contínuo é alimentado por uma tríade: publicidade, crédito e obsolescência.

Na obsolescência planejada são os próprios fabricantes que reduzem propositadamente o tempo de vida dos produtos para estimular o consumo. A ideia central era que com um tempo de vida planejado, as fábricas continuariam a produzir, pois as pessoas voltariam a consumir com um certo prazo, previsível pelos fabricantes, fazendo o ciclo de acumulação do capital se manter. Na década de 1950, os fabricantes, apoiados pela publicidade, trocaram a ideia de suficiente pela ideia de abundância, *the american way of life*<sup>127</sup>.

Naturalmente, todos os produtos têm um tempo de vida esperado, mas não é disso que trata a obsolescência programada, tampouco se pode confundir este instituto com as evoluções naturais dos produtos causada pelos avanços da ciência e da tecnologia. Ao contrário, estas são promotoras do desenvolvimento e do avanço na qualidade de vida das pessoas e das sociedades. O que se critica na obsolescência planejada é justamente a determinação de forma proposital pelo fabricante do momento em que o produto deixa de ser útil, com o único fim de incentivar a venda, a economia e o lucro.

---

127 Em tradução livre: o jeito americano de viver.

A doutrina classifica os tipos de obsolescência em obsolescência de função, de qualidade e de deseabilidade. Na obsolescência de função, o produto torna-se antiquado quando outro é introduzido no mercado com execução melhor da função (Slade, 2006). Na obsolescência de qualidade, o produto quebra-se ou desgasta-se em determinado tempo programado pelo fabricante, quando ele pode oferecer ao consumidor um produto mais durável.

Já na obsolescência de deseabilidade ou psicológica, o produto ainda está apto para executar seu fim tanto em relação à qualidade quanto à função, mas o consumidor passa a encará-lo como obsoleto e imprestável em decorrência de uma inovação no estilo e design que o torna menos desejável (Packard, 1965). Em outras palavras, ocorre o desgaste do produto na mente do consumidor através de manipulação psicológica, associando o melhor com o novo e o pior com velho, como é o caso dos celulares.

Estas estratégias foram criadas para favorecer a acumulação do capital que ocorre tanto pela mais-valia quanto pelo lucro obtido na venda dos produtos. Isto é uma tendência do capitalismo, pois há uma taxa de uso decrescente no capitalismo que é usada como um mecanismo para destruição do capital, para manter o capitalismo de consumo em massa e produção em massa. Um exemplo claro desse sistema são os automóveis que, muitas vezes, são descartados antes do final da sua vida útil.

A criação da obsolescência planejada é fruto da manipulação do próprio capitalismo sobre o sistema, pois o estímulo à compra constante é mais uma necessidade do mercado do que uma necessidade humana. Desta maneira, a prática da obsolescência programada é abusiva a medida que fere o Princípio da Boa-fé Objetiva nas relações de consumo e o direito básico à informação clara e precisa (Vulnerabilidade informacional).

Desta maneira, percebe-se que o CDC configura como violação do dever do fornecedor a ausência de informação quando à provável obsolescência do produto. De forma indireta, o CDC

determina no art. 32, parágrafo único, que a reposição de peças deve perdurar por tempo compatível com a vida útil do produto, mesmo quando ele já deixou de ser produzido.

Sobre este tema o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial 984.106, realizado em 04/10/2012, o acórdão relatado por Felipe Salomão:

DIREITO DO CONSUMIDOR. VÍCIO OCULTO. DEFEITO MANIFESTADO APÓS O TÉRMINO DA GARANTIA CONTRATUAL. OBSERVÂNCIA DA VIDA ÚTIL DO PRODUTO. O fornecedor responde por vício oculto de produto durável decorrente da própria fabricação e não do desgaste natural gerado pela fruição ordinária, desde que haja reclamação dentro do prazo decadencial de noventa dias após evidenciado o defeito, ainda que o vício se manifeste somente após o término do prazo de garantia contratual, devendo ser observado como limite temporal para o surgimento do defeito o critério de vida útil do bem. O fornecedor não é, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita, pura e simplesmente, ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Cumpre ressaltar que, mesmo na hipótese de existência de prazo legal de garantia, causaria estranheza afirmar que o fornecedor estaria sempre isento de responsabilidade em relação aos vícios que se tornaram evidentes depois desse interregno. Basta dizer, por exemplo, que, embora o construtor responda pela solidez e segurança da obra pelo prazo legal de cinco anos nos termos do art. 618 do CC, não seria admissível que o empreendimento pudesse desabar no sexto ano e por nada respondesse

o construtor. Com mais razão, o mesmo raciocínio pode ser utilizado para a hipótese de garantia contratual. Deve ser considerada, para a aferição da responsabilidade do fornecedor, a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, são um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto, existente desde sempre, mas que somente vem a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco, certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, todavia não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então. Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, o prazo para reclamar a reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, mesmo depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil

do bem, que se pretende “durável”. A doutrina consumerista – sem desconsiderar a existência de entendimento contrário – tem entendido que o CDC, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual. Assim, independentemente do prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam elas de consumo, sejam elas regidas pelo direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo. Os deveres anexos, como o de informação, revelam-se como uma das faces de atuação ou ‘operatividade’ do princípio da boa-fé objetiva, sendo quebrados com o perecimento ou a danificação de bem durável de forma prematura e causada por vício de fabricação. Precedente citado: REsp 1.123.004-DF, DJe 9/12/2011. REsp 984.106-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/10/2012.

Deste modo, percebe-se que duas são as garantias disponibilizadas ao consumir e que podem e devem ser usadas para evitar a prática nociva da obsolescência programada: a garantia legal e a contratual. A garantia legal é obrigatória e inderrogável e tem sua base no CDC/90, já a garantia contratual é complementar à

legal, derivando do próprio contrato e do poder de vinculação da proposta contratual.

Assim, o julgador entendeu que, a obsolescência forçada pelo fabricante deve ser interpretada como vício oculto, tendo o consumidor a garantia legal e contratual para o proteger, bem como, no âmbito civil, pode-se afirmar que contra esta prática há a garantia contra os vícios redibitório, podendo ocasionar, inclusive, a extinção do negócio jurídico ou a indenização do contratante.

#### **4.1 Obsolescência Planejada e o Desenvolvimento Sustentável**

A obsolescência planejada parte do pressuposto que qualquer tipo de crescimento econômico é vantajoso à humanidade já que através dele se gera riqueza. Porém, com as crises ambientais que se agravaram a partir da década de 1970, começou-se a se discutir os limites do meio ambiente e da terra para sustentar o modelo de produção em massa humano.

A partir de então iniciou-se uma discussão acerca profunda sobre quais as reais vantagens do crescimento. Assim, iniciou-se a elaboração do conceito de desenvolvimento sustentável. O seu conceito surgiu por obra da União Internacional da Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, em 1980, mas sua consagração deu-se em 1987, a partir do Relatório de Bruntland, o qual defendia a necessidade de compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ambiental. Naquele momento, o conceito de desenvolvimento sustentável enfocava as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades (ONU, 1987), postura que foi reiterada e ampliada na ECO-92, quando foi incluído em diversos artigos da Carta do Rio.

Em 2002, por ocasião da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, o conceito foi estendido, incorporando os aspectos sociais e políticos à proteção do meio ambiente

e ao desenvolvimento econômico. Tal mudança justifica o entendimento de que o desenvolvimento sustentável é considerado como um conceito de natureza multidimensional, que inclui em seus objetivos, também, a redução da pobreza e das violações aos direitos humanos (KINOSHITA, 2008).

Nessa perspectiva, Sachs (2008) argumenta que a concepção de desenvolvimento implica na inserção de princípios e valores como igualdade, equidade e solidariedade. Neste sentido,

ressalta-se que seu conceito está em constante mudança e evolução, sendo alvo de intensa discussão acadêmica, haja vista que os avanços obtidos a partir das decisões judiciais nacionais e internacionais estão prioritariamente voltados para atender questões relativas ao desenvolvimento econômico e ao modelo neoliberal implantado mundialmente, a partir da década de 80 do século XX". (MELO & FIGUEREDO, 2016)

Em outra análise, existem ações estatais na busca da sua promoção, muitas vezes consideradas insuficientes, pois tais políticas costumam colidir com o interesse dos grandes empresários, como é no caso da obsolescência programada, que adotam uma visão reducionista sobre o desenvolvimento sustentável na medida em que as questões relativas à proteção dos direitos do cidadão-consumidor e do meio ambiente estão submetidas aos interesses que priorizam o lucro em detrimento às questões sociais ou ecológicas do sistema (SOUSA, 2006; SACHS, 2008; THOMAZ JUNIOR, 2009; PIMENTEL FIHO, 2012).

Fundado nestes aspectos, assevera Antunes que

a conservação e sustentabilidade dos recursos ambientais (recursos econômicos) é um instrumento para garantir um bom padrão de qualidade de vida para os indivíduos. O fator

econômico deve ser compreendido como desenvolvimento, evolução, melhora contínua e não como simples crescimento ou acúmulo. O desenvolvimento se distingue do crescimento na medida em que pressupõe uma harmonia entre os diferentes elementos constitutivos. (ANTUNES, 2013, p.17-18)

No ordenamento jurídico brasileiro, tais diretrizes estão inseridas na Constituição Federal (1988). O artigo 225 garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações. O artigo 170 inclui a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica nacional, bem como o artigo 5º, XXXII, prevê que o Estado deve promover a proteção do Consumidor que culminou com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, mas, principalmente, ao estabelecer no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, determina que todas as ações estatais devem buscar o desenvolvimento. Perceba-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

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:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, os preceitos acima citados de desenvolvimento sustentável colidem com as características da liberdade econômica sem limites, vinculada ao *lessair-faire* clássico, liberal, resultado da necessidade de garantir o patrimônio individual e da execução dos negócios sem a interferência do Estado. Deste modo, exige-se que a atuação da liberdade econômica ocorra por meio dos seus agentes para que promovam uma melhoria nas condições de vida

da nação, nos seus mais diversos aspectos, e não apenas para garantir a geração do lucro às partes que intervêm na relação econômica, como é o caso da utilização da obsolescência planejada com o intuito de incentivar o consumo como forma de gerar crescimento econômico e lucro.

Na busca por esse novo conceito de desenvolvimento econômico, não se pode deixar de considerar “a importância intrínseca da liberdade humana em geral, como o objetivo supremo do desenvolvimento, é acentuadamente suplementada pela eficácia instrumental de liberdades específicas na promoção de liberdades de outros tipos” (SEN, 2013, p. 10), como é o caso do direito à moradia digna que protege, inclusive, o direito à vida (SARLET, 2015). Desta maneira, deve-se “orientar o crescimento na direção do desenvolvimento, portanto na direção da sociedade urbana, isso quer dizer antes de mais nada: prospectar as novas necessidades” (LEFEBVRE, 2016, p. 135).

Deste modo, a liberdade, como aspecto do desenvolvimento, deve ser considerada elemento essencial na análise do nível de vida de um povo, pois relaciona-se com a criação e o aumento de capacidades, diretamente vinculada com o nível de pobreza, pois afeta o direito do ser humano em escolher os preceitos da sua vida. Neste sentido, Sen afirma que

há bons motivos para julgar a vantagem individual em função das capacidades que uma pessoa possui, ou seja, das liberdades substantivas para levar o tipo de vida que ela tem razão para valorizar. Nessa perspectiva, a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza. A perspectiva da pobreza como privação de capacidades não envolve nenhuma negação da ideia sensata de que a renda baixa é claramente uma das causas

principais da pobreza, pois a falta de renda pode ser uma razão primordial da privação de capacidades de uma pessoa. (SEN, 2013, p.120)

Para que se atinja o objetivo do desenvolvimento econômico sustentável, vários preceitos devem ser utilizados, dentre eles o direito à sadia qualidade de vida, onde se reconhece que o direito à vida não é completo se não for auxiliado por outros mecanismos que garantam a vida digna. Entende-se que não se pode medir qualidade de vida apenas com índices econômicos, é preciso conter dados sociais (SEN, 2010), evitando-se picos de crescimento intenso econômico seguidos por períodos de recessão, pois estas grandes oscilações causam grandes impactos no seio social, aumentando o desequilíbrio e as tensões.

## **5 Considerações finais**

A partir da Revolução Industrial, os ciclos do capitalismo só se intensificaram, gerando riqueza, trabalho e renda para muitas pessoas, porém também foi responsável pelo surgimento de alguns problemas sociais como a superexploração da mão-de-obra humana e o desgaste ambiental.

Durante a década de 1920 surgiu nos EUA a prática da obsolescência programada pensada pelos fabricantes para estimular o consumo e, assim, aumentar os lucros e incrementar o crescimento econômico. Esta prática passou anos esquecida, até que, na década de 1950 a 1960, resurge como ferramenta de estímulo ao consumo e a produção em massa nos países de capitalismo avançado e, atualmente, em todo o globo.

Esta prática parte do pressuposto que o fabricante deve reduzir propositadamente o tempo de vida dos produtos para que as pessoas voltem a consumir. Esta tática utiliza-se da prática de substituição dos produtos pela melhor eficiência de outros,

redução da qualidade dos materiais utilizados para que o produto se desgaste mais rapidamente e da manipulação mental através de estratégias de propaganda associando os novos produtos a estilos de vida cobiçados em função de novo design, sem nenhuma relação direta com a funcionalidade do bem.

Tal comportamento criou a sociedade do descartável, onde se destrói a natureza sem compromisso com o futuro com o objetivo de aumentar os lucros, mesmo que tudo seja transformado em lixo em pouco tempo. Assim, os produtos são pensados para serem passageiros e a publicidade é o combustível desse comportamento.

Este comportamento comercial da sociedade está sendo o principal responsável pela crise do meio ambiente e dos recursos naturais e, portanto, caminha em dissociação ao desenvolvimento sustentável. Além desta clara infringência às tentativas de buscar o equilíbrio ecológico e garantir um nível de vida digna para as pessoas através do consumo, pode-se ressaltar ainda seus maléficos efeitos às relações de consumo, ao consumidor.

A partir dessa estratégia o consumidor é lesado ao ter sua expectativa de utilização do produto reduzida sem sua aquiescência, o que fere o Princípio da Boa-fé Objetiva e do Equilíbrio Contratual ao passo que se impõe unilateralmente ao produto um vício na sua qualidade para que a sua durabilidade seja reduzida, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor. A esta prática ele nomeou vício oculto e contra ela determinou prazos mínimos de garantia do produto que devem ser respeitados.

Vale ainda salientar que a obsolescência programada não é matéria de estudo apenas da academia. Em 2012, o STJ se posicionou acerca dela, conforme demonstrado no texto, criando jurisprudência que busca proteger o consumidor em todo o país ao determinar que é um direito do consumidor utilizar o produto segundo a sua vida útil e que a sua redução proposital gera dano reparável.

## Referências

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, a. 2009, n. 69, p. 34.

BAUMAN, Z. Vida para consumo. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 jan 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 22 jan 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 25 de jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Direito do Consumidor. Vício oculto. Defeito manifestado após o término da garantia contratual. Observância da vida útil do produto. REsp 984.106-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/10/2012. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/43350999/stj-20-11-2012-pg-583>>. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

KINOSHITA, Fernando. **Ciência, Tecnologia e Sociedade: Uma Proposta Renovada de Desenvolvimento Sustentável de Caráter Universal**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5912](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5912). Acesso em 17 de ago. de 2017.

LATOUCHE, S. Pequeno tratado do decrescimento sereno. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. Itapevi: Nebli, 2016.

LEONARD, A. A história das coisas. Da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MIRAGEM, Bruno. Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor: comentários à decisão do Resp 984.106/SC, do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 85, p. 325 et. Seq., Jan. 2013.

MELO NETTO, Antonio Pedro de & FIGUEIREDO, Ediliane Lopes Leite de. LIBERDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: uma análise acerca do impacto da liberdade econômica na promoção do desenvolvimento. In: CONPEDI, 25, 2016, Curitiba. **Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II**. Florianópolis: Ed. Conpedi.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Juspodivm, 2011.

PACKARD, V. *Estratégia do desperdício*. São Paulo: Ibrasa, 1965.

ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores**. São Paulo: Atlas, 1995.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SLADE, G. *Made to break: technology and obsolescence in America* [Feito para quebrar: tecnologia e obsolescência nos Estados Unidos]. Harvard University Press, 2006

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

VIEGAS, Claudia Maria de Almeida Rabelo. **Teoria Geral das Relações de Consumo**. Minas Gerais, 2011.



# O BIODIESEL NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

Talden Farias<sup>128</sup>  
Aricia Fernandes Correia<sup>129</sup>

## 1 Introdução

**É** no contexto da crise ambiental, a qual é definida por José Rubens Morato Leite<sup>130</sup> como o quadro de escassez dos recursos naturais e de desastres ecológicos de repercussão planetária causado pelas atividades humanas, que a discussão a respeito das matrizes energéticas sustentáveis assume especial importância. Os combustíveis derivados de matéria fóssil, como o petróleo, o gás natural e o carvão mineral, que ainda correspondem à maior parte da oferta energética mundial<sup>131</sup>, além de serem não renováveis, são altamente poluidores e contribuem de forma significativa para o aquecimento global. Como a economia internacional cresceu muito nos últimos anos, aumentando

---

128 Doutorando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Advogado e professor da Universidade Federal da Paraíba.

129 Doutora em Direito do Estado e mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Município do Rio de Janeiro e professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

130 LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21-22.

131 LIMA, Haroldo. *Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008, p. 20.

consideravelmente a demanda por energia, fenômeno que tende a ocorrer de forma mais intensa nos países em desenvolvimento, a exemplo da China e da Índia<sup>132</sup>, urge procurar uma alternativa que seja viável do ponto de vista ecológico, econômico e social.

No Brasil, o biodiesel é apontado como uma das grandes alternativas para a substituição dos combustíveis de origem fóssil, tendo em vista a disposição de vastas áreas propícias ao cultivo dessas biomassas e a existência de mão de obra e de tecnologia adequada. Trata-se, efetivamente, de uma oportunidade singular para a promoção da redução das desigualdades regionais e sociais e para a afirmação geopolítica do país, que é considerado uma liderança emergente internacional no que diz respeito às energias sustentáveis e, em especial, aos biocombustíveis<sup>133</sup>. A procura pela diversificação da matriz energética começa a ocupar um lugar de considerável destaque na pauta política nacional, tanto que o Programa de Aceleração do Crescimento previu a aplicação de dezessete bilhões e quatrocentos milhões de reais no desenvolvimento e na produção de combustíveis renováveis até dezembro de 2010<sup>134</sup>.

