

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ
ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS
SÉRGIO PEREIRA BRAGA
(ORGANIZADORES)

GLOBALIZAÇÃO,
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E
EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

AUTORES

ADRIANA ISABELLE BARBOSA LIMA SÁ LEITÃO	PATRÍCIA RODRIGUES ROSA
ALICE ROCHA DA SILVA	PATRICK JULIANO CASAGRANDE TRINDADE
ÁLVARO GONÇALVES ANTUNES ANDREUCCI	ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS
AUGUSTO CESAR SALOMÃO MOZINE	SANDRA NEDER THOMÉ DE FREITAS
CARLA RIBEIRO VOLPINI SILVA	SÉRGIO PEREIRA BRAGA
CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMÁZ	SERGIO TADEU PUPO
JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ	SUSANA RIBEIRO MOITA
MÁRCIO EDUARDO SENRA N. PEDROSA MORAIS	TARIN CRISTINO FROTA MONT'ALVERNE
MARCIO VALÉRIO EFFGEN	



**GLOBALIZAÇÃO,
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E
EFETIVIDADE DA JUSTIÇA**

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ
ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS
SÉRGIO PEREIRA BRAGA
(ORGANIZADORES)

GLOBALIZAÇÃO,
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E
EFETIVIDADE DA JUSTIÇA



Belo Horizonte
2019

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clêmeron Merlin Clêve	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircéo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Eliane M. Octaviano Martins	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Emerson Garcia	Nelson Rosenvald
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Renato Caram
Florisbal de Souza Del'Olmo	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Frederico Barbosa Gomes	Rodolfo Viana Pereira
Gilberto Bercovici	Rodrigo Almeida Magalhães
Gregório Assagra de Almeida	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Corgosinho	Rubens Beçak
Gustavo Silveira Siqueira	Vladmir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaína Rigo Santin	William Eduardo Freire
Jean Carlos Fernandes	

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2019.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva
Imagem de Capa: moritz320 (Pixabay.com)
Revisão: Responsabilidade do Autor

341.164 Globalização, desenvolvimento sustentável e efetividade da justiça / [organizado por] Jamile Bergamaschine Mata Diz, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, Sérgio Pereira Braga.
G562 Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.
2019 217p.

ISBN: 978-85-8238-638-5
ISBN: 978-85-8238-639-2 (E-book)

1. Globalização. 2. Globalização e justiça. 3. Gestão da justiça. 4. Direito ambiental.
5. Desenvolvimento sustentável. I. Diz, Jamile Bergamaschine Mata (org.). II. Caldas, Roberto Correia da Silva Gomes (Org.). III. Braga, Sérgio Pereira (Org.). IV. Título.

CDDir – 341.164
CDD(23.ed.)–341.02

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ
Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL
Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2019

AUTORES

ADRIANA ISABELLE BARBOSA LIMA SÁ LEITÃO

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará- UFC (2018).

ALICE ROCHA DA SILVA

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutora em Direito Internacional Economico pela Universite Aix- -Marseille III. Mestre em Direito das Relacoes Internacionais pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Email: rochaalice@yahoo.com.br

ÁLVARO GONÇALVES ANTUNES ANDREUCCI

Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Doutor em História do Direito pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH - USP).

AUGUSTO CESAR SALOMÃO MOZINE

Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Vila Velha. Mestre e Doutor em Ciências Sociais pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa em Ecologia Política e Governança Ambiental-EcoPol. agosto.mozine@uvv.br

CARLA RIBEIRO VOLPINI SILVA

Doutora em Direito Público e Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela PUCMG. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG e Professora do Programa de Pós-graduação da Universidade de Itaúna. E-mail: carlavolpini@hotmail.com.

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMÁZ

Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Professor da Universidade Vila Velha/ES. Magistrado. Email: adrianaibsl@gmail.com .

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

Catedrática e Coordenadora do Centro de Excelência Jean Monnet de Direito da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito Público/ Direito Comunitário pela UAH – Universidad Alcalá de Henares – Madrid. Mestre em Direito pela UAH – Universidad Alcalá de Henares – Madrid. Mestre em Instituciones y Políticas de la UE – UCJC/Madrid. Coordenadora e Professora do PPGD da UIT – Universidade de Itaúna-MG. Professora dos PPGD’s da ESDHC – Escola Superior Dom Helder Câmara e da FDMC – Faculdade de Direito Milton Campos – MG. Professora da Faculdade de Direito da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Assessora jurídica do Setor de Assessoria Técnica da Secretaria do Mercosul – Montevidéu (período: 2008-2009). Coordenadora da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Advogada.

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho/RJ, Mestre e Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna. Professor no Curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas e na Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna.

MARCIO VALÉRIO EFFGEN

Graduado em Direito e Mestre em Sociologia Política pela Universidade Vila Velha-UVV/ES. marcioeffgen@hotmail.com

PATRÍCIA RODRIGUES ROSA

Mestre em Proteção de Direitos Fundamentais pela UIT/MG; Pós-graduada em Ciências Criminais pela UNAR/SP; Pós-graduanda em Advocacia Trabalhista pela Pós graduanda em Advocacia Trabalhista pela FUMEC/MG; Professora Universitária; Advogada.

PATRICK JULIANO CASAGRANDE TRINDADE

Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Pós-graduado em Direito Social. Professor titular na Fundação Educacional de Oliveira/

MG. Professor titular na Faculdade de Direito de Contagem/MG. Membro da Comissão de Assuntos Carcerários da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção Minas Gerais. Advogado.

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Doutor e Mestre em Direito Público do Estado pela PUC/ SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor licenciado da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor permanente dos Cursos de Maestría en Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la UDE – Universidad de la Empresa – Montevideú/Uruguai, e de Master em Direito sobre “Contratación pública sostenible” na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo da UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha. External Researcher da Cátedra Jean Monnet em Direito da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Advogado no Brasil e em Portugal.

SANDRA NEDER THOMÉ DE FREITAS

Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE; especialista em Direito Ambiental: Gestão Urbana – ESA SP; Advogada; Coordenadora do Núcleo da ESA da Subseção de Pinheiros da OAB SP; Vogal na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP

SÉRGIO PEREIRA BRAGA

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela UNINOVE – Universidade Nove de Julho. Mestre em Administração pela FECAP/SP – Fundação Álvares Penteado. Diretor do Curso de Direito da UNINOVE – Universidade Nove de Julho (2008-2019). Advogado, Escritor, Palestrante e Professor de Ensino Superior.

SERGIO TADEU PUPO

Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE/SP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Instituto de Ensino para Osasco (UNIFIEO/SP). Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista de Direito (EDP/SP). Advogado. Professor de Ensino Superior.

SUSANA RIBEIRO MOITA

Mestre em Direito pelo UniCeub, Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia, Especialista em Gestão de Projetos pelo UNICESP, Graduada em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Graduada em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.

TARIN CRISTINO FROTA MONT'ALVERNE

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceara (UFC). Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2001), mestrado em Direito Internacional Público - Universite de Paris V (2004), doutorado em Direito Internacional do Meio Ambiente - Universite de Paris V e Universidade de São Paulo (2008).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XI
GLOBALIZAÇÃO E JUSTIÇA.....	1
CAPÍTULO 1	
ARRANJOS DE INTERDEPENDÊNCIA ECONÔMICA DE COOPERAÇÃO SUL/SUL: UMA ANÁLISE DOS RESULTADOS DO BRICS	
<i>Alice Rocha da Silva; Susana Ribeiro Moita</i>	<i>2</i>
CAPÍTULO 2	
ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF 101: PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COLETIVA NUMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL	
<i>Carla Ribeiro Volpini Silva; Patrícia Rodrigues Rosa.....</i>	<i>24</i>
CAPÍTULO 3	
O GRITO: GLOBALIZAÇÃO, RETROCESSO OU... DIÁLOGOS POSSÍVEIS ACERCA DA INTEGRAÇÃO, DA SUSTENTABILIDADE E DA DEMOCRACIA	
<i>Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci</i>	<i>40</i>
CAPÍTULO 4	
GLOBALIZAÇÃO E A CRISE DO JUDICIÁRIO: NOVOS CAMINHOS PARA A GESTÃO DA JUSTIÇA	
<i>Sérgio Pereira Braga; Sérgio Tadeu Pupo.....</i>	<i>51</i>

EFETIVIDADE DA JUSTIÇA.....	61
CAPÍTULO 5	
AS PRÁTICAS JUDICIAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS E A GOVERNANÇA DA SOCIALIDADE	
<i>Carlos Alberto Simões de Tomás; Jamile Bergamaschine Mata Diz.....</i>	62
CAPÍTULO 6	
AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA NA REALIDADE PENAL BRASILEIRA	
<i>Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais.....</i>	89
CAPÍTULO 7	
O ESTUPRO COMO FORMA DE GENOCÍDIO E A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL	
<i>Patrick Juliano Casagrande Trindade.....</i>	103
CAPÍTULO 8	
A MEDIAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS	
<i>Roberto Correia da Silva Gomes Caldas.....</i>	117
DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE.....	132
CAPÍTULO 9	
REGULAÇÃO INTERNACIONAL DO ESPAÇO URBANO E A SATISFAÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL NA ERA DA ECOGOVERNAMENTALIDADE	
<i>Marcio Valério Effgen; Augusto Cesar Salomão Mozzine.....</i>	133
CAPÍTULO 10	
DIREITO AMBIENTAL E DIREITO ECONÔMICO À LUZ DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	
<i>Sandra Neder Thomé de Freitas.....</i>	156
CAPÍTULO 11	
A PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE MARINHA NAS ÁREAS ALÉM DA JURISDIÇÃO DOS ESTADOS: NEGOCIAÇÕES E ESTRATÉGIAS	
<i>Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão; Tarin Cristino Frota Mont'Alverne...</i>	172

APRESENTAÇÃO

A Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança” traz à lume obra dedicada ao estudo dos temas principais que compõem as linhas de pesquisa que estão sendo desenvolvidas por seus membros, além de contar com a participação de convidados acadêmicos e profissionais que vêm contribuir, com seus trabalhos, para o debate sobre a governança e o rol do Estado no plano nacional e internacional.

Conforme ressaltamos em obra anterior, trata-se de uma rede de pesquisa que congrega instituições de ensino e pesquisa nacionais e estrangeiras, notadamente, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Universidade de Itaúna (UIT), Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) no Brasil, além de Universidad de Alcalá de Henares e Universidad Castilla-La Mancha na Espanha, Università degli Studi di Perugia na Itália e Universidade Europeia de Lisboa em Portugal. Os professores que atuam como coordenadores da Rede em cada instituição são: Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG/MG); Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS/RS); Alice Rocha da Silva (UniCEUB/DF); Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (PUC/SP); Carlos Alberto Simões de Tomáz (UVV/ES); Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa e Eduardo Vera Cruz Pinto (UEL/Portugal); Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá/Espanha); José António Moreno Molina (UCLM/Espanha); e Roberto Cippitani (Università degli Studi di Perugia).

O objetivo principal da Rede é promover o intercâmbio de professores e alunos em atividades direcionadas tanto para a elaboração de projetos de pesquisa, como a criação de disciplinas no âmbito dos programas de pós-graduação, cursos para formação profissional, seminários e publicações, além de outras atividades científicas e acadêmicas.

Nesse sentido, esta é a terceira obra fruto das mencionadas atividades e que reúne textos dos membros da Rede que foram apresentados no marco do II Seminário de Cooperação Técnica UNINOVE e Cátedra Jean Monnet de Direito da UFMG, em parceria com distintas instituições nacionais e estrangeiras, ocorrido em maio de 2017, ocasião em que, outrossim, a Rede teve a oportunidade de apresentar, em Painel específico, as discussões levadas a cabo pelos pesquisadores.

Nesta obra, apresentam-se os estudos diretamente vinculados ao tema da efetividade da justiça, desenvolvimento sustentável e globalização, tanto nos aspectos que cercam a atuação dos Estados, como das organizações internacionais e regionais. É o caso da análise feita por Alice Rocha da Silva, em parceria com Susana Ribeiro Moita, pela qual examinam os arranjos de interdependência econômica nas relações sul/sul, mediante análise específica dos fatores decorrentes dos acordos realizados. Há, ainda, o estudo apresentado por Carla Ribeiro Volpini Silva, em conjunto com Patrícia Rosa, sobre o impacto da ADPF 101 em relação à importação de pneus usados na seara internacional, tendo como pano de fundo a normatividade estabelecida pelas organizações internacionais de saúde.

De modo geral, quanto ao tema da efetividade da Justiça, em suas distintas facetas, buscou-se estabelecer os instrumentos para o incremento da democracia, dialogicidade e transparência do sistema judicial, fundamentado sempre no primado do acesso à Justiça. E isso por ter-se assente que os fundamentos e mecanismos da judicialização devem estar ancorados nos instrumentos democráticos no plano interno, regional e internacional.