No entanto, é importante que essas políticas públicas sejam executadas à luz de uma legislação adequada, tendo em vista a relevância estratégica do assunto, visto que mesmo as matrizes energéticas consideradas limpas não estão isentas de

---

132 International Energy Agency. *World energy outlook 2007: China and India insights*. Organisation for Economic Co-operation and Development/International Energy Agency: Paris, 2007, p. 6-8.

133 SALEME, Edson Ricardo; GIRÃO, Mardônio da Silva. In: BENJAMIN, Antônio Herman; LECEY, Eládio; CAPPELLI, Silvia (orgs). *Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009, v. 1, p. 506-507.

134 SILVA, Henry Iure de Paiva. A temática ambiental como promotora de mudanças no sistema de relações econômicas internacionais: a hora e a vez dos biocombustíveis. *Datavênia*, Campina Grande, v. I, n° 1, 2009, p. 12

questionamentos. O biodiesel possui um arcabouço normativo relativamente bem elaborado, que deve procurar levar em consideração os aspectos de ordem ambiental, econômica e social. O problema é que essa legislação ainda é recente, tanto que nem a Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) nem a Lei n. 9.478/97 (Política Energética Nacional) em suas versões originais dispuseram sobre o tema, de forma que carece de amadurecimento e de efetividade.

Sendo assim, o objetivo deste trabalho é fazer uma análise da regulação jurídica do biodiesel no Brasil, com o intuito de saber se a legislação vigente é adequada e se existe uma integração das políticas públicas do setor. Nesse diapasão, estudar-se-á o enquadramento ambiental dessa modalidade de combustível a Política Energética Nacional, tomando como base a doutrina especializada e a legislação ambiental e energética brasileira.

## 2 Biodiesel

Segundo Wendell Ficher Teixeira Assis e Marcos Cristiano Zucarelli, biodiesel é um “combustível líquido derivado de biomassa renovável, produzido a partir de diferentes matérias primas, tais como: óleos vegetais extraídos das sementes e grãos de soja, girassol, mamona, pinhão manso, palma, algodão, babaçu, dentre outras; gorduras animais; e óleos residuais”<sup>1358</sup>. O inciso XXV do art. 6º da Lei n. 9.478/97 classifica o biodiesel como o “biocombustível derivado de biomassa renovável para uso em motores a combustão interna com ignição por compressão ou, conforme regulamento, para geração de outro tipo de energia, que possa substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil”.

---

1358 ASSIS, Wendell Ficher Teixeira; ZUCARELLI, Marcos Cristiano. *Despoluindo incertezas: impactos territoriais da expansão de agrocombustíveis e perspectivas para uma produção sustentável*. Belo Horizonte: O Lutador, 2007, p. 44.

Trata-se de uma espécie de biocombustível, o qual é conceituado no inciso XXIV do dispositivo citado como “substância derivada de biomassa renovável, tal como biodiesel, etanol e outras substâncias estabelecidas em regulamento da ANP, que pode ser empregada diretamente ou mediante alterações em motores a combustão interna ou para outro tipo de geração de energia, podendo substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil”.

Em 1900 Rudolph Diesel apresentou na Exposição Universal de Paris, na França, um motor desenvolvido por ele que funcionava à base de óleo de amendoim. Embora o projeto à época não tenha demonstrado viabilidade econômica, tendo sido essa a razão do seu abandono, essa foi a primeira experiência com o biodiesel de que se tem conhecimento.

Em 1937 Charles George Chavanne obtém em Bruxelas, na Bélgica, o registro da primeira patente, tendo ele no ano seguinte feito o registro da primeira patente comercial do biodiesel<sup>1369</sup>. A técnica utilizada foi juntar o óleo vegetal de palma e o etanol de forma a obter o biodiesel a partir da transesterificação, que ainda hoje é o método mais comum para a conversão de triglicerídeos em biodiesel. De acordo com Assis e Zucarelli, tal técnica “consiste em uma reação química em meio alcalino, onde se fazem reagir óleos vegetais ou gorduras animais e um álcool (etanol ou metanol)”<sup>1379</sup>. Mesmo constando que em 1938 o biodiesel foi usado pela primeira vez em uma linha de ônibus comercial entre Bruxelas e Louvain, tratou-se de uma experiência isolada que não teve maiores desdobramentos.

---

136 MAIA, Lis Pereira. *A regulação social de biocombustíveis na matriz energética brasileira*. Monografia de conclusão de curso de graduação em Direito apresentada à Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2012, p. 19.

137 ASSIS, Wendell Ficher Teixeira; ZUCARELLI, Marcos Cristiano. *Despoluindo incertezas: impactos territoriais da expansão de agrocombustíveis e perspectivas para uma produção sustentável*. Belo Horizonte: O Lutador, 2007, p. 45.

Foi o contexto de provável escassez prévio e concomitante à II Guerra Mundial (1939-1945) que fez com que os países envolvidos procurassem alternativas aos combustíveis derivados do petróleo, e os óleos vegetais despontaram como uma possibilidade. Prova disso é que nesse período chegou a ser proibida no Brasil a exportação de sementes de algodão, então mais importante vegetal usado para conseguir o óleo *in natura*<sup>138</sup>. Todavia, com o término da contenda, aliado aos entraves financeiros e tecnológicos, as pesquisas foram novamente deixadas de lado.

No Brasil as primeiras experiências com o biodiesel ocorreram a partir dos testes feitos pelo Instituto Nacional de Tecnologia (INT) ainda na década de 1920, que fazia experiências com combustíveis renováveis com o intuito de desenvolver fontes energéticas alternativas<sup>139</sup>. Na década de 1960 o conde Francisco Matarazzo obteve biodiesel em suas indústrias ao tentar extrair óleo a partir do grão de café<sup>140</sup>. Contudo, foram iniciativas incipientes e isoladas, que também não geraram resultados.

Por conta das crises do petróleo de 1973 e 1979, fenômeno causado pela regulação do escoamento da produção por parte dos países produtores que resultou no aumento do preço do barril, o tema dos combustíveis derivados de óleos vegetais e gordura animal voltou à pauta. Embora a maior ênfase tenha sido o álcool, tanto no plano nacional quanto internacional, houve também

---

138 MAIA, Lis Pereira. *A regulação social de biocombustíveis na matriz energética brasileira*. Monografia de conclusão de curso de graduação em Direito apresentada à Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2012, p. 19.

139 SILVA, Daiane Tessaro da; TRENTINI, Flávia. Biodiesel x sustentabilidade: um binômio possível? In: BENJAMIN, Antônio Herman; LECEY, Eládio; CAPPELLI, Sílvia (orgs). *Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009, V. 2, p. 28.

140 LIMA, Haroldo. *Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008, p. 108.

reflexos nas discussões e pesquisas sobre o biodiesel. Nessa época o INT, O Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT) e a Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira (CEPLAC) passaram a desenvolver pesquisas sobre o uso de óleos vegetais como combustível, cabendo destacar o DENDIESEL, programa que visava a criar biodiesel a partir do óleo de dendê<sup>14113</sup>.

Nessa ordem de ideias, o Regime Militar Brasileiro lançou o Programa Nacional do Álcool (Pró-Álcool) por meio do Decreto n. 76.593/75 no intuito de procurar criar alternativas reais para a substituição em larga escala da gasolina. O decreto citado previu a possibilidade de utilização da mandioca ou de qualquer outro insumo para a obtenção de combustível automotivo, de maneira que, ao menos em tese, o biodiesel também estaria contemplado com os mesmos incentivos governamentais do álcool. No entanto, em razão do fato de o retorno da cana-de-açúcar por hectare plantado ser consideravelmente maior, somente a produção do álcool estaria destinada a ter espaço junto ao Poder Público e ao mercado, daí o próprio nome adotado para o programa<sup>14214</sup>. É claro que contribuiu para isso também a força da já então secular economia sucroalcooleira, que queria ganhar espaço no segmento energético, de forma que esse componente político não pode ser ignorado.

Foi nesse contexto de crise que a Universidade Federal do Ceará (UFC) criou em 1978 o Núcleo de Fontes Não-Convencionais de Energia, cujo objetivo era desenvolver

---

141 MEIRELLES, Fábio de Salles. *Biodiesel*. Disponível em: <http://www.forumde-energia.com.br/nukleo/pub/biodiesel.pdf>. Acesso em: 20.ago. 2013, p. 13.

142 FARIAS, Talden. Regulação dos biocombustíveis no âmbito estadual. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Biocombustíveis: fonte de energia sustentável? Considerações jurídicas, técnicas e éticas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

fontes energéticas alternativas, o que incluía a pesquisa com a biomassa<sup>14315</sup>. Em 1980 o professor Expedito Parente, da UFC, requereu ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) o registro de duas patentes relacionadas ao biodiesel, tendo sido concedida em 1983 a patente PI n. 8007957 referente ao “Processo de produção de combustíveis a partir de frutos ou sementes oleaginosas”. Ocorre que a falta de apoio do Poder Público fez com que a primeira patente mundial para produção de biodiesel em escala industrial não fosse utilizada e caísse em domínio público, ficando limitada aos círculos acadêmicos e experimentais<sup>14416</sup>. Afora a ausência de estratégia de diversificação energética, as razões econômicas para essa falta de interesse eram evidentes, uma vez que o país já começava a aumentar a produção de petróleo e o custo de produção do diesel comum era bem mais alto do que o do biodiesel, que na época era mais produzido a partir do marmeleiro.

Em 1983 o Governo Federal lançou, por meio da Secretaria de Tecnologia Industrial, o Programa Nacional de Óleos Vegetais (OVEG), que realizou testes com óleos vegetais transesterificados, puros ou misturados ao diesel na proporção de 30%, em veículos que chegaram a percorrer mais de um milhão de quilômetros<sup>14517</sup>. Os caminhões, ônibus e tratores apresentaram resultados satisfatórios, mormente porque os motores não sofreram adaptações

---

143 FERREIRA, Ana Mônica Medeiros. *Os instrumentos de incentivo à produção e uso de biodiesel no Brasil: uma análise constitucional sob o princípio do desenvolvimento sustentável*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010, p. 92-93.

144 LIMA, Haroldo. *Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008, p. 109.

145 COSTA NETO, Pedro R.; ROSSI, Luciano F. S.; ZAGONEL, Giuliano F.; RAMOS, Luiz P. Produção de biocombustível alternativo ao óleo diesel através da transesterificação de óleo de soja usado em frituras. *Química Nova*, São Paulo, v. 23, n. 4, 2000, p. 534.

para receber o biodiesel, o que comprovou a viabilidade técnica do combustível alternativo<sup>14618</sup>. A despeito disso, os altos custos de produção em relação ao óleo diesel não permitiram que o biodiesel entrasse no mercado naquele instante<sup>14719</sup>.

Em virtude do aumento dos preços do óleo diesel na década de 1990 o Governo Federal passou a demonstrar interesse em desenvolver o biodiesel como alternativa energética real, tendo o Ministério da Ciência e Tecnologia lançado em 2002 o Programa Brasileiro de Desenvolvimento Tecnológico de Biodiesel (Probiodiesel), por meio da Portaria n. 702, com o objetivo de promover o desenvolvimento científico e tecnológico de biodiesel a partir de ésteres etílicos de óleos vegetais puros e/ou residuais. Em 2003 o Ministério das Minas e Energia lança o Programa Combustível Verde, estabelecendo a meta de produção de um milhão e quinhentos mil toneladas de biodiesel, enfocando desde então a promoção de emprego e renda na zona rural<sup>14820</sup>.

Em 2004 o Governo Federal lançou o Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel (PNPB), articulando a ação do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), do Ministério do Meio Ambiente (MMA), do Ministério das Minas e Energia (MME) e de outros órgãos federais, na tentativa de criar um programa mais completo do que o Probiodiesel. Embora se tratasse

---

146 COSTA NETO, Pedro R.; ROSSI, Luciano F. S.; ZAGONEL, Giuliano F.; RAMOS, Luiz P. Produção de biocombustível alternativo ao óleo diesel através da transesterificação de óleo de soja usado em frituras. *Química Nova*, São Paulo, v. 23, n. 4, 2000, p. 534-535.

147 MEIRELLES, Fábio de Salles. *Biodiesel*. Disponível em: <http://www.forumde-energia.com.br/nukleo/pub/biodiesel.pdf>. Acesso em: 20.ago. 2013, p. 13.

148 SILVA, Daiane Tessaro da; TRENTINI, Flávia. Biodiesel x sustentabilidade: um binômio possível? In: BENJAMIN, Antônio Herman; LECEY, Eládio; CAPPELLI, Sílvia (orgs). *Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009, V. 2, p. 28/29.

de uma política essencialmente energética, o Governo Federal procurou estabelecer por meio dela uma série de metas de ordem ambiental, econômica e social, cujas principais diretrizes seriam a implementação de um programa capaz de promover inclusão social, garantia de estoque, de preços competitivos e de qualidade e variedade de fontes oleaginosas e de regiões produtoras<sup>14921</sup>.

Entretanto, a Lei n. 11.097/05 foi realmente o grande marco jurídico o biodiesel, ao consolidar o PNPB dispondo sobre a introdução do mesmo na matriz energética brasileira e alterando a Lei n. 9.478/97. O *caput* do art. 2º da Lei n. 11.097/05 fixou uma percentagem obrigatória de adição mínima de 5% de biodiesel ao óleo diesel disponibilizado ao consumidor final em qualquer parte do território nacional. Esse fato representou um marco na Política Energética Nacional, porque foi a primeira medida jurídica efetiva de grande impacto na inclusão econômica de um biocombustível diferente do álcool. Entre as vantagens desse combustível, Rubens Onofre Nodari destaca as seguintes:

- >> é energia renovável, constituído de carbono que é capturado por meio da fotossíntese realizada pelas plantas, que, por sua vez, produzem e armazenam óleos vegetais, ou, ainda, pelo anabolismo em animais, que produzem gorduras;
- >> é uma alternativa econômica ao combustível de origem fóssil, que é finito;
- >> gera na sua combustão somente água e gás carbônico, contribuindo para evitar a emissão de gases do efeito estufa;

---

149 NODARI, Rubens Onofre. Sobre os biocombustíveis: impactos, benefícios e alternativas. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Biocombustíveis: fonte de energia sustentável? Considerações jurídicas, técnicas e éticas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

>> é menos poluente que o óleo diesel, uma vez que não possui em sua estrutura molecular enxofre (S), não gerando assim compostos secundários indesejáveis sulfurados, que são contaminantes da atmosfera terrestre;

>> poderá contribuir para a geração de empregos no setor primário;

>> oferece uma alternativa de autossuficiência para a agricultura familiar, pois o agricultor que produzir o óleo vegetal ou álcool poderá utilizá-lo como tal ou transformá-lo em combustível;

>> é uma estratégia de redução de custos da produção agrícola, se for utilizado localmente, já que o óleo vegetal ou álcool não necessita viajar milhares de quilômetros, nem recolher impostos, como os derivados de petróleo/

>> é um ótimo lubrificante, aumentando a vida útil do motor e, com base em suas condições físico-químicas, pode ser misturado em qualquer proporção com o diesel;

>> possui maior Índice de Cetano que o óleo diesel, oferecendo maior torque ao motor que o utiliza;

>> poderá, dependendo da política agrícola governamental, gerar trabalho e renda, evitando ou minimizando a migração do meio rural para o meio urbano<sup>15022</sup>.

Impende ressaltar ainda a versatilidade do biodiesel, que tanto pode ser adicionado aos derivados do petróleo, já que é

---

150 NODARI, Rubens Onofre. Sobre os biocombustíveis: impactos, benefícios e alternativas. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Biocombustíveis: fonte de energia sustentável? Considerações jurídicas, técnicas e éticas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57-58.

passível de utilização em motor a diesel sem necessidade de adaptação<sup>151</sup>, quanto poderá substituí-los. Isso significa que, enquanto se credencia como uma opção futura, o biodiesel é também uma forma de prolongar a sobrevivência da própria cadeia do petróleo.

Com efeito, o PNPB foi pensado também como uma forma de garantir a autonomia no atendimento ao consumo de óleo diesel no país<sup>15224</sup>, de maneira que o biodiesel pode ser tanto um combustível autônomo como um combustível acessório dentro da cadeia produtiva do petróleo. Isso significa que a euforia em torno da exploração do pré-sal não representa um obstáculo, embora seja lógico que o seu êxito ou malogro possa atribuir uma importância maior ou menor à indústria do biodiesel em um futuro não tão distante.

Por fim, se é verdade que os custos do biodiesel ainda são altos quando comparados ao diesel comum, importa dizer que essa diferença tende a diminuir com o aumento da escala de produção daquele. De mais a mais, o contínuo agravamento da problemática ambiental tende a fortalecer os combustíveis renováveis, que, inclusive, têm mais condições de também serem socialmente corretos.

### **3 Regulação jurídica do Biodiesel**

A mais importante norma jurídica brasileira na área de energia é a Lei n. 9.478/97, que dispõe sobre a Política Energética

---

151 CUNHA, João Vidal da. Biodiesel e Lei 11.097/05 – impactos ambientais desconhecidos, impactos sociais relevantes. In: BENJAMIN, Antônio Herman; LECEY, Eládio; CAPPELLI, Silvia (orgs). *Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008, v. 2, p. 449.

152 ASSIS, Wendell Ficher Teixeira; ZUCARELLI, Marcos Cristiano. *Despoluindo incertezas: impactos territoriais da expansão de agrocombustíveis e perspectivas para uma produção sustentável*. Belo Horizonte: O Lutador, 2007, p. 47.

Nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, além de instituir o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP). Essa lei foi criada com o objetivo de estabelecer a regulação jurídica do aproveitamento das fontes e recursos energéticos do país, constituindo-se o seu principal marco legal.

Contudo, desde a sua redação original a regulação do setor de petróleo e gás natural despontou como o principal enfoque da lei, em detrimento dos outros segmentos que compõem a nossa matriz energética<sup>153</sup>. Tanto que a maioria dos estudos sobre essa norma enfatizam apenas aqueles dois tipos de combustível<sup>154</sup>. A explicação para isso é que a mencionada lei surgiu no contexto da Emenda Constitucional n. 09/95, que quebrou o monopólio da União em relação às atividades decorrentes da indústria do petróleo e delegou à lei ordinária a regulamentação da matéria, alterando os §§ 1º e 2º art. 177 da Constituição da República:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

---

153 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 1003-1004.

154 COSTA, Maria D'Assunção. Marco regulatório do gás natural no Brasil. In: GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio (orgs). *Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007, p. 23-29, GARCIA, Flávio Amaral; ROCHA, Henrique Bastos. Aspectos ambientais da lei do petróleo (Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997). In: MORAES, Rodrigo Jorge; AZEVÊDO, Mariângela Garcia de Lacerda; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida (coords). *As leis federais mais importantes de proteção ao meio ambiente comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 257-287 e LEITE, Getúlio da Silveira; GUTMAN, José. O novo marco regulatório para as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. In: GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio (orgs). *Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007, p. 31-39.

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

(...)

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

A despeito disso, essa lei não deixou de fazer referência aos combustíveis alternativos em sua redação original, ao determinar, no art. 1º, IV e VIII, respectivamente, que a Política Energética Nacional visará à proteção do meio ambiente e à utilização de fontes alternativas de energia com o aproveitamento econômico dos materiais disponíveis. Por sua vez, o art. 2º, III, estabelece como uma das atribuições do CNPE a revisão periódica das matrizes energéticas utilizadas nas diversas regiões do país, devendo as fontes alternativas também ser levadas em consideração. Já o Decreto n. 3.520/00, que foi editado com o objetivo de regulamentar o funcionamento do referido conselho, também dispôs sobre o assunto em sua redação original, no art. 1º, I, d e h e III.

Trata-se de uma referência indireta ao biodiesel, bem como aos biocombustíveis de uma forma geral, uma vez que todos os combustíveis alternativos estariam contemplados. No entanto, é preciso deixar claro que isso não surtiu maior efeito prático, até porque o tratamento legislativo do assunto era esparso e superficial.

Somente com a Medida Provisória n. 214/04, convertida na Lei n. 11.097/05, que dispôs sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira, é que se legislou de forma mais detalhada a respeito do assunto. A partir dessa lei o biodiesel começou a ocupar um espaço mais relevante na Política Energética Nacional, pois ela modificou diversos pontos da Lei n. 9.478/97, alterando inclusive o nome da ANP para Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Mesmo se tratando de uma questão terminológica, a importância dessa alteração não pode ser menosprezada, visto que simboliza a intenção do Poder Público de priorizar também essa matriz energética.

Com isso, evidenciou-se que a agência reguladora responsável pela indústria do petróleo passou a regular também as atividades econômicas relacionadas ao biodiesel e aos biocombustíveis de forma geral. A Lei n. 11.097/05 também mudou a Lei n. 9.847/99, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis e estabelece sanções administrativas no caso de descumprimento das determinações legais, fazendo com que a produção, a importação, a exportação, a armazenagem, a estocagem, a distribuição, a revenda e a comercialização de biodiesel também passassem a ser objeto do controle público.

As infrações administrativas relacionadas ao biodiesel, e aos biocombustíveis de forma geral, passaram a ser punidas com as sanções administrativas previstas na Lei n. 9.847/97, as quais só podem ser aplicadas pelo setor de fiscalização da ANP. Em vista disso, as ínfimas penalidades impostas pelo Ministério da

Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) deixaram de ser aplicadas à indústria dos biocombustíveis, que é classificada pelo inciso XVIII do art. 6º da Lei n. 9.478/97 como o “conjunto de atividades econômicas relacionadas com produção, importação, exportação, transferência, transporte, armazenagem, comercialização, distribuição, avaliação de conformidade e certificação de qualidade de biocombustíveis”, prevalecendo as daquela lei:

Art. 2º. Os infratores das disposições desta Lei e demais normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo, à indústria de biocombustíveis, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis ficarão sujeitos às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis:

I - multa;

II - apreensão de bens e produtos;

III - perdimento de produtos apreendidos;

IV - cancelamento do registro do produto junto à ANP;

V - suspensão de fornecimento de produtos;

VI - suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;

VII - cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação;

VIII - revogação de autorização para o exercício de atividade.

Parágrafo único. As sanções previstas nesta Lei poderão ser aplicadas cumulativamente.

Art. 3º. A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

I - exercer atividade relativa à indústria do petróleo, à indústria de biocombustíveis, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, sem prévio registro ou autorização exigidos na legislação aplicável:

Multa - de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

II - importar, exportar ou comercializar petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis em quantidade ou especificação diversa da autorizada, bem como dar ao produto destinação não permitida ou diversa da autorizada, na forma prevista na legislação aplicável:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

III - inobservar preços fixados na legislação aplicável para a venda de petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, e álcool etílico combustível:

Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

IV - deixar de registrar ou escriturar livros e outros documentos de acordo com a legislação aplicável ou não apresentá-los quando solicitados:

Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

V - prestar declarações ou informações inverídicas, falsificar, adulterar, inutilizar, simular ou alterar registros e escrituração de livros e outros documentos exigidos na legislação aplicável:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

VI - não apresentar, na forma e no prazo estabelecidos na legislação aplicável ou, na sua ausência, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, os documentos comprobatórios de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, destinação e comercialização de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

VII - prestar declarações ou informações inverídicas, falsificar, adulterar, inutilizar, simular ou alterar registros e escrituração de livros e outros documentos exigidos na legislação aplicável, para o fim de receber indevidamente valores a título de benefício fiscal ou tributário, subsídio, ressarcimento de frete, despesas de transferência, estocagem e comercialização:

Multa - de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

VIII - deixar de atender às normas de segurança previstas para o comércio ou estocagem de combustíveis, colocando em perigo direto e iminente a vida, a integridade física ou a saúde, o patrimônio público ou privado, a ordem pública ou o regular abastecimento nacional de combustíveis:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

IX - construir ou operar instalações e equipamentos necessários ao exercício das atividades abrangidas por esta Lei em desacordo com a legislação aplicável:

Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais);

X - sonegar produtos:

Multa - de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

XI - importar, exportar e comercializar petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis fora de especificações técnicas, com vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

XII - deixar de comunicar informações para cadastro ou alterações de informações já cadastradas no órgão, alteração de razão social ou nome de fantasia, e endereço, nas condições estabelecidas:

Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

XIII - ocultar, violar ou inutilizar lacre, selo ou sinal, empregado por ordem da fiscalização, para identificar ou cerrar estabelecimento, instalação, equipamento ou obra:

Multa - de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

XIV - extraviar, remover, alterar ou vender produto depositado em estabelecimento ou instalação suspensa ou interditada nos termos desta Lei:

Multa - de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais);

XV - deixar de fornecer aos consumidores as informações previstas na legislação aplicável ou fornecê-las em desacordo com a referida legislação:

Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

XVI - deixar de cumprir Notificação para apresentação de documentos ou atendimento de determinações exigíveis na legislação vigente, quando tal obrigação não se constituir, por si só, em fato já definido como infração na presente Lei:

Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

XVII - deixar de comprovar orientação ou entrega de manuais, documentos, formulários e equipamentos necessários na forma da legislação vigente:

Multa - de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais);

XVIII - não dispor de equipamentos necessários à verificação da qualidade, quantidade estocada e comercializada dos produtos derivados de petróleo, do gás natural e seus derivados, e dos biocombustíveis:

Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

XIX - não enviar, na forma e no prazo estabelecidos na legislação aplicável, as informações mensais sobre suas atividades:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

É importante destacar que a Lei n. 9.478/97, mesmo após as alterações da Lei. 11.097/05, não fazia alusão direta a nenhuma outra modalidade de biocombustível que não fosse o biodiesel. A

ênfase dada pela referida lei ao biodiesel pode ser justificada pela falta de pesquisa e de planejamento em relação aos demais tipos de biocombustíveis, mas não em relação ao álcool, que é muito mais antigo na matriz energética brasileira do que o biodiesel ou do que qualquer outra espécie de biocombustível.

Com as referidas mudanças, o biodiesel passou a ser mais citado naquela lei do que o próprio biocombustível, o que é no mínimo contraditório, posto que este é o gênero do qual aquele é espécie. Na verdade, esse quadro só foi modificado com a Lei n. 12.490/2011, que introduziu inúmeras referências aos biocombustíveis.

Provavelmente o maior destaque da Lei n. 11.097/05, ao alterar a Lei n. 9.478/97, foi o estabelecimento no *caput* do seu art. 2º de um percentual obrigatório de adição mínima de 5% de biodiesel ao óleo diesel disponibilizado ao consumidor final em qualquer parte do território nacional. O prazo para aplicação desse percentual foi de oito anos após a publicação dessa lei, embora a partir de três anos já se devesse utilizar um percentual mínimo de 2%, conforme determinou o § 1º do mencionado dispositivo. É claro que essa obrigação foi certamente a medida mais concreta para a disseminação do biodiesel na matriz energética brasileira.

Ocorre que desde o dia 1º de janeiro de 2010 o óleo diesel nacional já contém 5% de biodiesel, em obediência à Resolução n. 6/2009 do CNPE, de forma que a meta foi atingida bem antes do prazo legal, o que corrobora o sucesso da PNPB. O Brasil é realmente um dos líderes mundiais no fabrico e no consumo de biodiesel, tendo em 2010 alcançado a produção de 2,4 bilhões de litros e a capacidade instalada de 5,8 bilhões de litros<sup>155</sup>. Prova

---

155 Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Biodiesel – introdução. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?pg=60468&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&car=&cps=&cachebust=1380352819981>. Acesso em: 28.jul.2013.

disso é que o percentual está para ser aumentado a qualquer momento para 6 ou 7%, com expectativa de chegar a 20% em 2020. A estimativa do MAPA é que até 2035 o país produza um volume de cerca de 50 bilhões de litros de biodiesel por ano apenas para o mercado interno<sup>156</sup>, o que implica dizer que as expectativas do Governo Federal em relação são deveras alvissareiras.

Alguns meses após a edição da Medida Provisória n. 214/04, foi editada a Medida Provisória n. 227/04, que foi convertida na Lei n. 11.116/2005, a qual dispôs sobre o registro especial do produtor ou importador do biodiesel na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda e sobre a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre as receitas decorrentes da venda desse produto. O objetivo disso foi fazer com que o biodiesel pudesse competir no mercado, já que sobre os combustíveis brasileiros incidem pelo menos seis tipos de tributos diferentes, a exemplo da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), do Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Destarte, a intenção é diminuir a carga tributária da produção de biodiesel, que pode chegar à redução integral no caso dos agricultores familiares das regiões Norte, Nordeste e semi-árido enquadrados no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) e detentores da concessão de uso do “Selo combustível social”, que é o conjunto de medidas específicas que visam incentivar a inclusão social da agricultura nessa cadeia produtiva. Para regulamentar a matéria foi editado o

---

156 ASSIS, Wendell Ficher Teixeira; ZUCARELLI, Marcos Cristiano. *Despoluindo incertezas: impactos territoriais da expansão de agrocombustíveis e perspectivas para uma produção sustentável*. Belo Horizonte: O Lutador, 2007, p. 49.

Decreto n. 5.297/04, que dispõe sobre os coeficientes de redução das alíquotas das contribuições mencionadas e sobre os termos e as condições para a utilização das alíquotas diferenciadas:

Art. 2º Fica instituído o selo “Combustível Social”, que será concedido ao produtor de biodiesel que:

I - promover a inclusão social dos agricultores familiares enquadrados no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF, que lhe forneçam matéria-prima; e  
II - comprovar regularidade perante o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

§ 1º Para promover a inclusão social dos agricultores familiares, o produtor de biodiesel deve:

I - adquirir de agricultor familiar, em parcela não inferior a percentual a ser definido pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, matéria-prima para a produção de biodiesel;

II - celebrar contratos com os agricultores familiares, especificando as condições comerciais que garantam renda e prazos compatíveis com a atividade, conforme requisitos a serem estabelecidos pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário; e

III - assegurar assistência e capacitação técnica aos agricultores familiares.

§ 2º O percentual de que trata o inciso I do § 1º:

I - poderá ser diferenciado por região; e

II - deverá ser estipulado em relação às aquisições anuais de matéria-prima efetuadas pelo produtor de biodiesel.

§ 3º O selo “Combustível Social” poderá, com relação ao produtor de biodiesel:

I - conferir direito a benefícios de políticas públicas específicas voltadas para promover a produção de combustíveis renováveis com inclusão social e desenvolvimento regional; e

II - ser utilizado para fins de promoção comercial de sua produção.

Art. 4º Os coeficientes de redução diferenciados da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, previstos no § 1º do art. 5º da Lei n. 11.116, de 2005, ficam fixados em:

I - 0,8129, para o biodiesel fabricado a partir de mamona ou fruto, caroço ou amêndoa de palma produzidos nas regiões norte e nordeste e no semiárido; e II - 0,9135, para o biodiesel fabricado a partir de matérias-primas adquiridas de agricultor familiar enquadrado no PRONAF;

III - um, para o biodiesel fabricado a partir de matérias-primas produzidas nas regiões norte, nordeste e no semi-árido, adquiridas de agricultor familiar enquadrado no PRONAF.

§ 1º Com a utilização dos coeficientes determinados nos incisos I, II e III do caput deste artigo, as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a receita bruta auferida pelo produtor, na venda de biodiesel, ficam reduzidas para:

I - R\$ 22,48 (vinte e dois reais e quarenta e oito centavos) e R\$ 103,51 (cento e três reais e cinquenta e um centavos), respectivamente, por metro cúbico de biodiesel fabricado a partir de mamona ou fruto, caroço ou amêndoa de palma produzidos nas regiões norte e nordeste e no semiárido; II - R\$ 10,39 (dez reais e trinta e nove centavos) e R\$ 47,85 (quarenta e sete

reais e oitenta e cinco centavos), respectivamente, por metro cúbico de biodiesel fabricado a partir de matérias-primas adquiridas de agricultor familiar enquadrado no PRONAF; e

III - R\$ 0,00 (zero), por metro cúbico de biodiesel fabricado a partir de matérias-primas produzidas nas regiões norte, nordeste e semi-árido, adquiridas de agricultor familiar enquadrado no PRONAF.

§ 2º O produtor de biodiesel, para utilização do coeficiente de redução diferenciado de que tratam os incisos II e III do § 1º deste artigo, deve ser detentor, em situação regular, da concessão de uso do selo “Combustível Social” de que trata o art. 2º deste Decreto.

§ 3º No caso de aquisição de matérias-primas que ensejem a aplicação de alíquotas diferentes para a receita bruta decorrente da venda de biodiesel, as alíquotas de que trata o § 1º deste artigo devem ser aplicadas proporcionalmente ao custo de aquisição das matérias-primas utilizadas no período.

§ 4º Para os efeitos do § 3º deste artigo, no caso de produção própria de matéria-prima, esta deve ser valorada ao preço médio de aquisição de matéria-prima de terceiros no período de apuração.

§ 5º As alíquotas deste artigo não se aplicam às receitas decorrentes da venda de biodiesel importado.

Além da desoneração tributária, o “Selo combustível social” é pré-requisito para a concorrência em leilões de compra de biodiesel da ANP e para a obtenção de melhores linhas de financiamento junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) e a outras instituições financeiras por parte de empresas ou projetos

de produção de biodiesel<sup>157</sup>. No entanto, para obter tais benesses é preciso adquirir percentuais mínimos de matéria prima oriunda da agricultura familiar, assumir compromisso de adquirir produção com preços previamente determinados e cumprir obrigações de prestações de serviço a exemplo da assistência técnica aos agricultores<sup>158</sup>.

Isso implica dizer que se deve seguir o percentual mínimo de aquisição de matéria-prima de agricultores familiares de acordo com a região em questão, de forma que a PNPB procura viabilizar a redução das desigualdades regionais e sociais, princípio da ordem econômica previsto no inciso VII do art. 170 da Constituição da República. A matéria também é regulamentada por meio de Instruções Normativas do MDA, a exemplo das de n. 1/2005, n. 2/2005, n. 1/2009 e n.1/2011, que estabelecem a possibilidade de os agricultores familiares participarem da cadeia produtiva como sócios das empresas ou por meio de associações ou cooperativas.

Nada impede que “Selo combustível social” seja utilizado com finalidades ambientais, diminuindo ou proibindo a destinação de benefícios às regiões que se pretende proteger, a exemplo de determinadas áreas do bioma amazônico ou de partes da caatinga e do cerrado, pois o mesmo instrumento pode servir para estimular ou desestimular essa indústria. É claro que isso não constituiria uma proibição, a qual só poderia ser tomada por meio do adequado zoneamento agroambiental, que consiste na medida administrativa destinada a organizar o uso e a ocupação do solo

---

157 NODARI, Rubens Onofre. Sobre os biocombustíveis: impactos, benefícios e alternativas. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Biocombustíveis: fonte de energia sustentável? Considerações jurídicas, técnicas e éticas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

158 ASSIS, Wendell Ficher Teixeira; ZUCARELLI, Marcos Cristiano. *Despoluindo incertezas: impactos territoriais da expansão de agrocombustíveis e perspectivas para uma produção sustentável*. Belo Horizonte: O Lutador, 2007, p. 46.

levando em consideração a vocação natural do lugar<sup>159</sup>. O Decreto n. 4.297/2002 regulamenta o inciso II do art. 9º da Lei n. 6.938/81 e estabelece critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico, cujo objetivo é "organizar, de forma vinculada, as decisões dos agentes públicos e privados quanto a planos, programas, projetos e atividades que, direta ou indiretamente, utilizem recursos naturais, assegurando a plena manutenção do capital e dos serviços ambientais dos ecossistemas".

De fato, essa lei é avançada no que pertine às questões econômica e social, mormente se comparada ao arcabouço jurídico do álcool – biocombustível de rendimento energético melhor<sup>160</sup>, mas cujo sistema monocultural não permite a inserção dos pequenos produtores. A despeito disso, a problemática ambiental deveria ter sido melhor observada, pois deveria haver um número maior de dispositivos legais mais efetivos. Cuida-se de uma contradição inaceitável, uma vez que a comunidade internacional tem alertado sobre os impactos ambientais negativos do biodiesel e dos biocombustíveis de maneira geral<sup>161</sup>. É preciso um cuidado especial com a monocultura, com o avanço sobre os biomas amazônico e cerrado e com os efeitos sobre a agricultura familiar e o plantio de alimentos<sup>162</sup>, o que deve ser objeto de atenção do licenciamento ambiental<sup>163</sup>.

---

159 MORAES, Rodrigo Jorge. *Setor sucroalcooleiro: regime jurídico ambiental das usinas de açúcar e álcool*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85-86.