Assim, o problema perpassa pelo questionamento de se estabelecer em que medida e maneira a globalização contribui para o *enforcement* da democracia, fomentando um cenário judicial mais participativo e consensual, com práticas voltadas para a solução de conflitos de modo imparcial, célere e transparente. Neste sentido, são as contribuições emanadas dos textos de Carlos Alberto Simões de Tomáz, em coautoria com Jamile Bergamaschine Mata Diz, e dos autores Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Sérgio Pereira Braga, este em coautoria com Sergio Tadeu Pupo. Na mesma senda, tem-se a contribuição trazida por Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais relacionada com as audiências de custódia e a efetiva conjugação do primado da efetividade da Justiça em matéria penal.

As questões relacionadas à sustentabilidade são debatidas por Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão e Tarin Cristino Frota Mont`Alverne, bem como Marcio Valério Effgen e Augusto Cesar Salomão Mozzine nas respectivas contribuições que apresentaram nesta obra.

Finalmente, mas não menos relevante, tem-se os estudos apresentados pelos então discentes Sandra Neder Thomé de Freitas, da UNINOVE, e Patrick Juliano Casagrande Trindad, da UIT, ambos com temáticas atuais e inovadoras vinculadas ao direito internacional, aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável, no contexto do mundo globalizado.

A participação dos pesquisadores, professores e discentes na presente obra promove um amplo e instigante debate que coaduna-se diretamente com as linhas de pesquisa e projetos vinculados aos respectivos programas de pós-graduação membros da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, permitindo, ainda, a divulgação e diálogo com a comunidade acadêmica e, em especial, com

os alunos de graduação, os quais, assim, passam a ter uma perspectiva contemporânea quanto às temáticas versadas, auxiliando sua formação em complementação às referências tradicionais adotadas nos respectivos planos de ensino.

Espera-se, com esta obra, que o leitor, de conseguinte, além de conhecer as pesquisas realizadas pelos membros da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, possa também aprofundar-se em temas tão significativos para os tempos atuais, voltados para os efeitos da globalização na ordem normativa e judicial, como parte integrante de um sistema cuja efetividade da Justiça deve, imperiosamente, calcar-se na sustentabilidade.

Belo Horizonte e São Paulo, julho de 2019.

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

Catedrática e Coordenadora do Centro de Excelência Jean Monnet em Direito da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito Público/ Direito Comunitário pela UAH - Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Direito pela UAH - Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. Coordenadora e Professora do PPGD da UIT - Universidade de Itaúna-MG. Professora dos PPGD's da ESDHC - Escola Superior Dom Helder Câmara e da FDMC - Faculdade de Direito Milton Campos - MG. Professora da Faculdade de Direito da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais. Assessora jurídica do Setor de Assessoria Técnica da Secretaria do Mercosul - Montevidéu (período: 2008-2009). Coordenadora da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Advogada.

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Doutor e Mestre em Direito Público do Estado pela PUC/ SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor licenciado da Faculdade Paulista de Direito da PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor permanente dos Cursos de Maestría en Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la UDE - Universidad de la Empresa - Montevidéu/Uruguai, e de Master em Direito sobre “Contratación pública sostenible” na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo da UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha. External Researcher da Cátedra Jean Monnet em Direito da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. Advogado no Brasil e em Portugal.

SÉRGIO PEREIRA BRAGA

Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela UNINOVE - Universidade Nove de Julho. Mestre em Administração pela FECAP/SP - Fundação Álvares Penteado. Diretor do Curso de Direito da UNINOVE - Universidade Nove de Julho (2008-2019). Advogado, Escritor, Palestrante e Professor de Ensino Superior.

GLOBALIZAÇÃO E JUSTIÇA

CAPÍTULO 1

ARRANJOS DE INTERDEPENDÊNCIA ECONÔMICA DE COOPERAÇÃO SUL/SUL: UMA ANÁLISE DOS RESULTADOS DO BRICS

*Alice Rocha da Silva
Susana Ribeiro Moita*

RESUMO: O capítulo definiu os novos arranjos de interdependência econômica de cooperação sul/sul, diferenciando-os dos tradicionais norte/sul. Com isso, analisou os resultados de um arranjo de cooperação sul/sul que o Brasil faça parte, escolhido aleatoriamente, a fim de demonstrar sua eficiência como promotor comercial dos Estados emergentes. Assim, ao estudar o BRICS como um todo e suas relações comerciais entre o Brasil e os demais países pertencentes, verificou-se que o arranjo obteve resultados negativos na promoção comercial geral, mas foi elemento indutor comercial do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação Econômica. Crescimento Econômico. BRICS.

ABSTRACT: The article defined the new arrangements of economic interdependence of South/South cooperation, differentiating them from the North/North traditional. Thereby, it analyzed the results of an arrangement of cooperation south / south which Brazil is a member, chosen randomly, in order to demonstrate its effectiveness as a trade promoter of emerging states. Therefore, studying the BRICS as a whole and its trade relations between Brazil and the other countries belonging to arrangement, it was verified that the arrangement obtained negative results in overall trade promotion, but it was trade inductive element of Brazil.

KEY WORDS: Economic Cooperation. Economic Growth. BRICS.

1. INTRODUÇÃO

O cenário econômico internacional está sensivelmente em modificação. Apesar de não se ter certeza qual o caminho que irá tomar, sabe-se que as políticas estatais estão cada vez mais individualistas, podendo-se denotar seu protagonismo no fomento econômico industrial, monetário ou fiscal no futuro próximo.

Isso se deve a ineficiência dos arranjos de cooperação internacionais existentes ante a dimensão dos desafios econômicos mundiais, que foram provocados pela falta de coordenação macroeconômica.

Todavia, é perceptível também que os Estados emergentes estão assumindo um protagonismo inovador, eficiente e indutor, onde há uma estratégia preferencial de ações de promoção comercial.

Desta forma, este capítulo busca entender, em um primeiro momento, como os arranjos de interdependência econômica de cooperação sul/sul funcionam.

Em seguida, utiliza-se o BRICS como mecanismo inter-regional escolhido aleatoriamente como objeto de estudo a exemplificar um arranjo de interdependência econômica de cooperação sul/sul em que o Brasil faça parte.

Neste estudo serão avaliados os resultados do arranjo como um todo e sua influência sobre as relações comerciais bilaterais entre os países que fazem parte do BRICS e o Brasil.

Com isso, pretende-se demonstrar a eficácia dessa nova forma de arranjo com o protagonismo dos Estados emergentes, tendo em mente que uma amostra de cooperação sul/sul não determina o futuro das demais.

2. ARRANJOS DE INTERDEPENDÊNCIA ECONÔMICA DE COOPERAÇÃO SUL/SUL

É imprescindível denotar inicialmente o que seriam os arranjos de interdependência econômica de cooperação sul/sul.

Para Neme esses arranjos seriam

[...] iniciativas de coordenação política por meio de intercâmbios de expertises e trocas de bens ou serviços, entre países de renda média e/ou baixa e suas agências, instituições e sociedades. Estas são motivadas pela solidariedade oriunda de identidades comuns visando a promoção de capacidades que tenham como finalidade o desenvolvimento econômico, social, cultural e humanitário dos países envolvidos sem a incidência de condicionalidades. (Neme, 2015, p.21)

A autora cita as principais diferenças entre os arranjos de interdependência econômica de cooperação norte/sul, ou seja, os tradicionais, e os arranjos de interdependência econômica de cooperação sul/sul, estes mais recentes.

Enquanto os arranjos de cooperação tradicionais prestam assistência oficial ao desenvolvimento dos países subdesenvolvidos, os arranjos de cooperação sul/sul prezam o benefício e o crescimento de todos os parceiros, numa via de mão dupla.

Como Neme cita em sua definição, os arranjos de cooperação sul/sul possuem renda média e/ou baixa, já nos arranjos de cooperação tradicionais pelo menos um dos participantes tem renda alta para poder prestar assistência aos demais.

Portanto, nos arranjos tradicionais há obrigatoriamente diferenças de estágio de desenvolvimento e nos de cooperação sul/sul há maior equidade nesses estágios.

Observa-se também, que os arranjos de interdependência econômica de cooperação tradicionais exigem condicionalidades dos receptores de assistência

revisadas pelos próprios pares, já os de cooperação sul/sul normalmente não estão sob condicionalidades para receber o benefício.

Ao saber que há estágios de desenvolvimento diferenciados entre os parceiros, os arranjos de cooperação tradicionais demandam estruturas burocráticas de diversos níveis, diferentemente dos arranjos de cooperação sul/sul que possuem estruturas burocráticas descentralizadas e com menores custos, pois os países parceiros estão nivelados em desenvolvimento econômico.

Enquanto os arranjos de cooperação tradicionais se subordinam às diretrizes da Declaração de Paris, os de cooperação sul/sul basta a confiança mútua.

Em resumo, o que mais distingue o arranjo de interdependência econômica de cooperação tradicional e o de cooperação sul/sul é justamente seus princípios: este norteado pelo benefício mútuo e aquele pelas condicionalidades.

Para Gilpin (2002) é importante a existência de arranjos de interdependência econômica de cooperação tradicionais norte/sul, pois permitiriam a transferência de tecnologias de produção das economias mais avançadas para as menos desenvolvidas.

Velasco Jr. (2017) concorda que a adesão a esse tipo de arranjo possa aumentar o ritmo de crescimento econômico, o grau de investimento e dos fluxos de comércio, além de provocar a queda dos custos da dívida externa, melhorar a integração econômica mundial e aproximar às boas práticas da boa governança.

Todavia, Gilpin acredita que a estratégia de ações de promoção comercial pelos Estados emergentes também seja legítima, pois a relação entre crescimento e interdependência econômica é cíclica.

Soares (2016) corrobora observando os arranjos de interdependência econômica de cooperação sul/sul de forma positiva, pois acredita que essa integração entre países com autonomia econômica permitiria alcançar um maior desenvolvimento dentro dos arranjos de cooperação tradicionais.

Os arranjos de interdependência econômica de cooperação sul/sul que mais se destacam na atualidade são as organizações internacionais.

Segundo Keohane e Nye (2001), as organizações internacionais são instituições próprias para Estados fracos, pois a regra do sistema das Nações Unidas, Um-Estado-Um-Voto, favorece coalizões de Estados pobres.

Desta forma, os Estados fracos, que não teriam poder de voto em arranjos de cooperação norte/sul como o da Organização das Nações Unidas, podem se coordenar de forma que se unam e ganhem poder perante os Estados fortes na decisão de questões econômicas importantes.

Martinelli (2016) é um partidário das organizações internacionais, principalmente no caso de Estados fracos.

Para o autor, essas parcerias são uma forma dos Estados se fortalecerem em um setor de investimento, pois eles podem conseguir uma melhor articulação econômico-política que os demais.

Entretanto, Mansur e Teodósio (2016) chamam a atenção para o fato de que, como tudo na vida, os arranjos de cooperação sul/sul também possuem seus pontos negativos.

Os autores observam que a heterogeneidade política e econômica dos parceiros pode causar dificuldades na coordenação da ação coletiva, pois os parceiros possuem baixa interdependência entre si.

Ao ter uma visão geral sobre os arranjos de interdependência econômica de cooperação sul/sul contemporâneos, pode-se partir para uma análise prática dos resultados de um arranjo de cooperação econômica sul/sul que o Brasil faz parte.

3. O BRICS

O BRICS é formado pelo Brasil, Rússia, Índia e China desde 2008, com a entrada da África do Sul a partir de 2011. Esses países possuem um nível de desenvolvimento semelhante, ou seja, emergentes e enxergam essa parceria como uma forma de obter benefícios mútuos, atuando nas esferas econômico-financeira e política.

No entanto, os resultados na esfera econômico-financeira foram os primeiros tangíveis por meio da criação do Novo Banco de Desenvolvimento a fim de financiar projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável em países emergentes e da criação do Arranjo Contingente de Reservas para apoiar mutuamente os membros em cenários de flutuações em seus balanços de pagamentos.

Em 2015, os líderes do BRICS aprovaram a “Estratégia para a Parceria Econômica do BRICS” relativa a intensificação, diversificação e aprofundamento das trocas comerciais e de investimentos entre os membros.

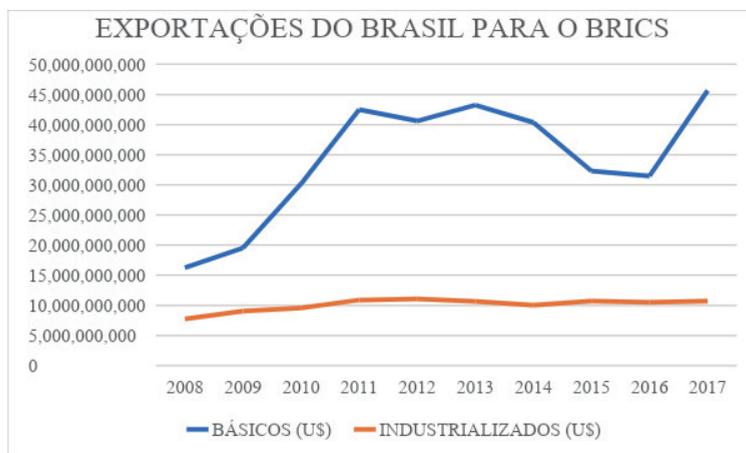
É interessante avaliar seus resultados como um todo durante todo seu período de existência, assim como sua influência sobre as relações comerciais bilaterais entre os países que fazem parte do BRICS e o Brasil a fim de constatar sua eficiência como arranjo de interdependência econômica de cooperação.