160 SANTOS, Marisa Medeiros. *A tutela jurídica da cana-de-açúcar como biocombustível no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Fiuza, 2013, p. 141.

161 SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320.

162 ASSIS, Wendell Ficher Teixeira; ZUCARELLI, Marcos Cristiano. *Despoluindo incertezas: impactos territoriais da expansão de agrocombustíveis e perspectivas para uma produção sustentável*. Belo Horizonte: O Lutador, 2007, p. 55.

163 FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 41-45.

Se os benefícios ecológicos trazidos pelo biodiesel são evidentes, isso não significa que os seus impactos ambientais devam ser ignorados pelo Poder Público. Com efeito, é sintomático que nem a ANP nem o CONAMA tenha editado uma norma mais específica estabelecendo os padrões de qualidade ambiental ou o regime de licenciamento ambiental do biodiesel. O problema é que, diante de um caso concreto, os órgãos ambientais poderão se basear em normas ou em padrões de qualidade ambiental relacionados às outras matrizes energéticas existentes no país ou mesmo à agricultura, o que pode causar prejuízos ao meio ambiente e à qualidade de vida da coletividade. Em outras palavras, apesar de o biodiesel só ter ganho evidência por conta de sua dimensão ecológica, o seu arcabouço jurídico priorizou os aspectos econômico e social em detrimento do ambiental.

#### **4 O biodiesel na legislação estadual**

Em diversas unidades federativas brasileiras, instituiu-se por lei ou por decreto uma política ou programa com o intuito de estimular a pesquisa e a produção de biodiesel. Dessa forma, são estabelecidos genericamente os objetivos nas áreas de ciência e tecnologia, desenvolvimento econômico, agricultura, meio ambiente, energia, receita tributária e transportes, bem como o comitê ou conselho gestor responsável pelo acompanhamento dessas ações.

Em regra, também são previstos os convênios com instituições oficiais de crédito, a exemplo do Banco do Brasil, e com instituições de pesquisa, como a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA. Trata-se, em essência, de tentativas de estadualização do PNPB, até porque possuem as mesmas diretrizes de desenvolvimento econômico, inclusão social e proteção do meio ambiente. Entretanto, como na maioria dos casos não existem instrumentos efetivos para incentivar o biodiesel, a

exemplo de linhas de crédito realmente atrativas ou de vinculação orçamentária significativa, é possível dizer que em vários casos essas normas são meras declarações de vontade.

Os demais tipos de biocombustíveis foram também praticamente ignorados pelas legislações estaduais, com exceção de uma ou outra norma ou dispositivo legal normalmente genérico. Mesmo o álcool combustível acaba sendo tratado apenas sob o aspecto tributário, por meio de incentivos fiscais.

É o caso do Estado de Alagoas, que criou o Programa do Biodiesel por meio do Decreto n. 3.261/06 com o objetivo de fomentar a pesquisa e a produção de biodiesel. Segundo o art. 9º do decreto citado, as despesas ficarão a cargo da disponibilidade orçamentária das instituições públicas ou privadas envolvidas.

Na Bahia o Decreto n. 10.650/07 criou o Programa Estadual de Produção de Bioenergia e criou uma comissão executiva responsável pela sua gestão. Não existe previsão de linhas de financiamento ou de fontes orçamentárias.

Em Goiás o Decreto n. 6.085/05 instituiu o Programa Goiano de Biodiesel e a Lei n. 15.435/05 criou o Fundo de Incentivo ao Biodiesel – FUNBIODIESEL, com o intuito de incentivar a pesquisa, a inovação e o desenvolvimento tecnológico em todas as etapas da cadeia produtiva do biodiesel. O fundo recebe contribuições do percentual de até 3% sobre o valor do financiamento do crédito especial para investimento concedido para empreendimentos relacionados à produção do biodiesel, do percentual de até 20% a incidir sobre o montante da diferença entre o valor do ICMS calculado com a aplicação da tributação integral e o calculado com a utilização de benefício ou incentivo fiscal relativo ao biodiesel, de financiamentos nacionais ou internacionais de projetos específicos de pesquisas e desenvolvimento e de recursos orçamentários, entre outras fontes. É uma medida interessante, porque nenhuma política pública pode ser pautada apenas em declarações de vontade.

No Mato Grosso o Decreto n. 8.794/08 regulamentou a Lei n. 8.794/08, que institui a Política Estadual de Apoio à Produção e à Utilização do Biodiesel, de óleos vegetais e de gordura animal. São destinados recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Mato Grosso, afora as linhas de crédito já existentes, procurando também inserir a agricultura familiar. Nas operações feitas com biodiesel-100 foi estabelecida a carga tributária de 7%, ao passo que nas operações realizadas a carga tributária final será de 3%, limitadas a 30% da produção do estabelecimento industrial. Contudo, a soja, o caroço de algodão, o sebo e a gordura animal estão excluídos desse benefício.

O Mato Grosso do Sul passou a ter um programa oficial de produção de biodiesel com a Lei n. 3.419/07, que procura articular a atuação do Estado, dos Municípios e da iniciativa privada. O Poder Executivo Estadual ficou encarregado de delimitar as áreas propícias ao plantio de oleaginosas, e de inserir os assentamentos rurais nessa política. No § 3º do art. 7º, existe a determinação de que os veículos movidos a diesel da frota das entidades públicas estadual e municipais sejam abastecidas com biodiesel, na proporção de 50% da produção auferida para cada ente. A lei também prevê o apoio à reciclagem de matérias graxas de origens animal e vegetal na produção de biocombustíveis e seus derivados.

Em Minas Gerais a Lei n. 15.976/06 instituiu a Política Estadual de Apoio à Produção e à Utilização do Biodiesel e de óleos vegetais, tendo sido regulamentada pelo Decreto n. 44.345/06, que criou o Conselho Gestor da Política Estadual do Biodiesel e o Comitê Executivo da Política Estadual do Biodiesel. Cabe ao Poder Executivo fazer um zoneamento ecológico-econômico nas diversas regiões do Estado para especificar a aptidão para o cultivo de oleaginosas, o potencial para produção de culturas de oleaginosas pela agricultura familiar e as zonas mais adequadas à instalação de unidades industriais para produção de biodiesel. O Poder Executivo também ficou encarregado de

destinar recursos ao financiamento de projetos de pesquisa e de promover assistência técnica e extensão. Ficou determinado que o Estado promoverá gradualmente a substituição do diesel mineral pelo biodiesel na frota automotiva e nos motores estacionários a diesel de sua propriedade, só que o prazo e a forma disso ainda precisam ser regulamentados.

Na Paraíba a Lei n. 7.761/05 instituiu um programa de biodiesel voltado especificamente para a cultura da mamona. O art. 6º prevê que as unidades familiares enquadradas no critério de agricultura familiar que cultivem a mamona com capacidade de produção acima de 30 toneladas por ano deverão se unir por meio de cooperativas, sob a orientação da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Econômico. Nesse aspecto, a legislação paraibana chega a ser até mais avançada do que a federal, visto que dá mais ênfase à organização coletiva dos pequenos produtores. É pena que essa e outras medidas relevantes previstas, como a instalação de usinas de beneficiamento de mamona, simplesmente não foram implementadas.

No Paraná o Decreto n. 2.101/03 criou o Programa Paranaense de Bioenergia – PR/BIOENERGIA, cujas ações ficaram a cargo da Secretaria de Estado da Agricultura e do Abastecimento e da Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior. Tal programa poderia ser mais avançado, prova disso é que o Comitê Gestor de Bioenergia instituído no art. 3º é meramente consultivo.

Por meio do Decreto n. 37.927/05 o Rio de Janeiro criou o RioBiodiesel, estabelecendo um programa de metas relativamente detalhado e um comitê gestor sem poder deliberativo. Não há também previsão de orçamento próprio.

Em São Paulo o Decreto n. 51.736/07 instituiu a Comissão Especial de Bioenergia, ligada ao gabinete do Governador. O objetivo principal da comissão é elaborar o Plano de Bioenergia, uma espécie de plano estadual de metas voltado primordialmente

para o álcool combustível e o biodiesel, embora teoricamente contemple as demais formas de biocombustíveis.

Quanto à questão tributária, é sabido que aos Estados cabe estimular a produção e uso de biocombustíveis por meio de alíquotas de incidência do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicações (ICMS) mais favoráveis. Isso significa que na prática o mais importante incentivo fiscal a esse tipo de combustível pode ser dado pelos Estados, já que esse é o tributo com maior arrecadação no país.

Nesse diapasão, o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) expediu o Convênio ICMS n. 105/03 autorizando os Estados de Alagoas, Ceará, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Sergipe e Tocantins a conceder isenção do tributo em tela nas operações internas com produtos vegetais destinados à produção de biodiesel. O álcool combustível não goza dos mesmos privilégios por já representar uma fonte relevante de arrecadação, ao contrário do que ocorre com o biodiesel e os demais biocombustíveis. É possível que o biodiesel seja estimulado apenas por não se constituir ainda uma base econômica de incidência relevante.

De uma maneira geral, as legislações estaduais praticamente não dispõem sobre os demais tipos de biocombustíveis, a não ser o álcool e o biodiesel. Por fim, importa dizer que os Estados precisam criar mais mecanismos de incentivo ao biodiesel, bem como fazer com que os mecanismos existentes tenham mais efetividade.

## **5 Considerações finais**

Ao alterar a Lei n. 9.478/97, a Lei n. 11.116/05 estabeleceu um marco jurídico específico para a produção e importação de biodiesel, ainda que em determinados pontos faça referência

aos biocombustíveis de uma forma geral. Essa lei fez com que a cadeia de produção do biodiesel, e dos biocombustíveis de forma geral, passasse a ser regulada, e, conseqüentemente, fiscalizada e autuada, pela ANP, cujas sanções administrativas são muito mais efetivas do que as anteriormente aplicadas pelo MAPA.

Provavelmente o maior avanço foi o estabelecimento de um percentual obrigatório de adição mínima de 5% de biodiesel ao óleo diesel no prazo de oito anos. Prova disso é que desde o dia 1º de janeiro de 2010 o óleo diesel nacional já contém 5% de biodiesel, sendo o Brasil um dos líderes mundiais no fabrico e no consumo de biodiesel, de maneira que o êxito do PNPB é evidente.

Se os benefícios ecológicos trazidos pelo biodiesel são evidentes, isso não significa que os seus impactos ambientais devam ser ignorados pelo Poder Público. Com efeito, é sintomático que nem a ANP nem o CONAMA tenha editado uma norma mais específica estabelecendo os padrões de qualidade ambiental ou o regime de licenciamento ambiental do biodiesel. Em outras palavras, apesar de o biodiesel só ter ganho evidência por conta de sua dimensão ecológica, o seu arcabouço jurídico priorizou os aspectos econômico e social em detrimento do ambiental.

Adotou-se um regime tributário específico para o biodiesel, ao adotar um modelo de apuração e recolhimento da contribuição do PIS/PASEP e da COFINS sobre a receita bruta auferida pelo produtor ou importador. Para isso, a inclusão dos agricultores familiares e a priorização das regiões mais pobres do país, a exemplo do semiárido nordestino, é fundamental. Para isso foi instituído o “Selo combustível social”, que é pré-requisito para concorrer em leilões de biodiesel da ANP e para a obtenção de melhores linhas de financiamento junto ao BNDES e a outras instituições financeiras.

A falta de organização sindical dos agricultores é um problema grave, porque as políticas públicas são elaboradas e

executadas sem a presença da representação coletiva obreira, de forma que a participação social deixa a desejar. O Poder Público deveria incentivar mais efetivamente a criação de cooperativas de agricultores da cadeia de biodiesel. Por outro lado, a questão ambiental também deveria ser incorporada à questão social, mormente porque os pequenos agricultores dispõem de poucos meios para combater a degradação. Seria interessante a criação de um marco legal para os biocombustíveis em geral, que incluísse também o álcool, que abordasse a temática de forma mais aprofundada e holística.

Embora já esteja incorporado à matriz energética brasileira, o fato é que a produção e o uso do biodiesel ainda estão em fase inicial se comparados às expectativas existentes em torno do assunto. Os incentivos fiscais em âmbito estadual são tímidos, e muitas vezes tais políticas se limitam a criar um programa ou uma política e a instituir um comitê ou conselho gestor. É importante destacar que os grandes incentivos do Poder Público à produção de biodiesel são mesmo de ordem econômica e social, não tendo sido a proteção ecológica definida como prioridade, pois não foram criados dispositivos concretos para isso.

## 6 Referências

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Biodiesel – introdução. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?pg=60468&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&cache-bust=1380352819981>. Acesso em: 28.jul.2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ASSIS, Wendell Ficher Teixeira; ZUCARELLI, Marcos Cristiano. *Despoluindo incertezas: impactos territoriais da expansão*

*de agrocombustíveis e perspectivas para uma produção sustentável.* Belo Horizonte: O Lutador, 2007.

COSTA, Maria D'Assunção. Marco regulatório do gás natural no Brasil. In: GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio (orgs). *Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais.* Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007.

COSTA NETO, Pedro R.; ROSSI, Luciano F. S.; ZAGONEL, Giuliano F.; RAMOS, Luiz P. Produção de biocombustível alternativo ao óleo diesel através da transesterificação de óleo de soja usado em frituras. *Química Nova*, São Paulo, v. 23, n. 4, 2000.

CUNHA, João Vidal da. Biodiesel e Lei 11.097/05 – impactos ambientais desconhecidos, impactos sociais relevantes. In: BENJAMIN, Antônio Herman; LECEY, Eládio; CAPPELLI, Silvia (orgs). *Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia.* São Paulo: Imprensa Oficial, 2008, v. 2.

FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos.* 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FARIAS, Talden. Regulação dos biocombustíveis no âmbito estadual. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Biocombustíveis: fonte de energia sustentável? Considerações jurídicas, técnicas e éticas.* São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Ana Mônica Medeiros. *Os instrumentos de incentivo à produção e uso de biodiesel no Brasil: uma análise constitucional sob o princípio do desenvolvimento sustentável.* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

GARCIA, Flávio Amaral; ROCHA, Henrique Bastos. Aspectos ambientais da lei do petróleo (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997). In: MORAES, Rodrigo Jorge; AZEVÊDO, Mariângela Garcia de Lacerda; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida (coords). *As leis federais mais importantes de proteção ao meio ambiente comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

INTERNATIONAL Energy Agency. World energy outlook 2007: China and India insights. Organisation for Economic Co-operation and Development/International Energy Agency: Paris, 2007.

LEITE, Getúlio da Silveira; GUTMAN, José. O novo marco regulatório para as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. In: GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio (orgs). *Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Haroldo. *Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008.

LONGA, Dulce Conceição Pinheiro. *Biocombustíveis: uma análise das políticas públicas*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Regulação da Indústria da Energia da Universidade de Salvador. Salvador: 2008.

MAIA, Lis Pereira. *A regulação social de biocombustíveis na matriz energética brasileira*. Monografia de conclusão de curso de graduação em Direito apresentada à Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2012.

MEIRELLES, Fábio de Salles. *Biodiesel*. Disponível em: <http://www.forumdeenergia.com.br/nukleo/pub/biodiesel.pdf>. Acesso em: 20.ago. 2013.

MORAES, Rodrigo Jorge. *Setor sucroalcooleiro: regime jurídico ambiental das usinas de açúcar e álcool*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NODARI, Rubens Onofre. Sobre os biocombustíveis: impactos, benefícios e alternativas. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Biocombustíveis: fonte de energia sustentável? Considerações jurídicas, técnicas e éticas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROÁLCOOL – Programa Brasileiro de Álcool. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/proalcool/pro-alcool.htm>. Acesso em: 20.jul.2009.

SALEME, Edson Ricardo; GIRÃO, Mardônio da Silva. In: BENJAMIN, Antônio Herman; LECEY, Eládio; CAPPELLI, Sílvia (orgs). *Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009, v. 1.

SANTOS, Marisa Medeiros. *A tutela jurídica da cana-de-açúcar como biocombustível no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Fiúza, 2013.

SILVA, Daiane Tessaro da; TRENTINI, Flávia. Biodiesel x sustentabilidade: um binômio possível? In: BENJAMIN, Antônio Herman; LECEY, Eládio; CAPPELLI, Sílvia (orgs). *Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009, v. 2.

SILVA, Henry Iure de Paiva. A temática ambiental como promotora de mudanças no sistema de relações econômicas internacionais: a

hora e a vez dos biocombustíveis. *Datavênia*, Campina Grande, v. I, nº 1, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



# O SEMIÁRIDO SUSTENTÁVEL - UMA CONSTRUÇÃO DISCURSIVA? REFLETINDO CONCEITOS E NARRATIVAS SOBRE E PARA O SEMIÁRIDO BRASILEIRO

*Cristian José Simões Costa  
Glauce Suely Jácome da Silva  
Rozeane Albuquerque Lima*

“...E não há melhor resposta  
que o espetáculo da vida:  
vê-la desfiar seu fio  
que também se chama vida,  
ver a fábrica que ela mesma,  
teimosamente, se fabrica,  
vê-la brotar como há pouco  
em nova vida explodida;  
mesmo quando é assim pequena  
a explosão, como a ocorrida;  
mesmo quando é uma explosão  
como a de pouco, franzina;  
mesmo quando é a explosão  
de uma vida severina”  
(MELO NETO, 2000, p. 80).

## Introdução

**I**nciamos este texto refletindo sobre a força da resiliência nas últimas páginas do texto do poema de João Cabral de Melo Neto: *Morte e Vida Severina*. Aos que conhecem e sabem e

intensidade do texto, fica o convite para lermos melhor a mensagem das últimas estrofes, sobre a capacidade que temos de nos reconstruirmos, sobre a resiliência, que neste caso se refere ao ser humano, mas também se refere ao ambiente semiárido, objeto de estudo do autor (e também nosso nesse texto). Aos que não conhecem, sintam-se provocados a uma leitura impactante que pode mudar o seu olhar e o seu pensar sobre o ser humano e o ambiente semiárido no Brasil.

Caro leitor, ao longo destas próximas páginas iremos dialogar um pouco sobre a relação do ser humano para com a natureza e também sobre o discurso da sustentabilidade, sobre como ele é recepcionado pelo Brasil e notadamente pelo Nordeste brasileiro, como as palavras e conceitos se deslocam adquirindo novos sentidos e significados e sobre como este discurso e estes deslocamentos de sentidos podem nos afetar no cotidiano. Convidamos você a embarcar conosco neste passeio que se anuncia interdisciplinar e pretende contribuir para o debate que pensa alternativas para o que hoje se nomeia Semiárido Brasileiro.

Vamos iniciar então? Que tal uma viagem para um passado bem remoto da humanidade? Vamos ao Neolítico...

Pensar a história do ser humano no planeta nos remete a também pensar a história da exploração dos recursos naturais em prol do bem estar da espécie, afinal, desde a sua sedentarização, ainda no período Neolítico, o ser humano intensificou as atividades de agricultura e pecuária e começou a acumular resíduos sólidos modificando a paisagem em sua volta. Como afirmou Schama: “A agricultura intensiva possibilitou todo tipo de males modernos. Rasgou a terra para alimentar populações cujas demandas (por necessidade ou por luxo) provocaram mais inovações tecnológicas que, por sua vez, ao exaurir os recursos naturais, impulsionaram mais e mais o ciclo exasperado de exploração ao longo de toda a história do Ocidente” (1996, p. 23-24).

Agora, vamos reduzir a escala e nos aproximar um pouco mais da nossa realidade... Em um recorte mais próximo, podemos pensar a primeira atitude do europeu ao chegar às terras que hoje concebemos como Brasil. A derrubada de uma árvore para com ela se fabricar a cruz que serviria de apoio para a celebração da primeira missa tem um duplo aspecto simbólico: tanto há um simbolismo religioso que remete à imposição de uma crença sobre as demais aqui já existentes (que não é o foco do texto aqui proposto), quanto remete ao simbolismo de exploração dos recursos naturais da terra “descoberta”.

### **O Nordeste e o Semiárido- a construção de um espaço**

Meu Deus, meu Deus  
Setembro passou  
Outubro e novembro  
Já tamo em dezembro  
Meu Deus, que é de nós  
(Meu Deus, meu Deus)  
Assim fala o pobre  
Do seco nordeste  
Com medo da peste  
Da fome feroz  
(ASSARÉ, 1978, p. 89)

O Brasil, agora recortando um pouco mais, o que hoje concebemos como Nordeste brasileiro foi palco, dentre outras degradações ambientais, da derrubada da Mata Atlântica para a introdução da monocultura da cana-de-açúcar (DEAN, 1996).

Enfatizando o aspecto econômico o que hoje se conhece como Nordeste brasileiro (hoje porque, de acordo com Albuquerque Júnior (2011), o Nordeste enquanto região foi concebido depois da década de 1910, antes tudo isso era conhecido como o Norte do Brasil) foi e ainda é descrito por livros de várias áreas do saber como uma região próspera até o século XIX, quando há uma crise

mundial que afeta o comércio da cana de açúcar, principal produto que Portugal explorava na colônia que implantou neste espaço.

Ao longo do século XIX, o Nordeste brasileiro foi palco da falência de muitos engenhos, da interiorização (pois a massa da população se encontrava na faixa litorânea, que oferecia as condições propícias para o cultivo da cana de açúcar, expulsando os indígenas e “forasteiros” para os sertões) e da mudança na construção da sua imagem em um cenário nacional.

Abrimos aqui um parêntese para pensar na proposta de Saussure (1995) que decompôs o signo em significante e significado, sendo o primeiro, a palavra, algo mais estável e o segundo, o significado algo móvel, mutável. Também Koselleck (2006) alerta para a possibilidade de historicizar os conceitos e para os deslocamentos que os significados das palavras sofrem ao longo do tempo-espaço.

Dito isto, pensemos os sertões e os deslocamentos do seu significado:

O sertão já era um conceito trabalhado no Brasil colonial. Nesta época ele indicava o lugar do nada, do medo, do desconhecido; o lugar em que o português tinha que sair da sua zona de conforto e conhecimento, localizada no litoral brasileiro de então; o lugar para onde as comunidades indígenas foram expelidas quando tiveram que desocupar a faixa litorânea, hoje conhecida como Mata Atlântica ou Zona da Mata, para dar lugar à monocultura da cana de açúcar; estas comunidades foram, de uma forma geral, invisibilizadas por historiadores até a década de 1980.

Ao longo dos séculos XIX e XX houve um deslocamento no significado do sertão. A literatura, a pintura e várias outras manifestações culturais e também políticas, o constroem como o lugar do “ser tão” especial, de um ser

humano que tinha características específicas, uma identidade que perpassava não apenas o fenótipo desenhado para lidar com as adversidades climáticas de uma região com um índice pluviométrico irregular, mas também uma construção psicológica que o dizia um ser forte, bravo, de poucas palavras (até porque não tinha um vocabulário muito extenso), bronco, um ser que já não era mais o indígena expulso do litoral, mas o mulato, fruto de uma miscigenação que contemplava não apenas o português, mas também os negros, no caso do sertão, principalmente os que fugiam das senzalas dos engenhos litorâneos, alguém que “combinava” e se “integrava” de forma “harmônica” com o meio (um exemplo, dentre os vários, desta construção é o livro de Graciliano Ramos: *Vidas secas*. No romance o personagem principal, Fabiano, é construído baseado no vaqueiro nordestino alguém que tem um fenótipo miscigenado entre os portugueses que no Brasil chegaram e os grupos indígenas que habitavam o interior do Nordeste, rude, forte e corajoso (características importantes para se adaptar à vida na Caatinga), mas ao mesmo tempo, de poucas palavras, inseguro, que se sente inferior a todos em sua volta (RAMOS, Graciliano. *Vidas secas*. 23ª ed. São Paulo: Martins, 1969). Meio que também era construído a partir das imagens do sertão em seu período de estiagem e que unificava a região. (LIMA, 2016, s/p).

Mas, caro leitor, porque, falando de Nordeste, começamos falando de Mata Atlântica e depois de sertões? É perceptível a mudança de paisagem do Nordeste brasileiro nos livros de história, de geografia, de geopolítica e em tantos outros ao longo do tempo-espaço. Falar deste espaço até o século XIX era falar

de uma região próspera, rica, próxima da elite ocidental que a construiu. Falar de Nordeste a partir do século XX significa falar das secas que castigam os sertões (que também recebem várias nomenclaturas ao longo do tempo-espaço e das intenções: sertões, Caatinga, Semiárido, Polígono das Secas, entre outras). E porque este Nordeste foi inventado? Sim, leitor, inventado. Mas inventado aqui não tem o sentido do senso comum. Usando as palavras de Albuquerque Júnior, o Nordeste foi inventado, tomando-se por invenção o conceito do próprio autor:

Invenção não quer dizer que algo se originou do nada, a invenção se dá a partir de alguma coisa, não há nada inventado que não tenha pressupostos, que não tenha algo que o anteceda. A palavra invenção tem esse sentido de ressaltar, de remarcar que aquilo foi construído em um dado momento, pelos homens, pelas relações sociais, que foi construído no campo da cultura, no campo do pensamento, que emergiu a partir de ações humanas. (ALBUQUERQUE JUNIOR, 2011).

É do próprio Albuquerque Júnior a afirmação de que o Nordeste foi inventado a partir do momento em que as elites deste espaço, falidas ou em decadência devido à crise mundial no comércio da cana de açúcar, perceberam nas secas, fenômeno natural que sempre ocorreu na região, uma alternativa para angariar recursos financeiros para a região, afinal, a seca ‘castiga, provoca fome, sede, migração, miséria’, todos esses ‘motivos’ são plausíveis de comoção popular e porque não destinar recursos nacionais para mitigar este grave problema?

As imagens do Nordeste canavieiro, próspero, vivo, verde, foram trocadas pelas imagens do chão esturricado, das carcaças de gado morto, dos vários cactos da região, de uma população estereotipada através do uso de chapéu de couro, de sandália de

sofa, da magreza, da roupa surrada, da migração, do pouco grau de instrução. Imagens reproduzidas pela mídia principalmente, mas também pela literatura, pela pintura, pelo cinema, pela música e por tantas outras manifestações artísticas e culturais.

Foi neste contexto que surgiram o DNOCS (Departamento Nacional de Obras Contra a Seca) e a SUDENE (Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste). As políticas públicas para a região eram definidas tendo por norte o combate à seca e a toda a miséria social, econômica e ambiental dela decorrentes.

Amigo leitor, este discurso hegemônico que criou este Nordeste emergiu no começo do século XX e foi preponderante até a década de 1980, quando, inicialmente, algumas Organizações Não Governamentais (OnGs), que mais adiante comporiam a Articulação do Semiárido e a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), começaram a apresentar alternativas outras que não a migração e o sofrimento: era possível conviver com o Semiárido. Mais tarde surgem outras instituições que abracem esta ideia, a exemplo da própria Articulação do Semiárido, do Instituto Nacional do Semiárido e da Universidade Federal Rural do Semiárido.

Aqui temos outro discurso se instalando. Se tivemos, durante muito tempo, as obras contra a seca e a ênfase ao sertão, à Caatinga e ao polígono das secas como norteadores de uma construção do Nordeste, agora com a convivência com o semiárido, a evidência maior é dada ao espaço enquanto uma região semiárida. O que muda? Bem, leitor, você deve saber que a Caatinga é um bioma exclusivo, único bioma inteiramente brasileiro. Ao pensarmos em regiões áridas e semiáridas, o discurso se internacionaliza, permite outras articulações, afinal a semiaridez não é exclusividade do Brasil, ela existe em várias regiões do mundo. O Semiárido insere a discussão sobre alternativas para a região em um cenário internacional maior.

O discurso da convivência com o semiárido também inaugurou políticas públicas bem diferentes das anteriores: O programa um milhão de cisternas e tantos outros aqui se localizam. Mas vale lembrar que o discurso da convivência não excluiu o discurso das obras contra a seca. Eles existem paralelamente, se alternando, se articulando quando necessário. E vale lembrar também, que o Semiárido abrange uma região muito grande e diversa em vários aspectos: culturais, econômicos, políticos, ambientais entre outros, cujas alternativas também devem compreender e respeitar essa diversidade. É muito pouco provável que alternativas para o semiárido brasileiro pautem grandes obras, ou soluções que possam facilmente ser replicadas em muitos lugares.

Amigo leitor, falamos até então sobre um contexto histórico-social, econômico político mais geral e, em seguida, afunilamos para o Nordeste brasileiro, tratando um pouco da construção imagético-discursiva desta região. Mas você deve estar pensando, e o discurso da sustentabilidade, onde se localiza? Vejamos... No momento vamos interromper um pouco a nossa narrativa sobre a região semiárida para compreender melhor a emergência do discurso da sustentabilidade e a sua influência na legislação ambiental.

## **A emergência do discurso da sustentabilidade**

“... embora a história do ambiente seja uma das mais originais e instigantes que estão sendo escritas hoje, ela, inevitavelmente, expõe o mesmo quadro desanimador: terras tomadas, exploradas, exauridas, culturas tradicionais que sempre viveram numa sagrada relação de reverência com o solo e foram desalojadas pelo individualista displicente, pelo agressor capitalista...” (SCHAMA, 1996, p. 23)

Inicialmente cabe lembrar que, apesar de ser possível refletirmos e analisarmos os contextos ambientais anteriores a 1960, o debate da sustentabilidade não havia se instaurado até então. A preocupação com a finitude de recursos naturais e consequente capacidade de carga do planeta, se inicia a partir do momento em que a substituição da produção manufatureira pela industrial avança principalmente no mundo Ocidental, consumindo cada vez mais recursos naturais e estimulando o consumo de produtos industrializados.

Em nível internacional, o maio de 1968 na Europa estimulou o crescimento do movimento ambientalista, também fomentado pelo apelo a não poluição e ao não consumo feito pelo movimento hippie estadunidense. A consolidação deste movimento e a criação de grandes organizações não governamentais, dentre elas o Greenpeace, e dos Partidos Verdes, são exemplos de como esta sensibilidade e preocupação com a preservação da natureza emergiu nas décadas seguintes. Conferências, tratados internacionais e uma ampla legislação começou a ser tecida sobre o tema. Estas, ao serem recepcionadas pelos países, inspiraram legislações mais específicas para atender à realidade local e geraram políticas e ações públicas e privadas. Também vindo desse recorte temporal, mas em outro espaço, que influenciou o que temos posto na seara ambiental é o discurso proposto pelo movimento hippie nos Estados Unidos. O faça você mesmo proposto pelo movimento era um claro recado contra o consumo em massa que ocorria no país, estimulado pelo capitalismo vigente. Junto com o movimento do anticonsumo a proposta de vida era também de proximidade com a natureza, de uma relação outra com esta que não a de apenas explorar seus recursos. Os Hippies também fizeram denúncias sobre poluição do meio ambiente.

Mas, leitor, chamamos você novamente para um mergulho no cenário interno: O crescimento vivido pelo Brasil à época do que Thomas Skidmore (1988) chamou de milagre econômico permitiu a emergência de problemas ambientais os mais diversos:

o aumento na frota de veículos demandou a abertura de mais vias, o que acentuou o desmatamento, a canalização de rios e córregos e a liberação de diversos poluentes na atmosfera, dentre os quais o monóxido de carbono; o inchaço nas cidades, provocado pelo êxodo rural, com o aumento da oferta de empregos na zona urbana, alavancou um crescimento desordenado, sem infraestrutura adequada e a produção de resíduos; a demanda por mais alimentos na cidade e o esvaziamento do campo impulsionou o uso de agrotóxicos e de sementes geneticamente modificadas nas lavouras com o argumento de aumento da produtividade; a expansão da fronteira agropecuária no Centro-Oeste e no Norte também foi fomentada em nome de uma maior produção, impulsionando o desmatamento da Floresta Amazônica. Este foi o cenário ambiental vivenciado no país na década de 1970.

Foi neste cenário que, em 1972, a Organização das Nações Unidas- ONU realizou a *Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente*, conhecida como *Conferência de Estocolmo* (Suécia), com a presença de 113 países, da qual o Brasil é signatário. Ao final, foi produzido um documento: *Os limites do crescimento* (1972) que, dentre outros temas, tratou do aumento da população global, da exploração dos recursos naturais e do aumento da poluição atmosférica. Após a Conferência, o Brasil foi pressionado internacionalmente a fazer gestão ambiental integrada. Foi como resposta a estas pressões que a Secretaria Especial de Meio Ambiente – SEMA foi criada pelo **Decreto nº 73.030, de 30 de outubro de 1973**. Vinculada ao Ministério do Interior, ela estruturou o marco regulatório da área ambiental no país, com destaque para a elaboração da Lei 6.938/81, que dispôs sobre a Política Nacional de Meio Ambiente.

Antes da criação da SEMA já haviam algumas intuições que se aproximavam do debate ambiental no Brasil. A Lei Delegada nº 10, de 11 de outubro de 1962 criou a Superintendência de Desenvolvimento da Pesca – SUDEPE, vinculada ao Ministério

da Agricultura, a quem competia gerir a pesca no Brasil através de um Plano Nacional de Desenvolvimento da Pesca (PNDP), por ela elaborado, e da aplicação do Código de Pesca.

Outra instituição importante na seara ambiental nas décadas de 1970 e 1980 foi o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, criado em 1967 pelo Decreto-Lei nº 289, de 28 de fevereiro de 1967 e vinculado ao Ministério da Agricultura. O Instituto era encarregado, principalmente, de formular a política florestal.

Por fim, o último órgão que dialogava com o tema ora proposto era a Superintendência da Borracha – SUDHEVEA, criada pela Lei nº 5.227, de 18 de janeiro de 1967, que dispôs sobre a política econômica da borracha, juntamente com o Conselho Nacional da Borracha, este com funções normativas e a SUDHEVEA com atribuições executivas, para tratar da gestão da exploração comercial da borracha no país.

A única destas instituições que não foi criada durante a ditadura militar (1964-1985) foi a SUDEPE, no entanto, sua atuação (1962-1989) foi maior durante este período. Os militares fundamentavam seus projetos de governo na ideia de um desenvolvimento que apoiasse o crescimento econômico pautado no aumento do Produto Interno Bruto - PIB. Para eles os recursos naturais eram fonte infinita e deveriam ser explorados no sentido de enriquecer a nação. Até a participação do Brasil na Conferência de Estocolmo, não era clara a preocupação com a gestão destes recursos.

SUDEPE, IBDF, SUDHEVEA e SEMA se fundiram para formar o IBAMA, criado pela **Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989**, inicialmente vinculado ao Ministério do Interior, e que em 2014 completou 25 anos de existência. Na sua página na internet o IBAMA atribuiu a sua criação às pressões sofridas pelo poder público federal devido a vários acontecimentos das décadas de 1970 e 1980: as grandes obras de impactos ambientais, dentre

as quais a Transamazônica e a hidrelétrica de Itaipu (com o fim da cachoeira Salto de Sete Quedas), a autorização para o uso do agente laranja como desfolhante em Tucuruí, o acidente radioativo com o Césio 137 em Goiana, além de um alarmante índice de desmatamento, caça e pesca predatória sem controle e crescentes conflitos entre comunidades tradicionais e seringueiros que culminaram com a morte de Chico Mendes<sup>164</sup>.

Amigo leitor, foi o contexto da crise ambiental gerada por um modelo econômico firmado na exploração descontrolada dos recursos, assim como na apropriação dos bens naturais, que causa desastres ambientais que exigiu que o Estado e a sociedade se voltassem para a proteção do meio ambiente, considerando as atuais e futuras gerações. Sem dúvidas, a Conferência de Estocolmo, ocorrida em 1972, faz com que os estados nacionais de modo geral, dentre eles o Brasil, passem a ter como pauta fundamental, a manutenção e preservação do meio ambiente, de modo que, toda a perspectiva de desenvolvimento deve estar atrelada a esta orientação.

Neste contexto, emerge o discurso da sustentabilidade, como a (LEFF, 2006, p. 133) “expressão de uma *lei-limite* da natureza diante da automatização da lei estrutural do valor”. O discurso da sustentabilidade surgiu atrelado aos questionamentos feitos sobre o conceito de desenvolvimento, geralmente medido pela renda per capita e pelo PIB de cada país, sem considerar outros fatores tal qual a distribuição de renda e a qualidade de vida da população.

A Organização das Nações Unidas estipulou então o Índice de Desenvolvimento Humano (como uma alternativa diferente do Produto Interno Bruto), baseados em fatores qualitativos de um determinado país para melhor definir o que seria um desenvolvimento sustentável (VEIGA, 2008).

---

164 Disponível em <http://www.ibama.gov.br/supes-ma/historia> acesso em 05/03/2014.

A sustentabilidade ecológica aparece assim como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e para um desenvolvimento durável; problematiza as formas de conhecimento, os valores sociais e as próprias bases da produção, abrindo uma nova visão do processo civilizatório da humanidade (LEFF, 2006, p. 133 e 134).