3.1. Seus resultados gerais

Para analisar os resultados da relação do BRICS com o Brasil em amplitude durante sua existência se levou em conta suas exportações e importações, assim como essas distinguidas entre produto básico e produto industrializado.

Para tanto, vale salientar que se entende por produto industrializado o que a Lei nº 5.172/1966 determina, ou seja, qualquer produto que tenha sua natureza, funcionamento, acabamento, apresentação ou finalidade modificada; e por produto básico àquele que não se enquadre no perfil de industrializado.

Dito isso, pode-se partir para a análise do quadro das exportações após a formação do BRICS, conforme o gráfico a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Depois da formação do BRICS, pode-se averiguar um aumento crescente das exportações dos produtos básicos, obtendo picos em 2011 e em 2013.

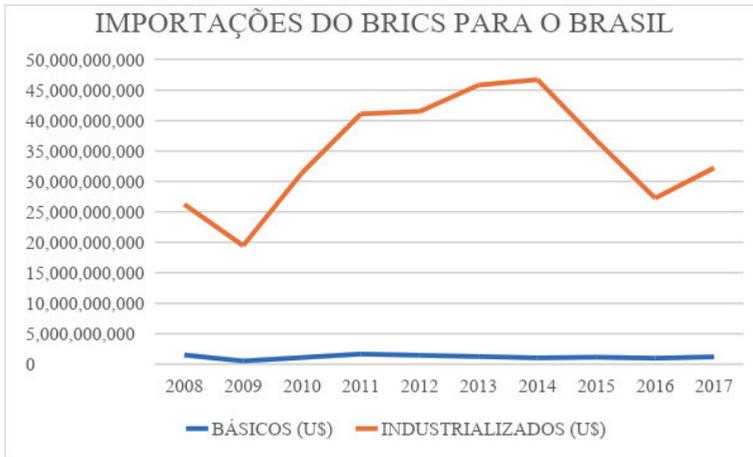
Entre 2014 e 2016, apresentou uma leve queda das exportações dos produtos básicos, porém voltou a ter um grande avanço em 2017.

Já não podemos dizer o mesmo quanto às exportações de produtos industrializados para o BRICS, pois os resultados foram ínfimos, como demonstra o gráfico anterior.

De 2008 a 2017, as exportações brasileiras de produtos industrializados para o BRICS quase não se alteraram.

Portanto, enquanto o BRICS foi um grande catalisador para as exportações brasileiras de produtos básicos, não influenciou nas de industrializados.

Assim como as exportações de produtos industrializados do Brasil para o BRICS se mantiveram quase constantes durante todo o período analisado, as importações brasileiras de produtos básicos também se mantiveram constantes, como se pode observar no gráfico a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Todavia, já no primeiro ano de formação do BRICS, houve uma queda das importações de produtos industrializados dele para o Brasil, mas que foi contornada logo no ano seguinte, obtendo-se taxas crescentes até 2014.

Entre 2014 a 2016 houve uma retração nas importações brasileiras dentro do arranjo que somente começou a ser superada a partir de então.

Portanto, enquanto o BRICS foi um grande estimulador das importações de produtos industrializados para o Brasil, não teve nenhuma significância perceptível nas importações de produtos básicos.

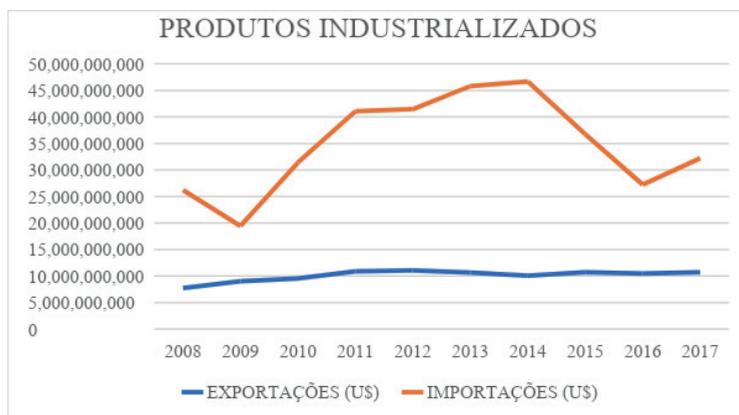
Vale analisar também quanto ao saldo das transações comerciais dos produtos básicos e industrializados, conforme a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Primeiro, ao estudar os produtos básicos, constata-se que o BRICS fez uma grande diferença no sentido positivo para ampliar as exportações de produtos básicos brasileiros e que tem projeção positiva neste aspecto.

Já quanto às importações desses mesmos produtos, o BRICS não influenciou mantendo o volume constante, como se constata abaixo:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Averigua-se que o BRICS foi um propulsor de crescimento das importações de produtos industrializados, embora tenha sido ineficaz na promoção das suas exportações.

Em geral, podemos concluir que o saldo das transações comerciais no BRICS começou negativo, mas foi positivo durante todo o período analisado como demonstra o gráfico seguinte:



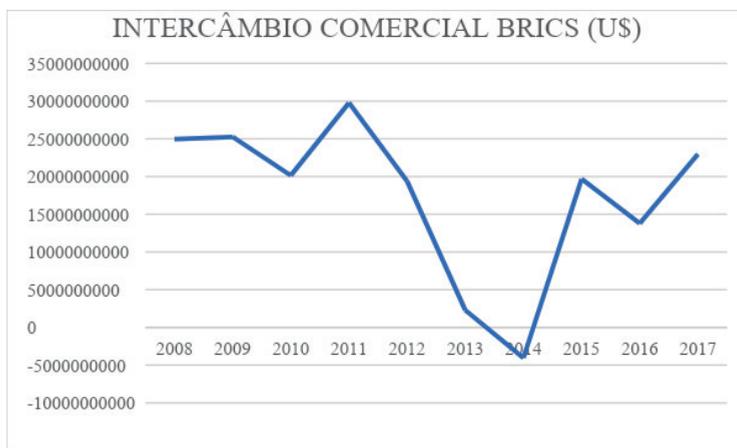
Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

O último ponto a ser analisado como resultado do arranjo econômico de cooperação é seu intercâmbio comercial geral, ou seja, não somente com a participação do Brasil, mas o arranjo agindo em relações comerciais bilaterais entre todos os países que o constituem.

Desta forma, averiguamos que o BRICS, como um todo, não teve suas relações comerciais afetadas no primeiro ano de formação.

No segundo ano suas transações comerciais foram negativas, mas foram seguidas por um respeitável pico de intercâmbio comercial em 2011.

Todavia, desde então, o intercâmbio comercial tem sido negativo se comparado ao existente antes da formação do BRICS, apesar do retorno do crescimento a partir de 2014, com oscilação em 2016, assim como o gráfico seguinte revela:

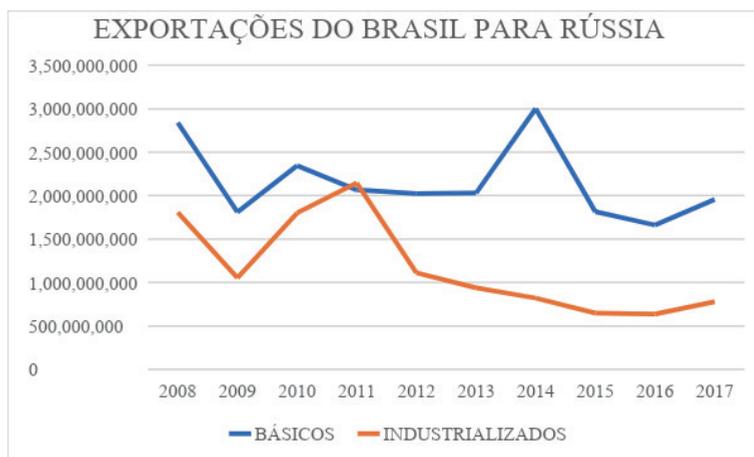


Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Com os resultados do BRICS como um todo durante todo o período de sua existência, seria interessante analisar sua influência sobre as relações comerciais bilaterais entre os países que fazem parte do arranjo.

3.2. Seus resultados nas relações comerciais com a Rússia

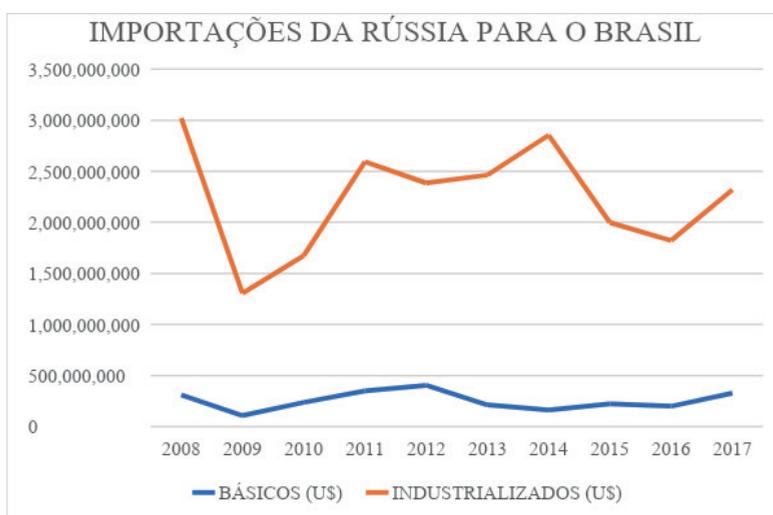
Após analisar as transações comerciais do BRICS como um todo, é importante detalhar as relações entre os países dentro do arranjo. Desta forma, examina-se as exportações comerciais brasileiras para a Rússia dentro do BRICS, como revela o gráfico abaixo:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

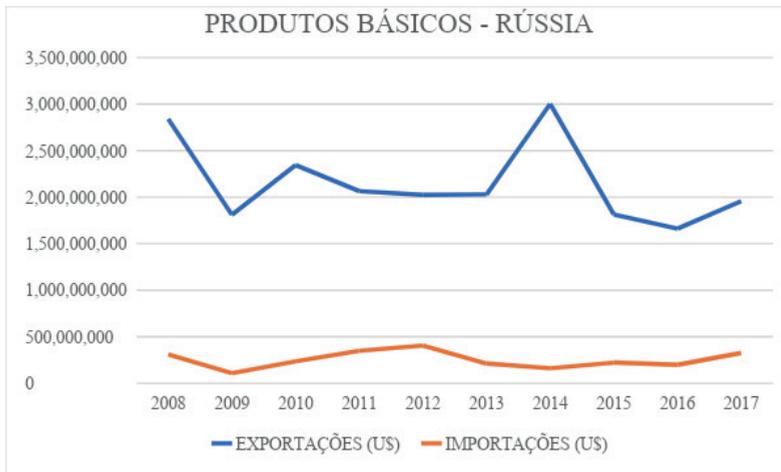
Ao observar o gráfico acima, pode-se constatar que a existência do BRICS foi ruim tanto para as exportações de produtos básicos quanto de industrializados para a Rússia, sendo negativa para ambos durante quase todo o período analisado se comparada às exportações antes da existência do BRICS.

Da mesma, as importações, de forma geral, foram influenciadas negativamente, embora as de produtos básicos tenham quase se mantido constantes, enquanto as de produtos industrializados passaram por períodos de grande oscilação negativa, como o gráfico abaixo mostra:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

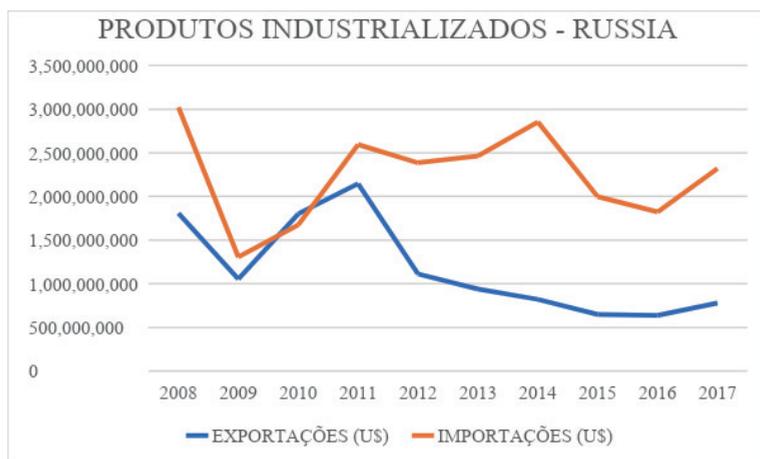
Partindo para o estudo dos resultados das transações comerciais dos produtos básicos entre Brasil e Rússia no BRICS, pode-se constatar no gráfico seguinte que tanto as importações quanto as exportações sofreram impactos negativos, embora as exportações tenham passado por momentos oscilatórios bem maiores que as importações que quase se mantiveram constantes.