A partir desta orientação, são difundidas algumas estratégias para o desenvolvimento sustentável, com indicativos de novos estilos de vida para relação homem-natureza, assim como novas formas de produção. Porém, essa estratégia foi se perdendo (LEFF, 2006, p. 136) diante da “dificuldade de se flexibilizar as instituições e os instrumentos de planificação para romper com a lógica economista e internalizar uma ‘dimensão ambiental’ ao processo de desenvolvimento”.

Em análise sobre o desenvolvimento sustentável, considerando os estudos realizados por Sachs, Leff e Furtado, Chacon (2007) entenderá que o processo de desenvolvimento para ser considerado sustentável, deve pressupor ações que visem não apenas o aspecto econômico, mas também uma distribuição social justa dos resultados do progresso científico e tecnológico.

Para finalizar nosso debate sobre sustentabilidade, faz-se indispensável sabermos que há uma tentativa de substituição do termo. Lima, em 2014, faz referência a uma crítica feita por Caporal na qual o mesmo aponta a tentativa de ‘esvaziamento’ do termo sustentabilidade em prol do termo economia verde. Vejamos:

Sobre o conceito de desenvolvimento sustentável Caporal (2013), referência nacional em agroecologia, em artigo publicado no site do *Instituto Carbono Brasil*, afirma que ele não existe, que foi inventado por tecnocratas,

que desenvolvimento e sustentabilidade são coisas relativas, não estáticas nem absolutas. “Quando eu falo de sustentável, estou tomando como referência algo que não é sustentável. Quando eu evoco a palavra desenvolvimento tomo como referência o subdesenvolvimento” (CAPORAL, 2013).

Caporal faz uma crítica ao desenvolvimento sustentável tal qual proposto pela Organização das Nações Unidas, que tem por estratégia o contínuo crescimento econômico como condição para resolver problemas socioambientais. Ele lembra que o crescimento econômico não é necessário em todas as sociedades. Seguindo a sua crítica, Caporal afirma que o conceito de desenvolvimento sustentável foi esvaziado “por ter sido abandonada a ênfase original para a solução das desigualdades sociais, chegando à Rio+20 com uma noção absolutamente mercantil. Lançou-se a noção de “economia verde”, como se fosse possível um capitalismo verde comandado pelo mercado (CAPORAL, 2013)<sup>165</sup>. (LIMA, 2014, p.36-37).

Embora este debate não possa ser analisado a fundo neste breve texto, o trouxemos, caro leitor, primeiro para registrar os questionamentos ao termo sustentabilidade (para que não transmitamos a ideia de que o desenvolvimento sustentável é um termo consensual) e também para anunciar que este texto deverá ter um desdobramento futuro, tentando pensar a aplicação do conceito e do discurso da Economia Verde para o Semiárido Brasileiro. Por hora, sigamos tentando compreender como o discurso da sustentabilidade pautou e fundamentou o debate jurídico ambiental no Brasil.

---

165 Disponível em: <http://www.institutocarbonobrasil.org.br/artigos/noticia=735346>. Acesso 22-05-2018

## O pensamento jurídico ambiental e o papel do Estado

...Das nossas verdes florestas  
Consumimos a madeira  
Pra criar pasto ou fazer  
Estante, mesa e cadeira,  
Consumindo, consumindo  
O homem vai destruindo  
A floresta brasileira.  
(MONTEIRO, 2012, p.17)

Neste sentido, o papel do Estado e, portanto, do direito será imprescindível para a indução, criação e execução de políticas públicas de desenvolvimento. Estas políticas devem ser pautadas nas necessidades e possibilidades de cada região, com a participação da comunidade local desde o processo de discussão até a avaliação, para que sejam efetivadas e consolidadas a partir da ideia de pertencimento.

(...) qualquer política ou medida de regulamentação que vise fortalecer o desenvolvimento sustentável só será efetiva se contar com a legitimação da sociedade e esta só virá por meio de um processo amplo e profundo de conscientização e comprometimento do indivíduo com a coletividade. (CHACON, 2007, p. 132)

Também na década de 1960, o pensamento mundial com relação ao meio ambiente muda drasticamente, até então, ou a regulação sobre os recursos naturais era inexistente ou possuía caráter meramente desenvolvimentista. Herman Benjamim (1999) aponta três fases na evolução história do pensamento jurídico-ambiental: a fase **desregrada**, que seguirá até aproximadamente o início da segunda metade do século XX em que pouca atenção foi dada à proteção ambiental; a fase **fragmentária**, em

que o legislador, agora preocupado com a crise ambiental que ganhou espaço nos debates e nas ações a partir da década de 1960, imporá controle legal às atividades exploratórias; e a fase **holística**, onde o meio ambiente passa a ser protegido de maneira integral, como um sistema.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é um marco por estabelecer em seu artigo 225, o direito ao meio ambiente como valor fundamental. Seguindo orientação internacional, em contexto de crise ecológica, restou a proteção integral e permanente do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Como direito fundamental, tem-se a defesa do meio ambiente não apenas como princípio da ordem econômica, mas também com repercussão no princípio da dignidade humana, como condição elementar para a melhoria na qualidade de vida<sup>166</sup> das pessoas.

Ocorre que a Lei Fundamental de 1988 atribuiu ao meio ambiente uma configuração jurídica diferenciada, ao classificá-lo como direito de todos e bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, atribuindo a esse bem um dimensionamento muito mais significativo. Enquanto a mencionada definição legal se atinha a um ponto de vista biológico, físico ou químico, a nova ordem constitucional trouxe o ser humano para o centro da questão ambiental, ao apontá-lo simultaneamente como destinatário e implementador dessas

---

166 A Organização Mundial da Saúde-OMS (1996) define Qualidade de Vida como as percepções individuais sobre sua posição de vida no contexto dos sistemas de cultura e de valores em que vivem, e em relação às suas metas, expectativas, padrões e preocupações. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225, assegura: “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”.

determinações. Prova disso é que o capítulo que trata do assunto na Constituição de 1988 está inserido no Título VIII, que dispõe sobre a ordem social. Por se tratar de um direito fundamental da pessoa humana, é evidente que o desiderato constitucional é que essa proteção seja a mais ampla e efetiva possível, devendo a conceituação desse bem ser também a mais ampla. (FARIAS, 2017, s/p)

Neste sentido, é possível considerar que a Constituição Federal sugere um novo modelo que, embora pautado pela livre concorrência e livre iniciativa, portanto ainda com base na apropriação privada de bens, é preocupado com o meio ambiente equilibrado como um valor, um objetivo, uma garantia para as presentes e futuras gerações.

É também nesta lógica que as políticas públicas devem ser coordenadas e compatíveis com estes fins, portanto, a Política Nacional do Meio Ambiente devem pautar ações que valorizem o respeito à vida, ao ambiente e que projetem um novo pensamento a respeito das relações homem-natureza.

A partir da constatação de que o Direito é instrumento do Estado para induzir ou promover o desenvolvimento e que o Estado, segundo Gramsci (2002) será sempre o produto da correlação de forças que atenda às conveniências de classes, na busca do equilíbrio para manutenção do poder<sup>1677</sup>, as políticas públicas se constituirão como resultado da convergência destes interesses.

Numa leitura pautada na perspectiva da ecologia política que se configura como o espaço de estudo dos conflitos

---

167 Com a ideia de “Estado ampliado”, Gramsci compreende que o Estado é a junção de duas esferas: a *sociedade política* ou o Estado coerção, formada por mecanismos através dos quais a classe dominante controla a burocracia, por meio de aparelhos repressivos ou coercitivos e a *sociedade civil*, formada por organizações responsáveis pela elaboração e difusão de ideologias, onde se articula a correlação de forças para o exercício da hegemonia.

socioambientais gerados a partir da disputa pelo acesso aos bens e serviços ambientais, isto é, em torno dos conflitos relacionados ao uso e à apropriação dos recursos, deveremos considerar que a crise ambiental, assumida criticamente a partir da década de 1960 seria o ponto de partida para o necessário debate sobre as relações ser humano-natureza e para a exigência de novos padrões de produção e consumo, com vistas à manutenção e preservação dos recursos naturais, segurança ambiental, mas também para a sustentação do sistema, vez que depende da natureza para subsistência. Para Leff (2006, p. 217) “a questão ambiental emerge de uma problemática econômica, social, política, ecológica, como uma nova visão do mundo que transforma paradigmas do conhecimento teórico e os saberes práticos”.

É com essa exigência, portanto, que os estados nacionais se voltam para o meio ambiente, estabelecendo políticas que exigirão a integração dos vários segmentos organizados da sociedade para uma nova postura diante dos recursos naturais. Resta, como bem constata Gramsci (2002), a necessidade de uma articulação forte no sentido de reforçar a sociedade civil para a democratização da sociedade e governança da questão ambiental, portanto, de justiça ambiental.

A noção de “justiça ambiental” exprime um movimento de resignificação da questão ambiental. Ela resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social. Esse processo de resignificação está associado a uma reconstituição das arenas onde se dão os embates sociais pela construção dos futuros possíveis. E nessas arenas, a questão ambiental se mostra cada vez mais central e vista crescentemente como entrelaçada às tradicionais questões sociais do emprego e da renda (ACSELRAD, 2010, p. 108).

Assim, a justiça ambiental tanto pode ser um discurso genérico constado em documentos legais, por exemplo, como pode significar a efetiva adesão a um novo paradigma que legitime práticas institucionais, políticas governamentais, pesquisas científicas e ações concretas articuladas entre as necessidades e possibilidades culturais de segmentos, regiões e espaços.

## **Voltando ao Semiárido**

Cai a máscara, do antigo Semiárido  
Foi, a farsa, desfeita. O show termina  
Com a mesma plateia e nova luz  
Outro show vai surgir. Abra a cortina  
Vamos, nós, escrever a muitas mãos  
Outra página da história Nordestina.  
( PANELAS, SOUZA SILVA, s/d)

Amigo leitor, já aproximando-nos do fim desta breve análise do cenário histórico, social, econômico e ambiental do Brasil com destaque para a região semiárida do país, agradecemos a sua paciência e seu interesse por chegar até aqui conosco. Vejamos nosso percurso: primeiro tentamos compreender como se estabelece, ao longo do tempo-espaço, a relação do ser humano com a natureza. Logo em seguida nos debruçamos no cenário brasileiro, notadamente na região atualmente concebida como semiárido, para saber como ela foi construída e a sua trajetória até então. Demos um intervalo no debate sobre o semiárido para pensarmos as condições de possibilidade que permitiram a emergência do discurso da sustentabilidade, as críticas feitas a este e a forma como este discurso pautou e fundamentou o pensamento jurídico ambiental. Neste último item, vamos tentar compreender as aproximações entre a sustentabilidade e o semiárido brasileiro guiando a nossa narrativa com um foco interdisciplinar como, aliás, o próprio termo sustentabilidade sugere, conforme visto anteriormente.

Pois bem, pautar a questão da sustentabilidade no semiárido nos remete a pensar em algumas peculiaridades ambientais deste espaço: o índice de aridez do solo, a possibilidade de estiagem prolongada, o solo raso e rochoso, a salinização, o índice pluviométrico abaixo de 800 mm ao ano, a presença de rebanho bovino e caprino, a insegurança hídrica e alimentar dos espaços que compõem o semiárido, as áreas susceptíveis de desertificação, o uso e acesso à água e à terra e, por fim, a diversidade de paisagem, de povos, de culturas, de organizações sociais e de estruturas econômicas e políticas presentes no semiárido.

Encontramos no site do Ministério da Integração a seguinte definição de semiárido:

O Semiárido Brasileiro é uma região caracterizada pelo clima seco, com poucas chuvas e elevada evapotranspiração. Estende-se por 1,03 milhão de km<sup>2</sup> (12% da área do País) e atualmente congrega uma população de 27 milhões de pessoas (12% da população brasileira) vivendo em 1.262 municípios de nove estados da Federação. Em novembro de 2017, mais 73 municípios foram incluídos em decorrência da seca prolongada. (<http://www.integracao.gov.br/semiario-brasileiro>\_\_\_\_\_. Acesso em 24-05-2018).

Caro leitor, falamos, portanto, de doze por cento do território nacional. Falamos também do semiárido mais populoso e mais chuvoso do mundo. Falamos em 1262 cidades, já incluindo as 73 inseridas recentemente por medida aprovada em 23 de novembro de 2017 pelo Conselho Deliberativo (CONDEL) da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), presidido pelo ministro Helder Barbalho, quando houve uma nova delimitação do semiárido brasileiro.

Falar, portanto, em sustentabilidade para uma área tão extensa e com tantas peculiaridades nos remete ao fato de que é preciso observar o histórico desta região, aprender com populações que aqui habitam há séculos, repetindo os limites de carga do espaço: aprender com os ribeirinhos, as comunidades indígenas, as quilombolas, as de agricultura familiar. Para além de discussões pontuais ou de posicionamentos romantizados, é necessário saber que para o Semiárido brasileiro foi criada uma identidade muito forte. O nordestino é forjado junto com o nordeste brasileiro. Vejamos:

Junto com o Nordeste moldou-se o nordestino, que em muito se assemelha ao sertanejo: o *cabra* macho, rude em seu jeito de vestir, de andar, de falar, sem acesso à educação formal, rural, tradicional, arcaico, “adaptado” ao meio em que vivia. Esta identidade regional foi analisada por Albuquerque Júnior e muitos outros autores, dentre eles Maura Penna (1992) em seu livro *O que faz ser nordestino: identidades sociais, interesses e o “escândalo” Erundina*. Tanto quanto na construção da identidade sertaneja, a fabricação da identidade nordestina priorizou o discurso da miscigenação como algo que homogeneizaria o “povo nordestino” como uma forma de se distanciar da fragmentação que o respeito às várias comunidades étnicas que habitam o espaço poderia causar\_\_\_\_\_. Nesta construção, fabricada principalmente para angariar recursos e promover políticas públicas que beneficiassem a elite regional, não se levou em consideração os múltiplos espaços que compõem o Nordeste, tais como a faixa litorânea e o Cerrado. Uma das consequências da identidade que ao nordestino foi atribuída foi o preconceito contra a origem geográfica e de lugar, também objeto

de análise de Albuquerque Júnior (2007), que acompanha o nordestino até os dias atuais. (LIMA, 2016, s/p).

Estudos sobre e para o semiárido precisam ter em mente que temos atualmente uma população mais de 70% localizada na zona urbana, com cidades inchadas e esvaziamento do campo. E que esta construção genérica do nordestino não cabe em todos nós. Na verdade talvez caiba a uma pequena minoria. Somos diversos, temos necessidades, sonhos e expectativas diversas.

Alternativas como as associações de agricultura familiar, as propostas agroecológicas, o P1MC ( Programa Um Milhão de Cisternas), o P1+2 ( Programa Uma Terra e Duas Águas), ambos propostas da ASA , os bancos de sementes crioulas, os quintais produtivos, entre outras alternativas se mostram de uma eficácia muito grande para a preservação do meio ambiente e para atender às demandas das populações rurais e parte das demandas da população urbana da região. No entanto, é necessário pensar também em sustentabilidade nas regiões urbanas. Usamos o mesmo modelo de plantas hídras de cidades litorâneas, onde os índices pluviométricos são mais altos, canalizamos e poluímos os rios em seus perímetros urbanos, fonte indispensável de água no semiárido, derrubamos árvores para abrir vias asfaltadas, muitas vezes não respeitamos as nascentes que se localizam em áreas mais urbanizadas, impermeabilizamos o solo, entre outras ações que remetem à ideia de progresso e desenvolvimento urbano.

A pergunta é, até quando esse desenvolvimento se sustenta? Quais as consequências dessas ações para as gerações futuras? Outra pergunta bastante perturbadora para nós, da vivência acadêmica, se dá no norte das pesquisas: Até que ponto estamos contribuindo para mitigar ou solucionar as questões que nos são postas pelo espaço que habitamos? E quando o fazemos levamos em consideração o tripé proposto pela sustentabilidade, conforme Sachs (2002) o propõe, ou seja, atendendo não apenas os aspectos

ambientais, mas também os sociais e econômicos, buscando um equilíbrio e uma harmonia entre eles. As perguntas inquietam. E a proposta desta análise não é respondê-las, ao contrário, é provocar uma autorreflexão das pesquisas e alternativas apontadas para o semiárido brasileiro.

### **Por ora...**

...Como todas as histórias, esta é menos uma receita para ação que um convite à reflexão e pretende mais contribuir para o autoconhecimento que sugerir uma estratégia de redenção ecológica. No entanto, se demonstrar que, ao longo dos séculos, se formaram hábitos culturais que nos levaram a estabelecer com a natureza uma relação outra que não a de simplesmente esgotá-la até a morte, que o remédio para nossos males pode vir de dentro de nosso universo mental comum, então esse livro talvez não tenha sido um completo desperdício de boa polpa de madeira... (SCHAMA, 1996, p.29)

Amigo leitor, te convidamos a um passeio pelo cenário brasileiro e afinilamos o debate para o Semiárido. Tentamos pensar a sustentabilidade e o semiárido concomitantemente. Como eles foram construídos imagético e discursivamente? Quais as consequências destas construções para nós, habitantes da região semiárida? Como os vários campos do saber, inclusive o Direito e as Políticas Públicas, se apropriaram destes discursos e o utilizam na sua prática cotidiana? Até que ponto é possível pensar um semiárido sustentável ante a diversidade e as peculiaridades do espaço? Tentamos responder a estas perguntas ao longo deste ensaio. Também deixamos alguns questionamentos em aberto, como provocações para próximas discussões.

É possível sim, pensarmos em um semiárido mais sustentável, em um Brasil mais sustentável, em um planeta mais sustentável. Para tal é preciso pensar no estilo de vida que temos levado. Regina Horta Duarte já nos alertava para o fato de que nunca se falou tanto em preservação ambiental, mas também nunca se consumiu tanto. Não há como discutir sustentabilidade sem pensar nas relações do ser humano para com a natureza. Não há como discutir sustentabilidade sem pensar no sistema capitalista e na forma como os discursos são invertidos em prol de um maior consumo para alimentar o sistema. Veja, leitor, o que aconteceu com o ecologicamente correto, o socialmente justo e o economicamente viável: viraram discursos- ‘compre porque é ecologicamente correto, mas compre’. Na verdade o consumo consciente deve pautar todo este debate. É impossível pensarmos em mitigar os impactos que estamos causando no planeta sem pensar na nossa relação com o consumo. E nunca a obsolescência foi tão programada. Quanto tempo dura um novo eletrodoméstico? Com quanto tempo um aparelho celular fica ultrapassado? Mas é realmente necessário termos o modelo de última geração? Até que ponto estamos cedendo às seduções do mercado? Pensando em outros problemas pertinentes ao debate do consumo, pensemos nele como elemento de inclusão ou exclusão social. Até que ponto serei excluído de um grupo por me recusar a ter um celular compatível com os demais, por me recusar a usar roupas de uma determinada marca, por não compartilhar dos sonhos e desejos de consumo? Como vê, caro leitor, o debate da sustentabilidade é bem complexo e demanda uma análise mais ampla pois influencia diretamente em vários aspectos da vida humana. Ao impactar o ambiente, o ser humano também modifica as relações sociais e econômicas. Tudo está cadenciado.

Voltando ao semiárido, temos que considerar a fragilidade do espaço: temos áreas bastante degradadas, áreas susceptíveis de desertificação, rios intermitentes, solos rasos, susceptibilidade a

estiagens prolongadas, entre outros fatores que tornam o meio mais vulnerável se não respeitarmos a capacidade de carga ou não conhecermos ( e isso demanda pesquisa, observação, prática, diálogo com saberes locais) o local onde estamos inseridos e o qual estamos interferindo de forma direta e indireta. As políticas públicas podem ser uma ferramenta de grande valia nessa jornada, no entanto é preciso que elas se abram para o debate interdisciplinar e principalmente se abram para ouvir os anseios de um povo diverso, com demandas diversas.

Por fim, pensar a sustentabilidade no semiárido nos remete a pensar o ser humano em suas conexões com a natureza refletindo que não há o homem e a natureza: este é parte da natureza, e o que a afeta tem consequências para si mesmo. Ou existe harmonia nesta relação, ou não há como pensar em resiliência, em recarga ambiental, em uma qualidade de vida melhor para nossas gerações e para as futuras.

Caro leitor, agradecemos a sua companhia ao longo das nossas reflexões. Não tínhamos como meta estabelecer pesquisas para políticas públicas ou filosofar sobre as relações ser humano-natureza. Se ao finalizar este texto tivermos conseguido dar visibilidade ao semiárido e à sustentabilidade enquanto construções imagético discursivas que podem ser utilizadas de várias formas (para o bem e para o mal) se tivermos conseguido articular ambos os discursos (semiárido e sustentabilidade) e também conectar eles a um debate mais global sobre preservação ambiental e ao debate sobre consumo, se tivermos conseguido refletir que sustentabilidade é algo que se almeja e só se alcança através das práticas cotidianas do próprio ser humano em suas inter-relações com a natureza, então teremos atingido o nosso objetivo.

A você, leitor, fica a pergunta: onde me insiro neste debate? Qual o meu papel na sociedade em que ocupo. Como posso contribuir para um mundo mais harmônico, mais ecologicamente correto, economicamente viável e socialmente justo? Estas

palavras, para além de um discurso que o capitalismo inverteu em causa própria, podem ter um significado muito maior no nosso cotidiano. Podem impactar a forma como vivemos e modificamos o mundo em nossa volta. Vale a pena tentar colocá-las em prática? Essa é uma pergunta que temos que nos responder enquanto indivíduos e enquanto comunidades.

## Referências

ACSELRAD, Henri. **Ambientalização das lutas sociais** – o caso do movimento por justiça ambiental. Scielo, 2010. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n68/10.pdf>>. Acesso em 17/10/2017.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz. **A invenção do Nordeste e outras artes**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. **Preconceito contra a origem geográfica e de lugar**. As fronteiras da discórdia. São Paulo: Cortez, 2007.

ASSARÉ, Patativa. **Cante lá, que eu canto de lá**. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1978.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Direito e desenvolvimento econômico**. Intervenção em debate na Escola de Direito GV. São Paulo, 3 de outubro de 2006.

CHACON, Suely Salgueiro. Entra em cena o desenvolvimento sustentável *in* **O sertanejo e o caminho das águas: políticas públicas, modernidade e sustentabilidade no semiárido**. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 2007.

DEAN, Warren. **A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira**. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

DUARTE, Regina Horta. **História & Natureza**. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

FARIAS, Talden. **Uma perspectiva constitucional do conceito de meio ambiente**. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-07/ambiente-juridico-perspectiva-constitucional-conceito-meio-ambiente>>. Acesso em 07/10/2017.

FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo**. Reflexões sobre a crise contemporânea. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_. **Essencial de Celso Furtado**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LIMA, Rozeane Albuquerque. **Louzeiro: A invenção de uma mata**. 1960-2013. Campina Grande: espaço, paisagem e território. Campina Grande-PB: UFCG (Dissertação de mestrado defendida no PPGH em 2014).

LIMA, Rozeane Albuquerque; COSTA, Cristian José Simões ; VASCONCELOS, André\_\_\_\_\_. Semiárido, semiáridos- a construção do espaço como subsídio para ações que estimulem preservação e respeito. **Educação Ambiental em Ação**, v. XV, p. 01, 2016. Disponível em <http://www.revistaea.org/artigo.php?idartigo=2565> Acesso em 20/05/2018.

MELO NETO, João Cabral de. **Morte e Vida Severina e outros poemas para vozes**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

MONTEIRO, Manoel. **Cordel do Consumidor Consciente**. Campina Grande, EDUEPB, 2012.

PANELAS, Oliveira de, SILVA, José de Souza. **Outra visão, outro sertão**. Instituto Nacional do Semiárido. Cordel Institucional. S/D

PENNA, Maura. **O que faz ser nordestino**. Identidades sociais, interesses e o “escândalo” Erundina. São Paulo: Cortez, 1992.

RAMOS, Graciliano. **Vidas secas**. 23ª ed. São Paulo: Martins, 1969.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SCHAMA, Simon. **Paisagem e memória**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SAUSSURE, F. de. **Curso de Lingüística Geral**. 2º. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Garamond, 2008.

### **Legislação Consultada**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 18/02/2017

BRASIL. **Lei Delegada nº 10, de 11 de outubro de 1962.** Cria a Superintendência do Desenvolvimento da Pesca e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/ldl/ldl10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ldl/ldl10.htm) .

BRASIL. **Lei 5.227, de 18 de janeiro de 1967.** Dispõe sobre a política econômica da borracha, regula sua execução e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5227.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5227.htm) .

BRASIL. **Decreto-Lei nº 289, de 28 de fevereiro de 1967.** Cria o Instituto Brasileiro do Desenvolvimento Florestal e dá outras providências. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/126130/decreto-lei-289-67> .

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://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/7C5CFF-25421F83E9032569FA0059ABB8?Opendocument>.

BRASIL. **Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989.** Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7735.htm).

### **Sites Consultados:**

<http://www.ibama.gov.br/supes-ma/historia>

<http://www.institutocarbonobrasil.org.br/artigos/noticia=735346>

<http://www.integracao.gov.br/semiario-brasileiro>



# POLÍTICAS PÚBLICAS E GESTÃO AMBIENTAL: REFLEXÕES SOBRE A AMPLIAÇÃO DO ACESSO À ÁGUA NO SEMIÁRIDO, O CASO DO MUNICÍPIO DE SUMÉ-PB

*Allan Gustavo Freire da Silva*<sup>168</sup>

*José Irivaldo Alves de Oliveira Silva*<sup>169</sup>

*Carina Seixas Maia Dornelas*<sup>170</sup>

*Alecksandra Vieira de Lacerda*<sup>171</sup>

## 1. Introdução

O município de Sumé, localizado no estado da Paraíba, precisamente na microrregião do cariri ocidental, apresenta características inerentes ao seu bioma Caatinga, sendo a baixa incidência de chuvas na região, um forte obstáculo ao desenvolvimento regional.

---

168 Tecnólogo Superior em Gestão Pública (UFCG). Especialista em Gestão Pública. Mestre em Desenvolvimento Regional (MDR). Universidade Estadual da Paraíba - UEPB. allangfs@hotmail.com

169 Doutor em Ciências Sociais (UFCG). Doutorando em Ciências Jurídicas (UFPB). Pós-doutor em Desenvolvimento Regional (UEPB) e Pós-doutorando em Direito Ambiental (UFSC). Professor adjunto III na Universidade Federal de Campina Grande – UFCG. prof.irivaldo@ufcg.edu.br

170 Doutora em Agronomia (UFPB). Professora adjunta na Universidade Federal de Campina Grande – UFCG. cacasmd@yahoo.com.br

171 Doutora em Recursos Naturais. Professora adjunta na Universidade Federal de Campina Grande – UFCG. alecvieira@ufcg.edu.br

Dispondo de uma área de 838,071 km<sup>2</sup>, o município possui cerca de 16.060 habitantes, de acordo com dados do (IBGE, 2010). A renda da população fundamenta-se essencialmente da agricultura com economia voltada ao setor agropecuário, a partir da produção de hortaliças – tomate, alface, coentro, entre outros – e da empregabilidade gerada pelo poder público municipal, estadual e federal.

A ausência de eficazes políticas públicas para o convívio harmonioso entre o homem e as naturais adversidades inerentes a esta região, tem levado governos a implementarem ações emergenciais de combate à seca. Em todo o cariri paraibano, tais medidas versam sobre o fornecimento de água à comunidade urbana e rural, a partir de caminhões Pipa, de medidas socioeducativas de racionalização e da exploração de mananciais subterrâneos, mediante a perfuração de poços, associados à utilização de instrumentos dessalinizadores.

Desse modo, buscam-se identificar quais são as políticas públicas e os entraves que permeiam o acesso à água no município de Sumé-PB. A partir de dados contábeis disponibilizados pelo governo municipal à Secretaria do Tesouro Nacional, das políticas públicas aprovadas pelo Poder Legislativo Local, no período de 2009 a 2012, e dos dados financeiros coletados no sítio do portal da transparência do Governo Federal, referentes aos investimentos voltados ao acesso à água no município. Dessa forma, foi possível correlacionar dados primários e secundários e traçar uma linha elucidativa acerca do tema em questão.

Destarte, com base na análise dos dados, buscou-se reunir indicadores que salientam o atraso de investimentos e os obstáculos que pairam sob as questões que envolvem a gestão das águas e os recursos hídricos no município.

O desinteresse do governo municipal na resolução desta temática evidencia-se na elaboração de políticas e na ausência investimentos nas variadas rubricas que envolvem a questão. As

transferências federais de recursos exercem basicamente um papel paliativo, ante os poucos recursos destinados à ampliação do acesso à água, onde, por sua vez, são incapazes de solucionar terminantemente os problemas sociais crônicos.

## **2. Políticas públicas e investimentos voltados à ampliação do acesso à água**

cavalcanti (1995, p. 89) descreve que “Nenhuma atividade humana que se pretenda ser duradoura pode ser levada a efeito desconhecendo-se o impacto que tem sobre o meio ambiente”. Decerto, é fundamental que o ser humano que almeja resultados duradouros em termos de desenvolvimento social, econômico e ambiental leve em consideração em seu planejamento, os impactos negativos de suas políticas e intervenções, onde, tal análise, se realizada de forma errônea, pode comprometer os bons resultados de políticas, condenar e destruir biosistemas, reduzindo, por conseguinte, o acesso à água de qualidade.

Castro (2013) destaca que a noção de que a água é apenas um recurso a ser utilizado em prol do crescimento econômico, baseia-se no entendimento arraigado em diversas regiões do mundo, de que trata-se de um recurso infinito, gratuito e com capacidade de autopurificação. Esta visão simplista e dominante sobre a gestão e uso das águas, provocou transformações quantitativas e qualitativas sem precedentes na relação do Homem com a água e com a natureza, acentuando-se nas últimas décadas, os diversos problemas fruto da negligência humana sobre as questões hídricas.

A necessidade de manutenção e preservação ambiental, pautada em um desenvolvimento sustentável, e a utilização racional dos recursos, coloca a questão ambiental, como um assunto o qual se deve ter atenção especial. A Constituição Federal Brasileira de 1988 assevera, em seu artigo 225, que o meio ambiente está entre as matérias às quais devem ser tratados de forma comum entre

a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, onde diversos setores do governo tem a incumbência comum de proteger o meio ambiente.

A convivência social requer ferramentas que venham a proteger direitos e promover a harmoniosa convivência entre os indivíduos em uma coletividade, além do reconhecimento territorial nacional diante de outros povos. Nesse prisma, o Estado se estrutura sob o fundamento de manter a coesão social, garantir a propriedade privada e outros direitos coletivos – onde com o amadurecimento do Estado, surge a ideia e prática de um Estado voltado ao bem-estar social, o qual busca satisfazer a população em diversas áreas, através de políticas públicas focalizadas. Nesse sentido, Britto (2015, p. 222) salienta que “na perspectiva jurídica, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário são serviços públicos; e é função do Estado garantir seu fornecimento aos cidadãos”.

Assim, o Estado se apresenta como uma unidade básica social com território definido e com uma nação constituída pela coletividade que habita determinada localidade, genericamente entendida como um povo. Atualmente, a principal forma de organização política dá-se por meio do Estado; e a sociedade, legitimadora e financiadora do Estado, o credencia a administrar as questões mais importantes da sociedade e em nome da ordem, concede a esta, o direito de agir em prol do bem-comum.

## **2.1 Problemas ambientais que afetam a região do Cariri Paraibano**

Neste ponto, busca-se relacionar os problemas ambientais que afetam diretamente a região do cariri paraibano e que obstaculizam o acesso à água na região. Propõe-se relacionar essas questões ambientais com o posicionamento adotado pela administração da Prefeitura Municipal de Sumé - PB, nos períodos de 2010 a 2012, para sanar tais situações.

Em toda a região do cariri paraibano, existem problemas ambientais intensos, e que precisam ser consideradas pelos gestores públicos como essenciais nas suas administrações.

Dos quais vale citar: áreas degradadas; assoreamento dos rios; desertificação; tratamento do lixo de forma e em ambiente inadequado, “os lixões”.

Na cidade de Sumé, áreas degradadas (figura A) estão espalhadas dentro de todo o território, como a exploração ilegal de madeira, produção de carvão e queimadas, tal ação prejudica o ciclo das chuvas na região.

Já a (figura B) relata o assoreamento do Rio Sucuru no município, onde há interrupção do fluxo do rio devido a grande concentração de areia, causando redução e obstrução da correnteza e, conseqüentemente, fazendo com que cursos de água não consigam chegar ao destino final.

A desertificação é outro fator que afeta o município e toda a região do cariri paraibano, o que aumenta a dificuldade para famílias se manterem na região. Essa transformação caracteriza-se pela mudança no cenário ambiental, que pouco a pouco vai se transformando em deserto, como exposto na (figura C).

O lixão no município também é um forte entrave para o desenvolvimento ambiental, poluindo o solo, os lençóis freáticos e fomentando a proliferação de doenças (figura D).

Figura 1. Problemas ambientais que afetam o município de Sumé - PB. Da esquerda para direita, de cima para baixo. Área degradada, Rio Assoreado, Desertificação, Lixão.

Para Silva (2011) no Brasil, existe um substancial número de municípios que sequer possuem alguma estrutura no seu organograma que contemple a discussão de questões ambientais, e muito menos sobre setores específicos para tratar deste tema e de seus desdobramentos, como a questão da reciclagem, preservação ambiental e a educação ambiental.

Todavia, vale ressaltar que todas essas questões se constituem como um desafio à administração pública municipal e à sua equipe de gestão, afetando diretamente o acesso à água às comunidades urbanas e rurais, diminuindo a absorção de água ou contaminando o lençol freático, assoreando e poluindo rios.

## **2.2 Políticas públicas aprovadas no município de Sumé - PB entre 2009 a 2012**

Sobre as políticas públicas aprovadas no período de 2009 a 2012, tem-se uma análise das ações estatais classificadas por áreas. No Quadro 1, há a correspondente divisão das leis por áreas de produção, referentes à aprovação de projetos de iniciativa do poder Executivo e do poder Legislativo do município paraibano de Sumé.

Devido em alguns pontos, estas áreas serem vistas como correlatas, merece destaque a explicação sobre a classificação e divisão dos projetos de leis aprovados na área social, de meio ambiente/agrárias, e outros. Estas se deram da seguinte maneira:

- Foram alocados como projetos ligados à área Social, aqueles que reconhecem associações como sendo instituições de utilidade pública, disposições sobre conselhos municipais do idoso e outras questões que envolvem políticas sociais.
- Para o Meio Ambiente/Agrárias foram direcionados os projetos de lei que buscavam proteger e preservar o meio ambiente, bem como os relacionados com a criação de conselhos rurais em prol da sustentabilidade.

- Na seção Outros, foram classificados os projetos referentes à permuta de imóveis do poder público com particulares a ações legislativas com objetivos de difícil entendimento.

**Quadro 1** – Sumé - Aprovação de políticas públicas municipais por áreas

Áreas	Total 2009	Total 2010	Total 2011	Total 2012
Saúde		1	4	2
Educação	3		1	2
Social	5	3	2	1
Meio Ambiente/Agrárias	1			3
Administrativo-Financeiro	12	12	10	17
Política Econômica	3			4
Instituição de datas comemorativas		1		
Nomenclatura de espaços públicos	5	22	6	4
Cultura				
Outros		1	1	1
<b>TOTAL DE LEIS</b>	<b>29</b>	<b>40</b>	<b>24</b>	<b>34</b>

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de dados brutos coletados da Câmara Legislativa do Município de Sumé, 2015.

De acordo com os dados apresentados para o período de 2009 a 2012, a viabilização de políticas públicas a partir da aprovação de projetos aprovados na câmara municipal do município de Sumé - PB não compreende as questões ambientais e sociais como prioridade governamental. Essa atitude não se justifica pela ausência de demandas, mas sim, pelo perfil dos poderes Legislativo e Executivo do município, os quais, não buscam implementar políticas públicas que venham sanar problemas ambientais, sobretudo, os impasses que obstaculizam o acesso à água por parte da população localizada na zona urbana e especialmente, àqueles moradores residentes na zona rural do município.

Face à morosidade das políticas públicas locais voltadas às questões ambientais, as quais envolvem preservação de áreas, conservação de mananciais, recuperação de áreas degradadas e controle ambiental, o município não dispõe de parlamentares imbuídos na defesa dessas questões. Através do perfil legislador, infere-se que as pastas sociais e de meio ambiente não são vistas como prioritárias medidas de transformação social, local e regional.