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Já para os produtos industrializados se constata uma certa semelhança entre as exportações e importações das transações comerciais com a Rússia.

Ambas possuem um movimento oscilatório negativo semelhante, porém as exportações se destacam por estarem sofrendo um movimento decrescente, enquanto as importações passam por um movimento ascendente, conforme o gráfico abaixo:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Em resumo, apesar de um pico positivo de transações comerciais entre Brasil e Rússia no BRICS em 2010, o saldo como um todo foi negativo, pois as relações comerciais são diminuíram a formação do BRICS com movimento oscilatório decrescente, conforme gráfico abaixo:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

3.3. Seus resultados nas relações comerciais com a Índia

Seguindo o detalhamento das transações comerciais entre os países que formam o BRICS, parte-se agora para a análise das relações comerciais entre Brasil e Índia.

As exportações de produtos industrializados brasileiros para a Índia teve um grande aumento no primeiro ano de formação do BRICS. Todavia, os dois anos posteriores foram marcados por uma queda, tomando um leve fôlego em 2012, com uma pequena queda em 2013 e, a partir de então, vem sendo crescente.

Quanto às exportações de produtos básicos para a Índia, percebe-se uma influência comercial positiva, atingindo seu ápice em 2012. Em 2013, houve uma queda acentuada, erguendo-se em 2014, caindo nos dois anos seguintes, mas obtendo um movimento oscilatório ascendente desde 2016.

O importante é constatar que tanto as exportações de produtos básicos quanto de industrializados sofreram influência positiva nas relações bilaterais Brasil e Índia pela existência do BRICS, conforme gráfico a seguir:

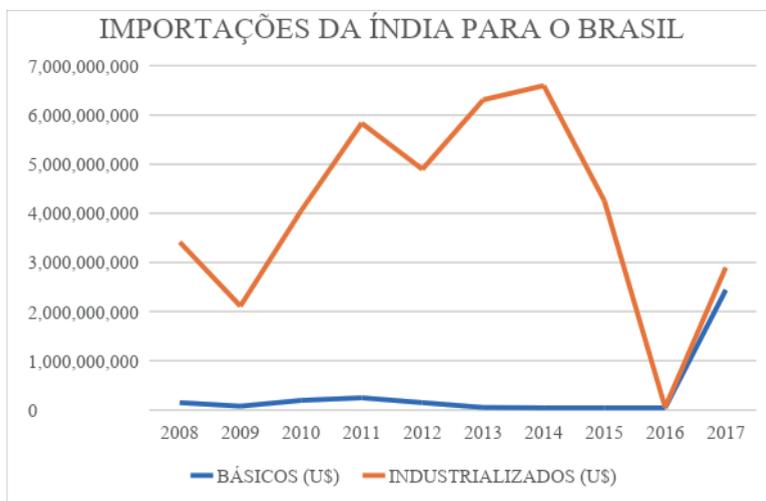


Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Ao analisar as importações, percebeu-se que as de produtos básicos não foram estimulados pela existência do BRICS até 2016.

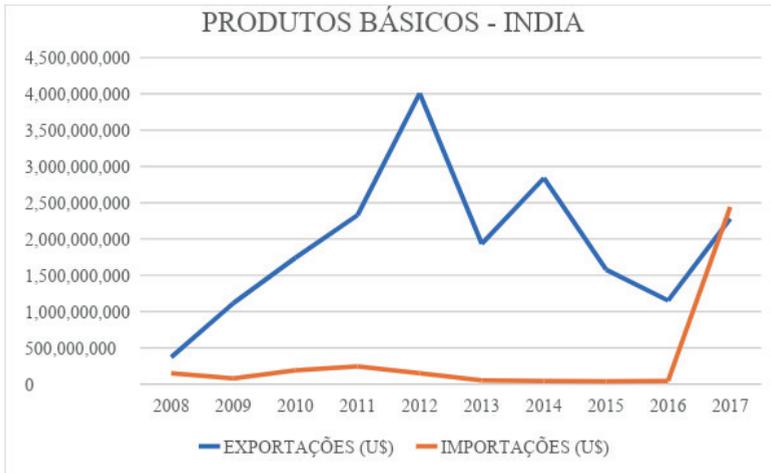
Já quanto as de produtos industrializados sofreram uma queda no primeiro ano de existência do BRICS, mas se recuperou tendo grande êxito entre 2009 e 2014. De 2014 a 2016, apresentou queda significativa, demonstrando saldo negativo se comparado a 2008.

Contudo, desde 2016, tanto as importações de produtos básicos e de industrializados tendem a um movimento crescente, conforme observa-se abaixo:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

No estudo das transações comerciais de produtos básicos entre Brasil e Índia, constata-se que, enquanto as importações de básicos da Índia para o Brasil foram quase constantes, recebendo um estímulo significativo a partir de 2016; as exportações do Brasil para a Índia foram oscilantes, com crescimento constante até 2012, queda em 2013, crescimento em 2014, movimento decrescente em 2015 e 2016, e estímulo crescente a partir de então, conforme se observa:

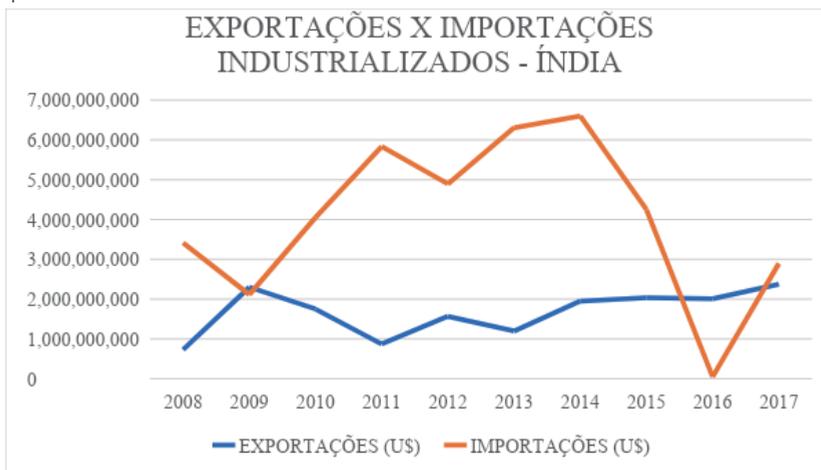


Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Todavia, ao comparar as exportações e importações de produtos industrializados, constata-se que ambas foram influenciadas positivamente pela existência do BRICS.

As exportações de produtos industrializados se elevaram no primeiro ano, mas voltaram aos valores iniciais em 2011 e tomaram um movimento suave de ascensão a partir de 2013.

Ao contrário das exportações, o primeiro ano de existência do BRICS foi marcado pela queda das importações de produtos industrializados, recuperando crescimento até 2014, o qual foi interceptado por uma violenta queda até 2016, ano que as importações voltam ao seu movimento de ascendência, conforme gráfico a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

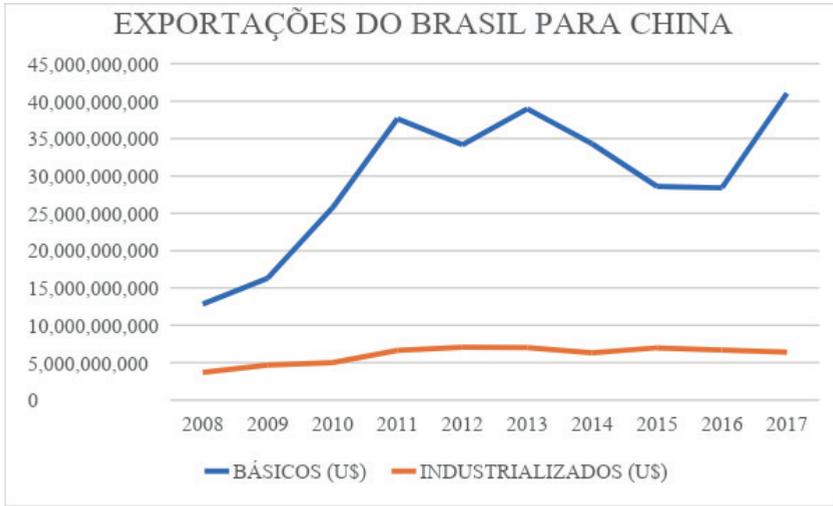
Em resumo, podemos concluir que durante o período analisado, as relações comerciais entre Brasil e Índia foram extremamente oscilantes, variando mais para dentro do eixo negativo, embora tenha tomado um movimento de ascensão contínua desde 2013, conforme se observa:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

3.4. Seus resultados nas relações comerciais com a China

Seguindo o estudo para o próximo membro do BRICS, a China, o gráfico a seguir analisa as exportações do Brasil para a esse país após a existência do arranjo.



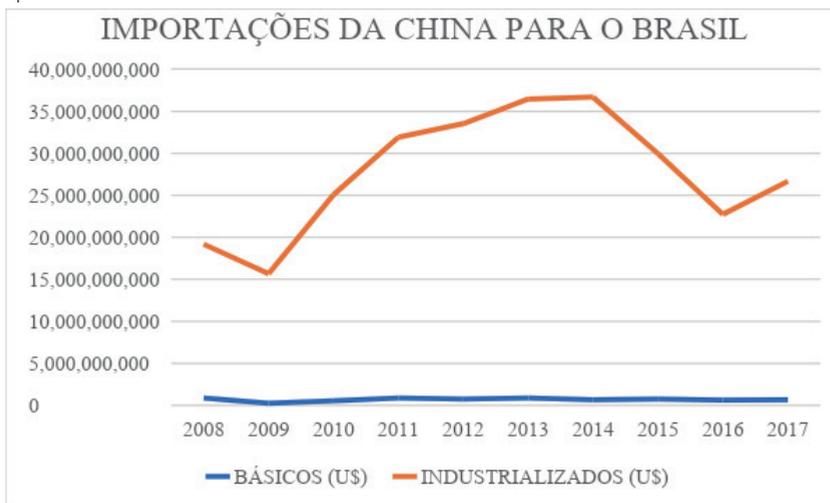
Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

O gráfico nos mostra que, apesar de o BRICS proporcionar uma leve ascensão nas exportações de industrializados, estas quase se mantiveram constantes.

Já quanto aos produtos básicos, o BRICS foi um grande estimulador, proporcionando o aumento nas exportações para a China, apesar de ter sofrido uma leve queda entre 2013 e 2016.

Quando se analisa as importações de produtos da China, verifica-se que o BRICS não surtiu efeito sobre seus produtos básicos, mas causou uma leve queda sobre seus industrializados no primeiro ano de existência do BRICS e uma ascensão até 2014.

Entre 2014 e 2016, as importações de produtos industrializados passaram por uma retração, mas desde então assumiram um movimento ascendente, como se constata no gráfico posterior:



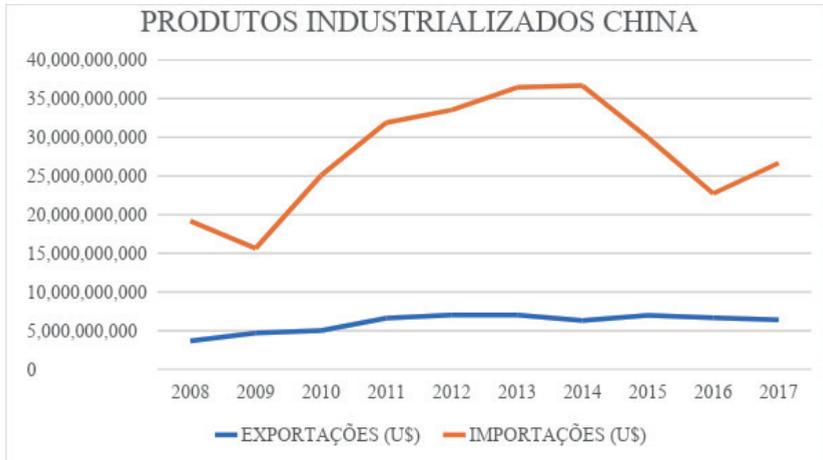
Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Ao comparar exportações e importações de produtos básicos para a China, verifica-se que o BRICS não influenciou as suas importações enquanto foi fator positivo para as exportações, como se pode verificar no gráfico abaixo:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Já ao comparar exportações e importações de produtos industrializados da China, constata-se pelo gráfico seguinte que as exportações não obtiveram estímulo palpável pela inserção das relações comerciais bilaterais no arranjo, ao contrário das importações que sofreram um efeito positivo.