Albuquerque (2015) esclarece que os direitos à água e ao saneamento apenas adquirem o potencial para se tornarem realidade, quando se passa à fase de utilização do marco normativo do direito, para assim, examinar minuciosamente as políticas públicas e as realidades locais e possuírem a capacidade de desenhar e aprovar novas políticas setoriais.

No entanto, a aprovação para o período de 2009 a 2014 na câmara municipal de Sumé, concentrou-se, basicamente, em questões administrativo-financeiras, àquelas ligadas diretamente ao cumprimento de normas, aos projetos de lei ligados a reformas gerenciais do Estado, referentes ao crescimento ou redução de gastos públicos, à criação, redução ou aumento de cargos públicos, elaboração e aprovação de Lei Orçamentária Anual - LOA, da Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, do Plano Plurianual - PPA, obrigações impostas por Lei e outras questões inerentes ao funcionamento da máquina pública. Além, dos projetos de leis voltados à nomenclatura de espaços públicos, que conferiram nomes a ambientes públicos tais como ruas, instituições, prédios públicos, entre outros.

### **2.3 Investimentos da administração pública da cidade de Sumé, sobre as questões ambientais**

Buscando avaliar a participação do município ante a responsabilidade coletiva de preservação do meio ambiente e gestão ambiental, foram coletadas informações da Secretaria do Tesouro

Nacional – STN, referentes ao período de 2009 a 2012. Conforme registrado na Tabela 1 e Tabela 2, sobre a área denominada Gestão Ambiental, observa-se que no município de Sumé - PB, de acordo com os balanços orçamentários anuais da prefeitura municipal, não foram realizados investimentos significativos no que compreende à área de Gestão Ambiental, sendo essa ausência de investimento, um forte entrave para o desenvolvimento da região.

Sobre as despesas por função, verifica-se que na Tabela 1, apenas R\$432,00 foram investidos para controle ambiental no município. Importantes áreas da gestão ambiental, tais como, a recuperação de áreas degradadas – a qual tem impacto direto na qualidade e disponibilidade de águas – questões meteorológicas, e outros fatores inerentes aos recursos hídricos, não foram áreas que tiveram investimentos priorizados pelo município.

Tamanho desinteresse público municipal para investimento em questões ambientais incorre na extensão de problemas sociais crônicos, os quais, sem aplicação de recursos nessas áreas, o município dificilmente apresentará capacidade técnica e financeira suficiente para sua resolução. Neste ponto, os problemas ambientais tornam-se ainda mais complexos, e considerando a faixa temporal avaliada, tratando-se de políticas ambientais e de acesso aos recursos hídricos, observa-se que o município não tem investido em rubricas específicas da gestão ambiental.

As informações constantes nas Tabelas 1 e 2 salientam que no município de Sumé - PB, no semiárido paraibano, os recursos públicos municipais – não são diretamente voltados às questões que viabilizem o acesso à água e à preservação de mananciais.

**Tabela 1.** Dados contábeis consolidados municipais - balanço orçamentário - despesas por função. Município: Sumé-PB em (2009)

CAMPO	CÓDIGO	DISCRIMINAÇÃO	VALOR
<b>98</b>	<b>00018</b>	<b>Gestão Ambiental = (99+...+104)</b>	432,00
<b>99</b>	18541	Preservação e Conservação Ambiental	0,00
<b>100</b>	18542	Controle Ambiental	432,00
<b>101</b>	18543	Recuperação de Áreas Degradadas	0,00
<b>102</b>	18544	Recursos Hídricos	0,00
<b>103</b>	18545	Meteorologia	0,00
<b>104</b>	18999	Demais Subfunções - Gestão Ambiental	0,00

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional – STN, 2015.

**Tabela 2.** Dados contábeis consolidados municipais - balanço orçamentário - despesas por função. Município: Sumé-PB em (2010, 2011 e 2012)

CAMPO	CÓDIGO	DISCRIMINAÇÃO	VALOR
<b>98</b>	<b>00018</b>	<b>Gestão Ambiental = (99+...+104)</b>	0,00
<b>99</b>	18541	Preservação e Conservação Ambiental	0,00
<b>100</b>	18542	Controle Ambiental	0,00
<b>101</b>	18543	Recuperação de Áreas Degradadas	0,00
<b>102</b>	18544	Recursos Hídricos	0,00
<b>103</b>	18545	Meteorologia	0,00
<b>104</b>	18999	Demais Subfunções - Gestão Ambiental	0,00

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional – STN, 2015.

Diante da escassez de chuvas na região, estiagem típica do bioma Caatinga, a ausência de políticas públicas eficazes para a convivência com esse fenômeno, tem produzido intensos períodos de seca em toda a área do cariri paraibano. O desmatamento da vegetação nativa, a salinidade da água encontrada nos lençóis freáticos e a ausência de água encanada em partes da zona urbana e em toda a zona rural, são fatores que agravam os problemas sociais e dificultam a permanência do homem na região.

Desse modo, no município de Sumé - PB, ações emergenciais focadas na minimização dos efeitos da seca, dá-se principalmente através da participação de Caminhões Pipa no fornecimento de

água na zona urbana e rural. Devido a grande necessidade destes serviços às diversas comunidades da região, esta ação pública incorre a revestir-se de caráter político-assistencialista, na qual é retirado do consciente social, o legítimo dever do Estado para viabilizar eficazes políticas públicas de acesso à água, estabelecendo-se, por sua vez, relações de barganha e conluios entre o poder público e a população.

Por sua vez, medidas atenuantes de acesso à água protelam a execução de uma possível solução definitiva, para que esse recurso natural chegue de forma contínua às residências das diversas comunidades.

Observa-se, portanto, que a ausência de medidas voltadas ao controle ambiental e demais funções envolvendo a gestão ambiental, fazem parte do perfil legiferante da câmara municipal. A luta de interesses individuais e o perfil do poder Executivo e Legislativo, não têm viabilizado positivas transformações ambientais. Neste ponto, a câmara legislativa, através da aprovação de políticas públicas – instrumento pelo qual o Estado age – tem a capacidade de fazer com que direitos saiam do papel e contribuam efetivamente para a melhoria da vida das pessoas.

Contudo, a desatenção sobre as questões ambientais, não tem sido um comportamento exclusivo dos municípios pequenos, interioranos do Brasil. Tratam-se, de ações recorrentes e de falhas na gestão pública de diversos municípios do país. O entendimento predominante é de que existem questões mais sérias a serem investidas e que devido os recursos públicos serem escassos, aspectos que envolvem as pastas da educação, saúde e segurança, consomem a maior e considerada parte dos recursos públicos capitaneados pelos municípios. Eventualmente, até existem discussões e debates sobre problemas ambientais e crises hídricas, porém, na elaboração do planejamento dos municípios, através da Lei Orçamentária Anual, ou ainda da Lei de Diretrizes Orçamentárias, ou do Plano Plurianual, estas questões, na ordem de prioridades, ocupam um plano distante.

Muitas vezes, as transferências de recursos federais ou estaduais que envolvem a gestão ambiental nos municípios, esbarram em aspectos legais, técnicos ou burocráticos, o que obstaculizam assim, a aplicação de recursos e conseqüentemente, na execução de diversas políticas públicas. O retardo dos municípios na adequação às leis e normas ambientais do país, reflete-se diretamente na forma como administração pública local, interpreta os diversos indicadores de desenvolvimento e como os governos satisfazem os variados interesses individuais presentes na formulação de políticas governamentais cujas influências advêm do cenário político.

O descompasso entre as exigências ambientais, legalmente instituídas, estabelecidas pelas esferas federais e estaduais - que passam a condicionar o repasse de recursos aos municípios - e o descumprimento de determinações legais por parte da esfera municipal, ampliam as discrepâncias técnicas e as diferenças que permeiam as características do desenvolvimento regional pelo país, uma vez que, tais medidas não tem conseguido instruir e redirecionar a condução de parte das políticas. Sendo o bloqueio do repasse dos recursos federais ou estaduais, a mais sentida punição, para os municípios, já que constitucionalmente, são autônomos, o que pressupõe a capacidade de autogoverno e de autoadministração.

No que concerne às transferências de recursos federais destinados às questões hídricas no município de Sumé, para o período de 2009 a 2014, constata-se, unicamente, a existência de ações ligadas ao programa intitulado, Serviços Urbanos de Água e Esgoto. De acordo com informações presentes no sítio da Caixa Econômica Federal - banco público, encarregado pela transferência dos recursos aos contratados - após cumprimento das exigências presentes na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, tal política pública recebe o suporte da equipe técnica da Caixa, com o ateste da execução física de cada etapa solicitada e/ou aquisição prevista, mediante cronograma físico-financeiro aprovado.

De acordo com informações presentes no sítio da (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2015), o programa, Serviços Urbanos de Água e Esgoto, destina-se às famílias de baixa renda, com demanda de recursos federais pelos estados, municípios e Distrito Federal. Para acesso aos recursos, essa política tem gestão do Ministério das Cidades (MCidades), e é operado com recursos do Orçamento Geral da União (OGU). Esta política pública, volta-se às intervenções para o aumento da cobertura dos serviços de abastecimento de água nas áreas mais carentes do país compreendendo ações ligadas à criação ou melhorias do sistema de captação de água, inclusive estação elevatória; adução de água bruta ou água tratada; reservação; Estação de tratamento (ETA); Rede de distribuição; ligação domiciliar, incluindo instalação de hidrômetro; Sistema simplificado de abastecimento, incluindo conjunto constituído de poços, reservatórios e chafarizes.

Desse modo, pode-se observar no Quadro 2, o total de recursos destinados às questões hídricas e transferidos diretamente do governo federal ao município de Sumé. Verifica-se, portanto, que o município recebeu maior soma de recursos nos anos de 2010 e 2011, sendo estes, voltados às ações referentes ao Esgotamento Sanitário do município, e compreenderam o montante de R\$ 1.200.000,00 e R\$ 2.800.000,00, respectivamente.

A grande quantidade de recursos financeiros transferidos pelo governo federal aos municípios brasileiros demonstra a amplitude das demandas, ante as fragilidades da gestão hídrica no país. Os investimentos referentes às questões hídricas no município de Sumé, advêm basicamente da transferência de recursos federais. As políticas públicas municipais, aquelas aprovadas e executadas no município, não têm priorizado a gestão de águas. Tampouco, fatores ambientais diretos e indiretos como a degradação ambiental, o assoreamento de rios, a crescente desertificação e a gestão dos resíduos sólidos, tem feito parte da agenda política municipal.

Devido os intensos relapsos humanos, refletidos no processo de elaboração de políticas públicas municipais e considerando o entendimento do processo de gestão dos recursos naturais, Castro (2013) afirma que a crença no processo de autorrecuperação da natureza e do ciclo de purificação das águas surgem como parte da explicação do porquê grandes proporções de água de esgoto no planeta ainda são descarregadas sem tratamento, ou sem o tratamento adequado, no meio ambiente. Esta ainda não se trata de uma fragilidade exclusiva dos países pobres, devido não disporem de caras e avançadas tecnologias de tratamento; refere-se, portanto, a uma prática adotada também por países ricos.

**Quadro 2** - Total de recursos transferidos diretamente do Governo Federal ao município de Sumé - PB, referentes às questões hídricas entre 2009 a 2014

PROGRAMA DO GOVERNO FEDERAL	AÇÃO	RECURSO TOTAL DISPONIBILIZADO EM ÂMBITO NACIONAL	TOTAL DE RECURSOS DESTINADOS AOS FAVORECIDOS NA PARAÍBA	ANO DE TRANSFERÊNCIA	VALOR RECEBIDO PELO MUNICÍPIO DE SUMÉ - PB
Serviços Urbanos de Água e Esgoto	Melhorias Sanitárias Domiciliares para Prevenção e Controle de Agravos	R\$1.187.459.159,48	R\$3.002.602,41	2009	R\$110.000,00
		R\$1.261.134.236,58	R\$5.635.897,00	2010	R\$275.000,00
		R\$25.107.163,05	R\$690.456,17	2010	R\$28.000,00
		R\$25.974.065,81	R\$720.572,67	2010	R\$28.000,00
	Sistemas Públicos de Abastecimento de Água em Municípios de até 50.000 Habitantes	R\$132.017.102,93	R\$4.045.000,00	2010	R\$440.000,00
		R\$8.112.618,86	R\$4.874.980,99	2011	R\$492.980,99
		R\$184.458.937,82	R\$6.162.987,54	2011	R\$660.000,00
		R\$89.058.433,56	R\$615.5168,6	2013	R\$369.735,74
		R\$47.210.017,96	R\$1.676.592,49	2014	R\$12.716,73
		R\$123.697.225,59	R\$5.352.227,07	2010	R\$1.200.000,00
	R\$314.395.095,74	R\$38.276.728,42	2011	R\$2.800.000,00	

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de dados coletados por meio do Portal da Transparência do Governo Federal, 2015.

Diante da constante aplicação de recursos públicos federais no período de 2009 a 2014 no município de Sumé, sobre a ampliação e melhoria na qualidade de esgotamentos sanitários e abastecimento de água no âmbito municipal, Britto (2015) destaca que apesar da ampliação importante dos sistemas de abastecimento de água, decorrente de investimentos e programas, a realidade do acesso aos serviços é complexa. Muitas vezes, as tarifas cobradas pelo acesso à água, devido às desigualdades sociais, impossibilitam que moradores paguem por esse serviço. Sendo assim, estes, optam por abastecimentos irregulares, através de ligações clandestinas, ou mediante captação de água a partir de outras fontes, (poços artesianos, lagos, entre outros). Como consequência dessas ações, reside o risco de consumir água contaminada e o comprometimento da prestação do serviço de abastecimento.

Britto (2015) esclarece que ter redes de saneamento básico e de abastecimento de água nos bairros, não é garantia que o morador de baixa renda terá acesso a esses serviços. Se nestas localidades, os serviços não são contratados, como consequência, as redes instaladas deixam de ter manutenção adequada, o que em médio prazo, compromete a qualidade geral dos sistemas.

Destarte, o problema da gestão das águas em muitos municípios brasileiros, passa não apenas pela escassez de recursos públicos destinados às questões hídricas, mas, também, envolvem planejamento e políticas públicas de acesso aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, as quais, em muitos casos, apresentam serviços com tarifas incompatíveis ante as elevadas desigualdades sociais e econômicas da população.

### **3. Considerações finais**

Observa-se que no município de Sumé - PB, a redução dos problemas ambientais não tem sido uma das prioridades do governo municipal. A formulação de políticas públicas locais, não

tem contemplado com eficácia e eficiência, os problemas ambientais – tais como degradação de áreas, desertificação, assoreamento de rios e tratamento de resíduos sólidos – os quais envolvem direta e indiretamente a disponibilidade e qualidade do acesso à água para a população.

Para o período de 2009 a 2014 constata-se que o poder público municipal optou mais por legislar em áreas que envolvem questões administrativo-financeiras e nomenclatura de espaços públicos. Por iniciativa do município, os repasses destinados à área ambiental para este mesmo período, versaram em apenas R\$432,00 reais, onde voltaram-se ao controle ambiental no ano de 2009. O desinteresse do poder público local sobre questões ambientais diminui a capacidade municipal para a resolução destes problemas.

Diante da crise hídrica enfrentada na região do cariri paraibano, as políticas paliativas de acesso à água mediante a utilização de caminhões Pipa na zona urbana, sobretudo, nas zonas rurais do município, demonstram as fragilidades burocráticas, técnicas e fiscais da administração municipal, para a melhoria do acesso à água e minimização dos problemas ambientais.

Desse modo, diante da ausência de eficaz planejamento urbano e de clara identificação dos problemas ambientais por parte da gestão pública municipal, as transferências de recursos públicos que compõem as políticas públicas do governo federal e que foram destinadas ao município de Sumé, não conseguem surtir os efeitos projetados na esfera federal. Estruturando-se assim, mais uma relação de dependência de repasses federais para as diversas áreas do que um processo contínuo de superação de deficiências dos indicadores sociais, ambientais e econômicos do município.

## Referências

ALBURQUERQUE, Catarina de. Prefácio. In. CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade. **O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica**. Brasília: IPEA, 2015. Pág. 11 - 12.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Tesouro Nacional. Balanço Orçamentário. Disponível em: <[https://www.contaspublicas.caixa.gov.br/sistncon\\_internet/index.jsp](https://www.contaspublicas.caixa.gov.br/sistncon_internet/index.jsp)>. Acesso em: 16 de mar. 2016.

BRITTO, Ana Lucia. Tarifas sociais e justiça social no acesso aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. In. CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo; MORAIS, Maria da Piedade. **O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica**. Brasília: IPEA, 2015. cap. 9, p. 209 - 225.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/poder-publico/programas-uniao/meio-ambiente-saneamento/servicos-urbanos-agua-esgoto/Paginas/default.aspx>> Acesso em: 24 abr. 2016.

CASTRO, José Esteban. A água (ainda) não é uma mercadoria: aportes para o debate sobre a mercantilização da água. **Rev. UFMG**, Belo Horizonte, v. 20, n.2, p. 190-221, jul./dez. 2013.

CAVALCANTI, C. Algumas reflexões sobre desafios da economia ecológica em busca de um mundo sustentável. In: FIGUEIREDO, M. A. B.; LIMA, J. R. T. **Agroecologia: conceitos e experiências**. Recife: Edições Bagaço, 2006. cap.1.3, p. 89-100.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Banco de dados, Cidades. Disponível em: < <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=251630&search=paraiba|sume> > Acesso em: 24 abr. 2016.

Portal da Transparência nos Recursos Públicos Federais. Disponível em: <<http://transparencia.gov.br/PortalTransparenciaTRProgramaPesquisaAcao.asp?Exercicio=2009&textoPesquisaPrograma=agua&codigoPrograma=0122&nomePrograma=Servi%20E7os%20Urbanos%20de%20%C1gua%20e%20Esgoto>> Acesso em: 02 abr. 2016.

SILVA, José Irivaldo Alves de Oliveira. A dimensão ambiental como política pública e condicionante para o desenvolvimento. In: MELO, C. A. V.; SOARES, K. C. C. **Instituições, gestão pública e desenvolvimento sustentável**. Recife: Editora Nossa Livraria, 2011. Cap. Meio Ambiente, p. 247-288.

## **Sobre Livro**

**Projeto Gráfico e Editoração** Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes

**Tipologias Utilizadas** Adobe Carlson Pro