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Ao estudar o saldo comercial das relações comerciais entre Brasil e China, constata-se que a entrada desses países no BRICS foi positiva e a expectativa é por um movimento crescente nas suas transações comerciais como se visualiza no gráfico abaixo:

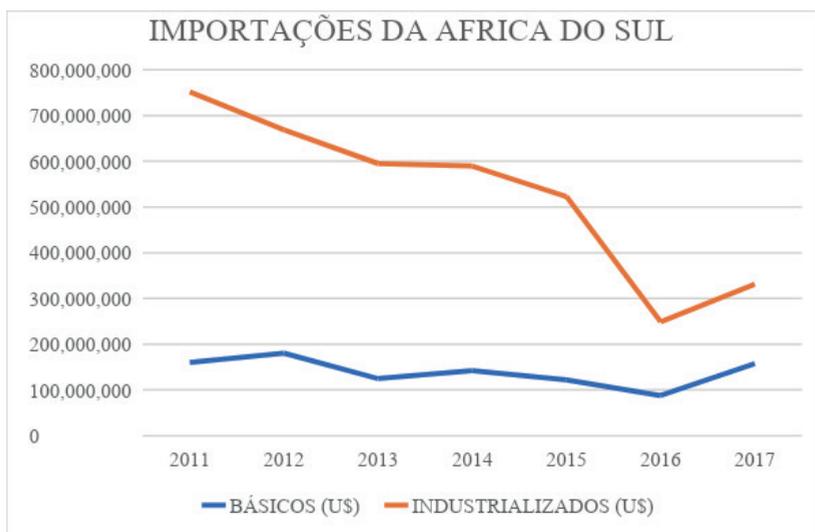


Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

3.5. Seus resultados nas relações comerciais com a África do Sul

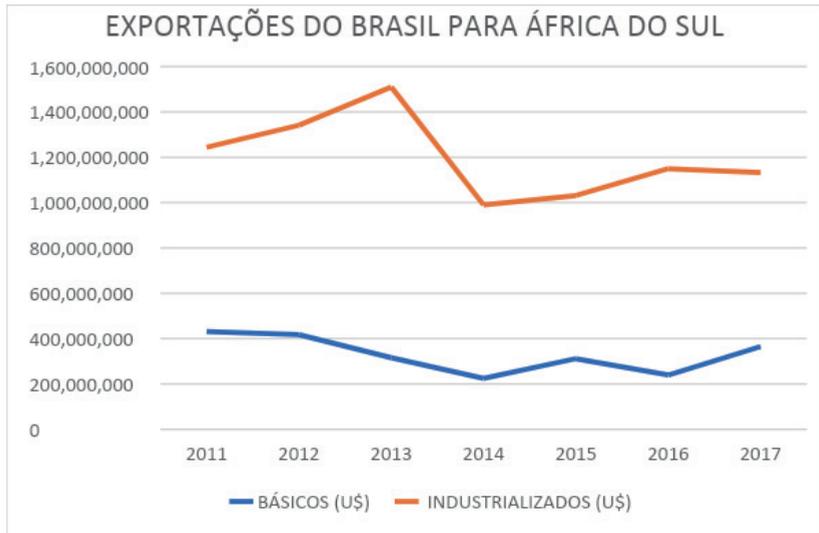
Apesar de ser o último país a entrar no BRICS, podemos realizar a análise feita anteriormente com os demais países do arranjo.

Ao analisar o gráfico posterior se constata que tanto as importações de produtos básicos quanto de industrializados sofreram influência negativa. Apesar dos básicos terem se mantido mais constantes, os industrializados obtiveram grande queda.



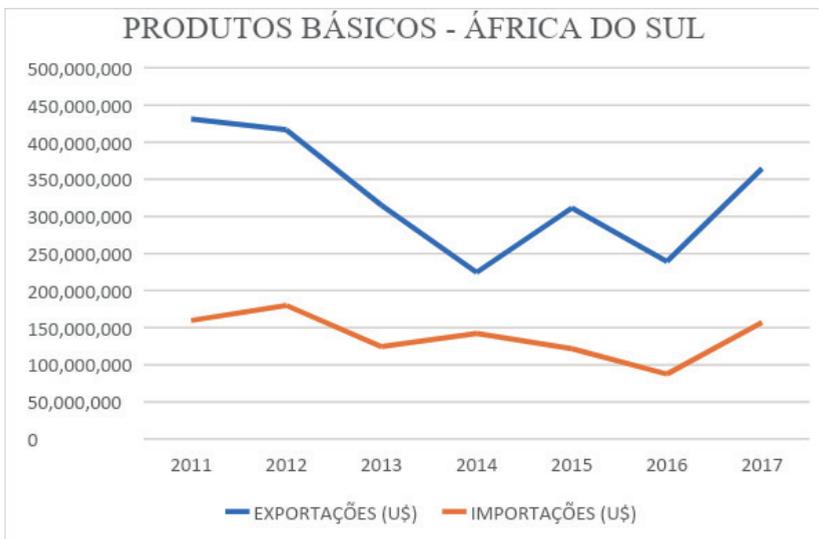
Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Da mesma forma, ao estudar as exportações por meio do gráfico abaixo, constata-se que tanto os produtos básicos quanto os industrializados obtiveram influência negativa nas relações bilaterais com a África do Sul.



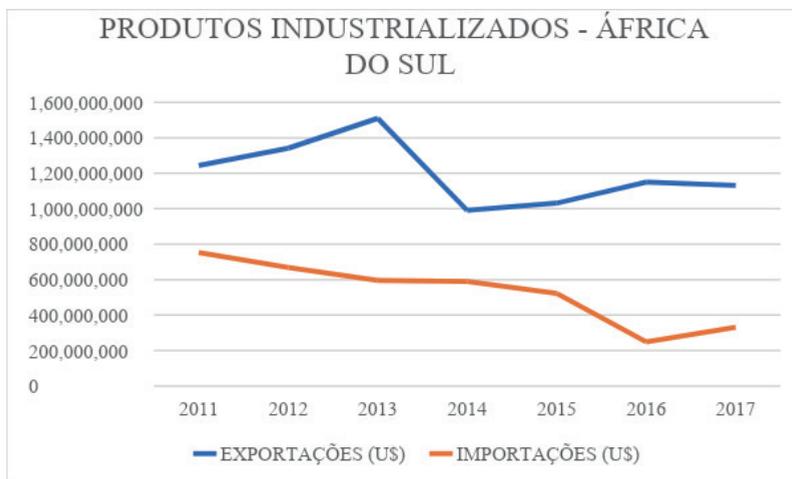
Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Quando a avaliação delimita as exportações e importações de produtos básicos, tanto uma quanto a outra sofreram influência negativa, ressaltando que as exportações foram mais desestimuladas que as importações, conforme se constata abaixo:



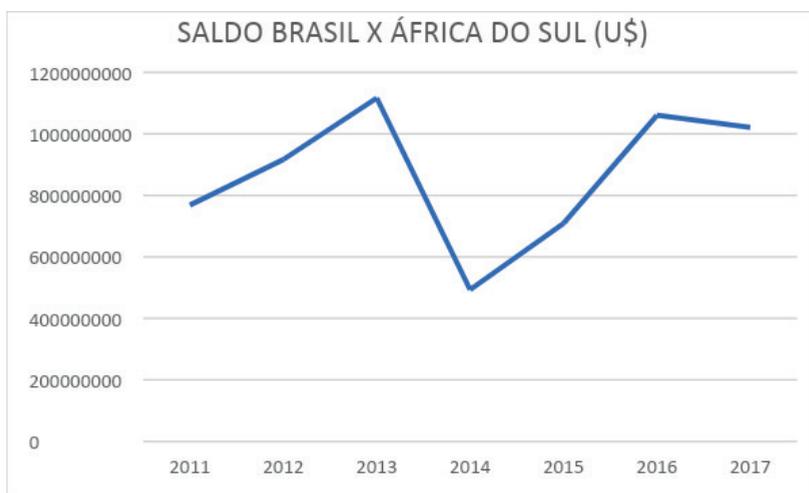
Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Da mesma forma, tanto as exportações quanto as importações de industrializados sofreram influência negativa com a presença do BRICS nas relações comerciais bilaterais entre Brasil e África do Sul, como pode ser observado abaixo:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

Assim, constata-se no gráfico do saldo comercial abaixo que as relações comerciais entre Brasil e África do Sul, após a entrada deste no BRICS, foi negativa, apesar de obter saldos positivos em 2013 e em 2016 em diante.



Fonte: Gráfico elaborado pela autora com dados divulgados pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (2008)

4. CONCLUSÃO

Ao assumir o protagonismo inovador das ações de promoção comercial das relações internacionais, espera-se que os arranjos de interdependência econômica de cooperação sul/sul consigam suprir as ineficiências dos arranjos de cooperação internacionais tradicionais existentes.

Desta forma, o BRICS é um bom exemplo de arranjo de interdependência econômica de cooperação sul/sul que revelou sua eficiência perante o cenário macroeconômico mundial.

O capítulo demonstrou que o BRICS foi fator influenciador positivo para as transações comerciais com o Brasil, embora ele tenha exercido o papel negativo perante as transações comerciais do arranjo como um todo.

Nas relações comerciais entre Brasil e Rússia, o BRICS foi predominantemente um fator negativo, pois desestimulou o volume das transações comerciais entre esses dois países.

Já nas transações comerciais entre Brasil e Índia, não se pode afirmar nada, pois durante o período analisado houve tanto influências positivas quanto negativas.

Com a China, o Brasil obteve um aumento do estímulo às relações comerciais tanto quanto com a África do Sul, onde o Brasil obteve saldo positivo.

Por fim, enquanto para o arranjo como um todo, o BRICS foi um elemento desestimulador das transações comerciais entre os países pertencentes, para o Brasil foi elemento indutor para a promoção comercial nas relações com a China e com a África do Sul e desmotivador com a Rússia.

REFERÊNCIAS

- GILPIN, Robert. **A Economia Política das Relações Internacionais**. Brasília: Editora UnB, 2002.
- KEOHANE, Robert O; NYE, Joseph S. **Power and Interdependence**. New York, San Francisco, Boston: Longman, 2001.
- MANSUR, Yasmine Santos; TEODÓSIO, Armindo dos Santos de Sousa. **Participação das Organizações da Sociedade Civil na Cooperação Sul/Sul**: em busca de um modelo de análise nos estudos em administração. Cadernos EBAPE.BR [ONLINE]. 2016, v. 14, n. 3, p. 676-694.
- MARTINELLI, Caio Barbosa. **O Jogo Tridimensional**: o hard power, o soft power e a interdependência complexa segundo Joseph Nye. Conjuntura Global, v. 5, n. 1, jan./abr. 2016, p. 65-80.
- MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. **Balança Países 2008**. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/component/content/article?layout=edit&id=1203>>. Acesso em: 09 mar. 2018.
- NEME, Flávia Mariane. **Políticas de Cooperação Sul-Sul**: uma análise do Brasil (2003-2010). Monografia apresentada no Programa de Bacharelado em Relações Internacionais da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2015, p. 21.
- SOARES, Maria Susana Arroza. **Autonomia e Interdependência nas Relações Internacionais na América Latina**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016.
- VELASCO JR., Paulo Afonso. **A Agenda e os Desafios da Adesão do Brasil à OCDE**. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Relações Internacionais, 2017.

CAPÍTULO 2

ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF 101: PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COLETIVA NUMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

*Carla Ribeiro Volpini Silva
Patricia Rodrigues Rosa*

RESUMO: O presente capítulo destina-se a analisar de forma crítica a decisão proferida pela Ministra relatora Carmem Lúcia, na ADPF 101, no sentido de declarar a constitucionalidade da legislação brasileira que proíbe a importação, pelo Brasil, de pneus usados, ressalvando a possibilidade de importação destes pneus desde que oriundos de países que integrem o MERCOSUL. Buscar-se-á demonstrar, através do método indutivo, que a importação de pneus usados, de qualquer país que seja, compromete a saúde da coletividade brasileira, ferindo de forma clara direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Neste sentido, a exceção legitimada pela Ministra Carmem Lúcia apresenta-se desproporcional e infundada frente ao paradigma de Estado Democrático que prioriza a proteção total e irrestrita dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Saúde coletiva. Proteção internacional.

ABSTRACT: This article wants to analyze critically the decision of the Minister Carmen Lúcia, in ADPF 101, that decided to the constitutionality of Brazilian law that prohibits imports, by Brazil, of used tires, with the option of importing these by countries belonging to MERCOSUR. We intend to demonstrate, in a inductive way, that the import of used tires from any country, undermines the health of the Brazilian community, injuring clearly constitutionally guaranteed fundamental right. In this sense, the exception legitimized by the Minister Carmen Lucia presents disproportionate and unfounded against the paradigm of democratic state which prioritizes the total and unrestricted protection of fundamental rights, the core of its constitution.

KEY WORDS: Fundamental rights. Public health. International protection

1. INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988, no título II, capítulo I dispõe sobre a nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil: direitos individuais e direitos coletivos. Tem-se que esta superou a *summa divisio* clássica: direito público e direito privado, uma vez que melhor se compatibiliza com a estrutura do paradigma de Estado Democrático de Direito (2008).

Com a nova *summa divisio* busca-se concretizar os direitos fundamentais - individuais e coletivos, tanto no plano nacional quanto internacional.

Neste sentido, o direito à saúde, previsto no art. 6º da Constituição Federal como direito social fundamental, deve ser tutelado tanto em seu aspecto individual, quanto coletivo, seja no âmbito interno ou internacional.

O direito à saúde integra o conceito de dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido tem-se que a efetiva tutela do direito à saúde, tanto em seu aspecto individual quanto coletivo, no plano interno ou internacional, apresenta-se como meta a ser alcançada pelo Estado Democrático, na busca pela concretização dos direitos fundamentais como forma de transformação da realidade social.

A tutela do direito à saúde apenas no plano interno, não tocando em questões que envolvam organizações internacionais, traduz uma tutela ineficiente, que lega aos direitos fundamentais uma submissão e inação quanto a questões de foro internacional.

A força irradiante dos direitos fundamentais permite que estes direitos se apresentem como “superdireitos”, cuja observância e respeito deve se dar tanto no plano interno quanto internacional.

Ocorrendo situação em que um direito fundamental se encontre ameaçado de lesão em decorrência de decisão proferida no plano internacional deve-se considerar a importância jurídica e social deste, bem como sua força irradiante, a fim de garantir-lhe a efetiva proteção. Sobrepor decisões internacionais fundadas em questões econômicas aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal brasileira delinea um retrocesso social, o que não se coaduna com os princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. EMENTA E SÍNTESE DO ACÓRDÃO

EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Adequação. Observância do princípio da subsidiariedade. Arts. 170, 196 e 225 da Constituição da República. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: Ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coisa julgada com conteúdo executado ou exaurido: impossibilidade de alteração. Decisões judiciais com conteúdo indeterminado no tempo: proibição de novos efeitos a partir do julgamento. Arguição julgada parcialmente procedente. (Brasil, STF, 2009)

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pelo Presidente da República, cujo objetivo maior consistia em evitar e reparar lesão a preceitos constitucionais fundamentais previstos essencialmente nos artigos 196 e 225 da CF. Delineou-se a existência de diversas decisões judiciais proferidas em desacordo com diplomas normativos brasileiros (Portarias do Departamento de Operações do Comércio Exterior - Decex, da

Secretaria de Comércio Exterior – Secex, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, Decretos Federais e Convenções – Basiléia), os quais vedam a importação de pneus usados e remoldados.

Afirma-se que a importação de pneus estaria violando dois preceitos constitucionais fundamentais, quais sejam: o direito à saúde e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da CF).

É que a ADPF 101 discutia a possibilidade de importação de pneus usados para utilização pelas empresas brasileiras, considerando os princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio de um lado, e o direito fundamental a uma sadia qualidade de vida e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado de outro.

Os pedidos na ADPF 101 consistiam-se, basicamente, na declaração de ilegitimidade e inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados com efeito “*ex tunc*” e na declaração de constitucionalidade e legalidade dos dispositivos da legislação interna brasileira que tratam da proibição de importação de pneus usados.

O Tribunal decidiu, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Carmem Lúcia, que a ADPF era parcialmente procedente, afirmando a constitucionalidade da legislação brasileira que proíbe a importação de pneus usados e a ilegitimidade e inconstitucionalidade das decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados com efeito “*ex tunc*”, não aplicando estes efeitos às ações já transitadas em julgado.

Na oportunidade o tribunal decidiu, também, que a importação de pneus usados de países que integram o MERCOSUL não se enquadra na proibição realizada pelo STF, permitindo assim, a importação de pneus usados, pelo Brasil, de países que componham o MERCOSUL, corroborando ressalva já contida na legislação brasileira infraconstitucional.

3. CABIMENTO DA ADPF

O meio eleito para questionar o desrespeito e lesão ao direito fundamental à saúde, bem como a um meio ambiente ecologicamente equilibrado foi a propositura de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A ADPF é regulamentada pela Lei 9882/99, nos termos do §1º do art. 102 da CF.

No presente caso se demonstrou de forma clara os preceitos fundamentais que as decisões dos tribunais brasileiros estavam ferindo ao permitirem a importação de pneus usados, quais sejam: direito fundamental à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No que tange à definição do que seriam preceitos fundamentais tem-se que tanto a Constituição Federal quanto as leis infraconstitucionais não

conceituam o termo de forma precisa, legando esta tarefa à doutrina e, em última análise, ao STF.

Em algumas hipóteses, inclusive, os ministros do STF já se manifestaram sobre o que não configura preceito fundamental¹. Ao que tudo indica a apreciação do que se trata ou não de preceito fundamental será feita pelo STF, através da análise de cada caso concreto e não em um sentido amplo. Desta forma, enquanto não se apresenta uma definição clara sobre a adequada definição de preceito fundamental, faz-se necessário analisar e levar em consideração as sugestões apresentadas pela doutrina.

Pedro Lenza menciona em sua obra que o professor Cássio Juvenal Faria define preceitos fundamentais como:

normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os ‘princípios fundamentais’ do Título I (arts. 1º ao 4º); os integrantes da cláusula pétrea (art. 60, §4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc. (Lenza, 2008, p. 212).

Uadi Lammêgo Bulos, por sua vez, afirma que “qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária”. (Bulos, 2000, p. 901)

Neste sentido é que se pode afirmar, sem sombra de dúvidas, com base em um Estado Democrático de Direito, que possui em seu núcleo a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, que os direitos à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado tratam-se de preceitos fundamentais a serem tutelados por meio da ADPF.

Afinal, o conflito que se discute na ADPF 101 diz respeito, de um lado, à proteção dos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo descumprimento estaria a ocorrer por decisões judiciais conflitantes; e de outro o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, os quais legitimariam a importação de pneus usados para

¹ Questão de ordem apresentada na ADPF n.1-RJ, apresentada pelo Ministro relator Néri da Silveira, no qual o tribunal não conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal – que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 – teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes. Considerou-se ser incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no artigo 1º da Lei 9882/99.

aproveitamento como matéria prima por diversas empresas brasileiras, gerando empregos diretos e indiretos.

4. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O título II da Constituição Federal trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Os capítulos que compõem o título II fazem menção aos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); aos direitos sociais (art. 6º); nacionalidade (arts. 12 e 13); direitos políticos (arts. 14 a 16) e partidos políticos (art.17). Vale frisar que todos os itens que compõem o título II da CF/88 tratam-se de disposições referentes a Direitos e Garantias Fundamentais.

Neste sentido é que, muito embora ainda haja certa discussão por parte da doutrina, os direitos sociais são direitos fundamentais, uma vez que inseridos no capítulo I do título II da Carta Maior.

Ademais, o art. 1º da Constituição Federal traz os **princípios** fundamentais que regem a República Federativa do Brasil, quais sejam: soberania, cidadania, **dignidade da pessoa humana**, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

O §2º do artigo 5º, por sua vez, dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos **princípios** por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, considerando que a dignidade humana é um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil, considerando que os direitos sociais são corolários da dignidade humana, bem como que os direitos e garantias expressos no artigo 5º da CF não excluem outros direitos e garantias decorrentes do regime, princípios ou tratados a que o Brasil esteja vinculado, não há como negar à saúde o caráter de direito fundamental.

Deve-se ter em mente que a dignidade humana conecta-se diretamente à noção de alteridade, uma vez que a dignidade existe e se realiza na vida social. Neste sentido tem-se como exigência o reconhecimento do outro e também o respeito à sua dignidade como ser livre e autônomo. Garantir o respeito à dignidade humana significa, em um sentido mais amplo, garantir o respeito à saúde de cada indivíduo, bem como garantir o respeito à saúde da coletividade, considerando uma dimensão social e/ou comunitária da dignidade humana. (Sarlet, 2001, p. 53).

Segundo Ingo Sarlet, uma das funções precípua da dignidade humana é atuar como limite dos poderes estatais, numa dimensão defensiva, como algo que pertence a cada um e que não pode ser alienado. (Sarlet, 2001).

Neste sentido, o direito à saúde, que encontra seu fundamento no respeito à dignidade humana também deve servir como limite aos poderes estatais, seja no seu aspecto individual ou coletivo.

Gregório de Assagra defende em sua obra que a Constituição Federal não recepcionou a *summa divisio* clássica direito público e direito privado. Segundo o autor, a CF/88 trouxe uma nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada no capítulo I do título II de seu texto.

A Constituição brasileira faz referência a direitos fundamentais “individuais” e “coletivos”, consistindo esta, na nova *summa divisio*. Segundo o autor “a *summa divisio*, implantada na Lei Fundamental brasileira de 1988, é a Direito Coletivo e Direito Individual (Título II, Capítulo I, da CF/88)”. (Almeida, 2008, p. 430).

É com base nesta nova divisão estabelecida pelo texto constitucional que se ampara a concepção de um direito coletivo que, somado ao direito individual deve “pautar a nova metódica de classificação e compreensão conceitual e substancial da própria ordem jurídica, tendo como ponto de unidade e apoio o Direito Constitucional.” (Almeida, 2008, p. 429). É devido a este ponto de unidade que se fala em uma *summa divisio* constitucionalizada relativizada. A relativização da *summa divisio* verifica-se no fato de que acima dos direitos individuais e dos direitos coletivos encontra-se a Constituição Federal, objeto material do Direito Constitucional, que possui regras aplicáveis tanto ao direito individual quanto ao direito coletivo.

Em um Estado Democrático os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo da Constituição, possuindo eficácia irradiante quanto ao legislativo, executivo, judiciário e também atingindo o plano internacional. Neste sentido, tendo em vista que o direito à saúde é direito fundamental que deve ser observado levando-se em consideração tanto seu aspecto individual quanto coletivo, tem-se que a necessidade de proteção e respeito a este postulado deve se dar tanto por parte do executivo, legislativo e judiciário quanto, também, por parte dos organismos internacionais.

É que a República Federativa do Brasil constitui-se em “um Estado guiado pelos direitos fundamentais.” (Figueiredo, 2007, p.45).

No que diz respeito especificamente à tutela do direito à saúde, as diversas constituições brasileiras, ao longo da história - considerando as redefinições próprias de cada época- protegeram este direito.

A Constituição brasileira de 1934 dispunha que a União e os Estados eram competentes para “cuidar da saúde e assistência públicas” (art. 10, inciso II). As constituições de 1937 e 1946 silenciaram-se sobre a matéria. A Carta de 1967 e a EC n. 1/69 praticamente repetiram as disposições da constituição de 1934.

No plano da legislação federal, a Lei 2.312/54 dispõe sobre as normas gerais de defesa e proteção da saúde. O decreto n. 49.974-A/61, também denominado de Código Nacional de Saúde, regulamentou a Lei 2.312/54 e foi taxativo quanto à responsabilidade estatal pela saúde da população. (Brasil, 2009)

No plano internacional a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – da qual o Brasil é signatário- estabeleceu o direito de todo ser humano “a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar”.

Quarenta anos depois da DUDH, os constituintes de 1987 inseriram no texto da Constituição do Brasil a proteção do direito à saúde como direito de todos (art. 196), bem como tratou do tema no título referente aos direitos fundamentais (art. 6º), conforme já dito.

No que tange ao aspecto coletivo da proteção do direito à saúde, tem-se que a “Constituição brasileira atual inovou na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma nação democrática que pretenda transformar a realidade social”. (Almeida, 2008, p. 359).

Neste sentido é que se afirma que a proteção do direito fundamental à saúde deve visar, acima de tudo, a transformação da realidade social, através da eliminação das desigualdades e injustiças sociais, seja no âmbito individual ou coletivo.

A eficácia jurídica e efetividade social do direito à saúde dependem da realização de ações coordenadas e coparticipadas do executivo, legislativo, judiciário e organizações internacionais.

No âmbito internacional, inclusive, a constituição da Organização Mundial da Saúde prevê em seu preâmbulo que o direito à saúde não significa apenas direito à ausência de doença, mas direito ao bem estar físico, psíquico e social.

Tem-se que o direito à saúde, e também a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao desenvolvimento econômico sustentável encontram-se atrelados. O desenvolvimento depende de esforços para melhoria da saúde e redução de riscos ambientais. Neste sentido é que se afirma que o desenvolvimento constitucionalmente garantido é o que conduz à dignidade humana e não à degradação desta.

Assim, faz-se necessário harmonizar o desenvolvimento econômico do país com a proteção do direito à saúde e do meio ambiente, buscando garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se garanta o desenvolvimento nacional perante o mundo, mas que também se promova o bem de todos.²

5. IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS E PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COLETIVA

A legislação brasileira que trata da importação de pneus usados consiste em Portarias do Departamento de Operações e Comércio Exterior – Decex e

² Artigo 3º da CF/88: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

da Secretaria de Comércio Exterior – Secex, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama e Decretos Federais que expressamente vedam a importação de bens de consumo usados, nos quais se enquadram a figura dos pneus.

No plano internacional tem-se que a Convenção da Basileia³, a Convenção PIC – também conhecida por Convenção de Rotterdam – e a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes constituem a base das normas internacionais que regulam a produção, o transporte internacional e o comércio de certas substâncias químicas consideradas tóxicas ou prejudiciais à saúde e ao meio ambiente.

No que diz respeito à legislação brasileira sobre o tema, o Departamento de Operações de Comércio Exterior- Decex editou a Portaria n. 8 de 14/05/91, proibindo a importação de bens de consumo usados no país, seja como forma de matéria-prima ou como bem de consumo.

A Portaria Decex n.1, em 09/01/92 permitiu a importação de pneus usados, desde que fossem usados como matéria prima para a indústria de recauchutagem. Em seguida, a Portaria Decex n. 18/92 revogou a Decex n. 1/92 e manteve a proibição de importação de pneus usados na Portaria Decex 8/91.

Em 12/12/96 o CONAMA⁴ editou a Resolução n. 23, de 12/12/96, a qual proibiu expressamente, no art. 4º, a importação de pneus usados.

No que tange a uma possível dúvida quanto à classificação de pneus remoldados e recauchutados como pneus usados e a consequente incidência, sobre eles, da proibição contida na Portaria 8/91, a Portaria n.8 de 25/09/2000 dispôs que “art. 1º não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM”.

A fim de reforçar a proibição de entrada no país de pneus que tivessem passado por qualquer processo de recuperação ou reutilização, foi editado o Decreto n. 3.919/99, o qual acrescentou dispositivo ao Decreto n. 3179 de 21/09/99. Esta alteração estabeleceu multa para aqueles que importassem

³ A Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito foi concluída em Basileia, Suíça, em 22 de março de 1989 e o seu texto foi aprovado pelo Brasil através do Decreto n. 875 de 19/07/1993. A convenção estabelece mecanismos internacionais de controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito, na busca por coibir o tráfico ilegal e intensificar a cooperação internacional para a gestão ambientalmente adequada desses resíduos.

⁴ O CONAMA é órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama. Foi instituído pela Lei 6938/81, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto nl.. 99.274/90, com competência para estabelecer regras que disciplinam a monitoração, fiscalização e o controle do uso que se dá aos recursos ambientais.

pneus usados ou reformados em desacordo com a legislação brasileira (o decreto 3919/99 foi revogado pela Lei 6514/08 que prevê a proibição no artigo 70).

O que supostamente sustenta a exceção que possibilita a importação de pneus usados do MERCOSUL, segundo a Ministra Relatora da ADPF 101, seria o fato da Constituição estabelecer que “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino americana das nações⁵”, dispositivo este que se materializou através do Decreto n. 350 de 21/11/1991, que promulgou o Tratado de Assunção, o qual estabeleceu o MERCOSUL.

Vale dizer que foi em virtude de uma decisão proferida pelo Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL, em 2003, que o Brasil se viu obrigado a aceitar a importação, por ano, de cerca de 130 mil pneus remoldados dos países integrantes do Mercosul. (Brasil, STF, 2009)

Por fim, vale dizer que a Secretaria de Comércio Exterior –Secex editou a Portaria n. 17, em 01/12/2003 que consolidou as normas em vigor, mantendo a proibição de importação de pneus recauchutados e usados, à exceção dos remoldados oriundos do MERCOSUL, mediante apresentação de “Certificado de Origem”. Diversas outras portarias foram expedidas neste mesmo sentido (Brasil, 2004).

Inicialmente a matéria prima de que os pneus eram feitos consistia-se, basicamente, da borracha natural extraída dos seringais. Atualmente, para a confecção dos pneus se utiliza borrachas sintéticas, compostas por diversos aditivos (óleo, negro de carbono ou negro de fumo, enxofre, ceras, óleos emolientes, fibras orgânicas, nylon e poliéster, arames de aço, derivados do petróleo e outros produtos químicos).

Após realizar o processo denominado vulcanização⁶ a indústria de pneus emprega um produto que possui alta resistência e durabilidade, o que torna a reciclagem do pneu muito onerosa, uma vez que requer alta tecnologia.⁷

Não existe método eficaz de eliminação completa dos resíduos apresentados por pneumáticos que não revele riscos ao meio ambiente. Até mesmo a incineração, que é o método mais aceito e utilizado atualmente, produz gases

⁵ Art. 4º, parágrafo único da CF/88.

⁶ No processo de vulcanização a borracha é misturada ao negro de fumo e em seguida são acrescentados os compostos de zinco, enxofre e outros componentes.

⁷ Consta do voto da Ministra Carmem Lúcia na ADPF que para iniciar o processo de reciclagem é preciso “picar os pneus e seus pedaços são colocados em tanques com solventes para que a borracha inche e fique quebradiça; na sequência, os pedaços sofrem pressão para que a borracha se solte da malha de aço e do tecido de nylon; em seguida um sistema de eletroímãs e peneiras realiza a seleção da borracha, do aço e do nylon; depois o pneu é triturado e submetido a vapor d’água e produtos químicos, como álcalis e óleos minerais, para desvulcanizá-lo. O produto obtido pode ser então refinado em moinhos até a obtenção de uma manta uniforme para a obtenção de grânulos de borracha”.

tóxicos que trazem significativos danos à saúde humana e ao meio ambiente. Outros métodos já desenvolvidos, muito embora não sejam tão prejudiciais à incolumidade do meio ambiente e da saúde, são economicamente caros, prestando-se, apenas, a eliminar uma fração mínima desses resíduos.

Vale dizer que o Brasil, inclusive, assim como a Comunidade Europeia, não admite o aterro de pneus como método de eliminação de resíduos, tendo em vista o risco de danificação e conseqüente liberação de resíduos sólidos e líquidos prejudiciais ao meio ambiente e à saúde pública, assim como de cinzas tóxicas.

O acúmulo de pneus ao ar livre é causa geradora de incêndios de grandes dimensões e de longa duração, liberando óleos pirolíticos no meio ambiente e gases tóxicos na atmosfera, os quais contêm compostos químicos altamente perigosos e muitas vezes cancerígenos, representando grave risco à saúde pública.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei 12305/10, promulgada no dia 02/08/2010, estabeleceu a proibição expressa e definitiva de importação de resíduos perigosos: “art. 49. É proibida a importação de resíduos sólidos perigosos e rejeitos, bem como de resíduos sólidos cujas características causem dano ao meio ambiente, à saúde pública e animal e à sanidade vegetal, ainda que para tratamento, reforma, reuso, reutilização ou recuperação”. (Brasil, 2010)

Desta forma, tem-se delineada uma estrutura normativa interna que não permite a importação de pneus usados, considerando o grave dano à saúde pública – e não exclusivamente à saúde do indivíduo-, que a acumulação desenfreada destes pneus gera. Frise-se que o Brasil produz quantidade suficiente de pneus para abastecer a frota de veículos que produz, tendo que se preocupar, inclusive, com a acumulação de carcaças referentes aos pneus que os novos, de fabricação brasileira, substituirão. Considere-se, ainda, o alto custo da reciclagem do pneu, conforme já explicitado, muito embora este alto custo, em um contexto de Estado Democrático de Direito, não possa ser “descontado” em prejuízo à saúde das pessoas e do meio ambiente.

Através do direito busca-se o cumprimento pleno da “função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros.” (Cintra, 1991, p. 23).

Neste sentido pode-se afirmar que os interesses decorrentes da proibição ou da autorização da importação de pneus devem ser ordenados em perfeita consonância com os princípios constitucionais adotados.

Os pneus usados possuem vida útil mais curta que os novos e se transformam em resíduos de difícil aproveitamento e de grave contaminação do meio ambiente, provocando grave comprometimento da saúde humana. Vale frisar, também, que sendo o Brasil um país tropical, a possibilidade de

proliferação de doenças⁸ que são transmitidas por mosquitos que se instalam nos pneus descartados é maior, afetando diretamente a qualidade da saúde da população brasileira.

Assim, diante do panorama danoso à saúde coletiva, bem como a ameaça a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem-se que a proibição de importação de pneus usados pelo Brasil apresenta-se como providência imprescindível para se garantir a proteção do meio ambiente e principalmente da saúde da população brasileira.

Neste sentido é que se afirma que a ressalva corroborada pela Ministra relatora na ADPF 101, no sentido de permitir a importação de pneus usados pelo Brasil, desde que oriundos de países que integram o MERCOSUL não encontra respaldo na ordem jurídica brasileira.

É certo que o Brasil faz parte do MERCOSUL e deve respeitar as decisões proferidas pelo Tribunal *ad hoc* deste órgão. No entanto, isto não o exime de garantir a efetividade, também no âmbito internacional, dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados.

A ordem mundial exige a globalização da economia e da sociedade, diluindo a competição comercial entre empresas e Estados através da formação de blocos econômicos regionalizados. (Soares, 1999, p. 16)

O MERCOSUL foi criado em 26 de março de 1991 quando Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai firmaram o Tratado de Assunção. Trata-se de organismo criado no continente americano considerando a perspectiva da globalização, buscando integrar distintas economias e sociedades, através de ordenamentos jurídicos peculiares aos interesses da economia de mercado.

Os propósitos do MERCOSUL consubstanciam-se em:

Estabelecer mercado comum, ampliando as atuais dimensões de seus mercados nacionais, mediante a criação de tarifas externas comuns e a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados-membros; atingir adequada inserção internacional de seus Estados-membros nos grandes espaços econômicos, modernizando as economias para otimizar a oferta e qualidade dos bens e serviços disponíveis; promover esforço progressivo no sentido de integração da América Latina, de acordo com as metas do Tratado de Montevideu de 1980; coordenar políticas macroeconômicas e setoriais, visando assegurar condições propícias à competitividade entre os Estados-membros; harmonizar as legislações nacionais nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração. (Soares, 1999, p. 88-89)

⁸ O Ministério da Saúde divulgou, no dia 25 de fevereiro de 2013, dados que demonstram que o número de casos de dengue no início deste ano de 2013 quase triplicou em relação ao mesmo período de 2012. Foram registrados, até o dia 16 de fevereiro, 204.650 mil casos, contra 70.489 notificados em 2012, o que representa um aumento de 190%. Informação retirada do site: <<http://www.combateadengue.com.br>>

A questão que deve ser discutida, tendo em vista a ADPF 101 é se as decisões judiciais proferidas pelos tribunais brasileiros que permitem a importação de pneus usados advindos de países que integram o MERCOSUL ferem os preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

A decisão proferida pela relatora Ministra Carmem Lúcia não discute a fundo esta questão. Limita-se a discutir a legalidade das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros que permitem a importação de pneus usados de outros países que não os que compõem o Mercosul. A Ministra Carmem Lúcia, inclusive - quando da sessão de julgamento-, ao ser questionada pelo ministro Marco Aurélio se o tratamento diferenciado aos países que compõem o Mercosul seria legítimo, limitou-se a sustentar a legitimidade da diferenciação com base no artigo 4º da CF que legitima tratamento diferenciado aos países que fazem parte do bloco.(Brasil, STF, 2009)

Os votos proferidos na ADPF 101 se limitaram a analisar a legalidade das decisões proferidas tendo em vista a importação de pneus usados de países que não compõem o MERCOSUL. A decisão final foi no sentido de considerar constitucionalmente válidas as normas internas do Brasil que vedam a importação de pneus usados de outros países; declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que afastando a aplicação das normas brasileiras, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, ressalvando a importação de pneus provenientes dos Estados integrantes do MERCOSUL, em consonância com a ressalva já contida na legislação interna brasileira.

Ou seja, o STF não entendeu que a importação dos pneus usados de países advindos do MERCOSUL deve ser proibida.

Acontece que se o Brasil produz quantidade suficiente de pneus para abastecer sua tropa – seja pneus novos ou remoldados, tem-se que não há motivos que justifiquem e permitam o tratamento diferenciado aos países do MERCOSUL. Esta diferenciação extrapola os limites dispostos na Constituição, uma vez que fere a garantia de eficácia jurídica e efetividade social dos direitos fundamentais.

A justificativa de que a importação deve ser permitida, desde que oriunda de países do MERCOSUL, prejudicando a saúde da população brasileira e comprometendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado é inconstitucional.

Afirmar que a exceção que autoriza a importação de pneus usados dos países que fazem parte do MERCOSUL não foi impugnada na ADPF porque se trata de decisão proferida pelo Tribunal Arbitral *ad hoc* deste, à qual o Brasil encontra-se obrigado pelo simples fato de ter aderido ao MERCOSUL e suas regras, em detrimento de princípios fundamentais estatuídos na Carta Maior do país, configura-se em uma arbitrariedade.

A proibição de importação de pneus usados apresenta-se útil e necessária para a redução do volume de carcaças de pneus geradas no Brasil. Não há

distinção entre pneus oriundos da Argentina ou da China: ambos são pneus usados e sua importação põe em risco a saúde da população brasileira.

O que se poderia afirmar, em defesa da importação de pneus usados de países que compõem o MERCOSUL, é que a importação de pneus originários destes países é realizada em quantidade pequena, uma vez que são poucos países que compõem o MERCOSUL, não comprometendo, assim, o objetivo da política brasileira.

Acontece que se o Brasil produz pneus suficientes e se o acúmulo de pneus usados provenientes dos usuários brasileiros, bem como de importações, seja em grande ou pequena escala, prejudica a saúde pública, não há que se falar em importação legítima.

Ainda que exista legislação interna que permita a importação de pneus usados desde que oriundos de países do MERCOSUL, tem-se que esta exceção é inconstitucional, uma vez demonstrados os malefícios desta importação para a saúde pública e o meio ambiente do país.

Considerando-se que o objetivo da proibição é proteger a saúde e o meio ambiente, a coerência determina que se cancele toda e qualquer importação de pneus usados e reformados, independentemente da origem.

O conflito existente envolve, portanto, de um lado as empresas que defendem o direito de liberdade de iniciativa, consistente no poder de utilizar dos resíduos sólidos importados - pneus usados- para desempenho de suas atividades; de outro os princípios constitucionais fundamentais de proteção à saúde e defesa de um meio ambiente saudável, em respeito, inclusive, às gerações futuras. Trata-se de proteção a direitos fundamentais, pilares de um Estado Democrático de direito.

Em termos globais o cuidado ao meio ambiente e a preocupação quanto à destinação dos resíduos domésticos e industriais decorrem do fato de que os recursos naturais têm se tornado cada vez mais escassos devido ao mau uso realizado pelo ser humano, o que prejudica sobremaneira a saúde de toda a população.

Atualmente a palavra de ordem é desenvolvimento sustentável. Este conceito deve abranger o crescimento econômico com garantia da saúde da população, cujos direitos devem ser observados.

Os direitos à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, fundamentalmente garantidos na constituição federal não se chocam com o princípio constitucional de garantia da ordem econômica. Pelo contrário: os princípios se harmonizam, uma vez que é esta harmonia que caracteriza o sistema constitucional brasileiro.

O direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado trata-se de bens não patrimoniais cuja tutela, portanto, deve se dar, predominantemente, de forma inibitória.

Neste sentido a proibição de importação de pneus usados deve se dar de forma preventiva a fim de se evitar danos imensuráveis à saúde da população brasileira. Vale ressaltar que esta proibição, inclusive, já é adotada pelos países desenvolvidos.

CONCLUSÃO

A saúde é direito fundamental garantido constitucionalmente. Para além deste postulado básico, tem-se que a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, possui em seu âmago a necessidade de tutela da saúde, tanto individual quanto coletiva.

O texto constitucional, no título II, capítulo I, conforme defendido por Gregório Assagra, estabeleceu nova *summa divisio*: direitos individuais e coletivos, superando a *summa divisio* clássica: direito público e direito privado. Neste sentido, a proteção individual e coletiva do direito à saúde encontra-se em total conformidade com a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais estabelecida no Brasil.

A importação de pneus usados, conforme demonstrado neste capítulo, causa danos de grande proporção à saúde da população brasileira. Isto porque os pneus produzidos pela indústria brasileira são suficientes para abastecer o mercado interno e a destinação ecologicamente adequada das carcaças de pneus usados também “produzida” pelo Brasil já é um problema para o país.

A permissão de importação de pneus usados de outros países confronta-se com o direito fundamental à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, corolário da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Demonstrado o prejuízo à saúde pública, advindo da possibilidade de importação de pneus usados, outra alternativa não se apresenta que não a aplicação da força irradiante dos direitos fundamentais a todas as situações que afrontem estes direitos.

Proibir a importação de pneus usados de alguns países e continuar permitindo a importação de outros, simplesmente pelo fato de integrarem o MERCOSUL, bloco econômico do qual o Brasil faz parte, apresenta-se como um disparate.

Não há fundamento jurídico que permita esta diferenciação. Pelo contrário trata-se de ilegalidade.

Muito embora a Constituição Federal, no artigo 4º, parágrafo único, disponha sobre a criação de blocos econômicos a fim de promover a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, esta disposição não significa que, após a criação do bloco econômico - no caso o MERCOSUL- o Brasil encontre-se vinculado a este de tal forma que os direitos fundamentais possam ser desrespeitados, em prol da integração econômica.

Em um Estado guiado pelos direitos e garantias constitucionais fundamentais, toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais deve ser duramente repelida.

A proteção do direito fundamental à saúde - e no presente caso também a proteção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado - deve ser efetivada tanto no âmbito individual, quanto coletivo e, ainda, no plano internacional.

A globalização exige a discussão e proteção no âmbito internacional dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Não há que se permitir a violação de direitos fundamentais, ante a alegação de adequação a tratado do qual o Brasil faz parte.

Se a importação de pneus usados é prejudicial à saúde da coletividade brasileira, o simples fato de integrar o MERCOSUL não legitima a importação de pneus de países que componham este. Os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos devem ser defendidos e tutelados ante toda e qualquer instituição, seja nacional ou internacional. Não há limites à aplicação e efetividade dos direitos fundamentais. No máximo, o que se admite, é a ponderação ante a existência de “choque” entre direitos fundamentais. No presente caso não há “choque” entre direitos fundamentais e, ainda que houvesse, não há como se admitir, através de uma análise ponderatória, que o desenvolvimento econômico assuma maior relevância que a saúde de toda a população brasileira, corolário da dignidade da pessoa humana.

A nova ordem mundial, influenciada pela globalização, exige que os países adotem uma política pública que torne possível a antecipação quanto aos riscos de danos que possam ser causados ao meio ambiente e principalmente à saúde da população.

É fato que o desenvolvimento econômico deve ser assegurado. No entanto, não se admite a afirmação de que a crise econômica mundial se resolva pelo descumprimento de preceitos fundamentais ou pela desobediência à constituição.

Afinal, “não se resolve uma crise econômica com a criação de outra crise, esta gravosa à saúde das pessoas e ao meio ambiente. A fatura econômica não pode ser resgatada com a saúde humana nem com a deterioração ambiental para esta e para futuras gerações” (Brasil, STF, 2009).

Neste sentido, deve-se sempre buscar resguardar e garantir a efetividade dos direitos constitucionais fundamentais a fim de se transformar a realidade social. O poder público não pode ser insuficiente ou imprevidente em suas ações e decisões, prejudicando a eficácia dos direitos fundamentais, seja no plano interno ou internacional.

O objetivo precípua das decisões judiciais deve ser sempre a proteção dos direitos fundamentais. A melhor solução para qualquer demanda é sempre a que melhor reflita o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Democrático de Direito.

A finalidade última do ato de julgar consiste em realizar a justiça. Neste sentido, uma decisão que desconsidere a dignidade da pessoa humana, através do desrespeito à saúde pública, bem como a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, apresenta-se juridicamente insustentável em um paradigma de Estado que possui em seu núcleo a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BRASIL. **Lei ordinária nº 12.305 de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial da União de 03 de agosto de 2010.
- BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços Secretaria de Comércio Exterior. **Portaria da Secex nº 14 de 17 de novembro de 2004**. Diário oficial da União no dia 23 de novembro de 2004.
- BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços Secretaria de Comércio Exterior. **Portaria da Secex nº 36 de 21 de setembro de 2007**. Diário oficial da União no dia 22 de setembro de 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101**. Diário Oficial da União 04 de junho de 2012.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Direito Fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Mercosul**: Direitos humanos, globalização e soberania. 2. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CAPÍTULO 3

O GRITO:

GLOBALIZAÇÃO, RETROCESSO OU... DIÁLOGOS POSSÍVEIS ACERCA DA INTEGRAÇÃO, DA SUSTENTABILIDADE E DA DEMOCRACIA¹

Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci

RESUMO: O presente capítulo reflete sobre o processo de formação da globalização como um conceito imaginário de construção de uma nova identidade mundial. Para isso apresentamos o conceito da *protoglobalização*, identificando suas características emancipatórias e, ao mesmo tempo, suas dinâmicas que também instauram retrocessos na formação de uma comunidade política. Ambas características reverberam na relação entre os países e instauram a possibilidade, ou não, de uma integração eficiente e plural, que conduza a paz e a democracia. A pesquisa utilizou-se do método dialético e da literatura especializada sobre o tema e se propõe como uma investigação reflexiva inicial.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Integração. Sustentabilidade. Democracia. União Européia.

ABSTRACT: *This article reflects on the process of forming globalization as an imaginary concept of building a new world identity. In order to do so, we present the concept of protoglobalization, identifying its emancipatory characteristics and, at the same time, its dynamics that also establish setbacks in the formation of a political community. Both characteristics reverberate in the relation between the countries and establish the possibility or not of an efficient and plural integration that leads to peace and democracy. The research used the dialectical method and specialized literature on the subject and is proposed as an initial reflexive investigation.*

KEYWORDS: *Globalization. Integration. Sustainability. Democracy. European Union.*

1. INTRODUÇÃO

A sociedade europeia passou por uma transformação radical e fulminante, principalmente ocorrida ao longo do século XIX, em todas as formas de convivência e governança, alterando as sociabilidades, a cultura, a política e a economia com as transformações advindas da Revolução Industrial. Essa mudança foi tão profunda, que alterou definitivamente as formas de se interpretar e dar

¹ Este texto foi apresentado no Seminário “Estado, Desenvolvimento e efetividade da Justiça”, realizado na UNINOVE em maio de 2017, organizado pela Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, vinculada a Cátedra *Jean Monnet* de Direito da UFMG. O trabalho inspira-se e, ao mesmo tempo, dá continuidade, a uma reflexão iniciada pelo autor em conjunto com a Prof^a Dr^a Irene Patrícia Nohara, em artigo publicado no XX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte em 2011.

sentido ao mundo, sendo possível, posteriormente, observar essa distinção entre duas sociedades: uma antes da Revolução Industrial e outra depois. A primeira guiava-se pelo ritmo da natureza, tendo o sol como sua fonte de iluminação principal e as estações da natureza como seu principal agente determinante do ritmo das ações cotidianas, do trabalho e do fluxo dos acontecimentos. Já a outra sociedade, pautada pelo rápido desenvolvimento tecnológico, passou a ter no relógio o símbolo mais preciso e precioso de seu ritmo fragmentado, agora marcado até em segundos, desvinculando-se dos fluxos da natureza. De fato, a energia elétrica permitiu uma iluminação constante das cidades, 24 horas por dia, alterando para sempre o ritmo dos corpos, do trabalho, das relações sociais e políticas, enfim, fazendo emergir uma nova sensibilidade que se “naturalizaria” rapidamente como um novo modelo e paradigma da condição humana.

Muitos artistas, representantes da arte moderna, registraram esse momento dicotômico de angústia e deslumbramento, de incerteza e excitação, de medo e esperança, ao perceberem que um mundo ia sendo abandonado e uma nova e imprevisível realidade impunha-se, incondicionalmente. Vários registros despontam na música, na literatura nas artes plásticas, dentre outros. Apenas como exemplo, podemos citar o quadro “O Grito” de Edvard Munch, que nos revela um personagem parado numa ponte, entre duas extremidades, sem saber para onde ir e demonstrando aquele grito silencioso de perplexidade². A obra antecipa a percepção de uma produção intensa e em massa, do consumismo e do individualismo que ainda levariam algumas décadas para ser uma realidade incomensurável da geografia europeia, e que seria um desdobramento dessa transição.

Uma interpretação possível destes momentos “gritantes” de transformação paradigmática nos remete exatamente a esta angústia e perplexidade, esta incerteza e excitação produzida diante de um novo e desconhecido que se apresenta, ao mesmo tempo em que um passado ainda não foi desfeito. É como se fosse um *grito* perplexo, que expressasse o reconhecimento de estarmos numa travessia, de um extremo ao outro, mas que, porém, desconhece o destino que será alcançado ao término da travessia de uma ponte.

É importante observamos que esse momento tão intenso de transformações e situações que implicaram numa mudança de modelo político e cultural e que ocorreu no fim do século XIX e início do século XX, deve ser identificado novamente, agora, como uma característica atual mas que possui, porém, diferentes colorações e características próprias, referentes à dinâmica geopolítica e tecnológica da contemporaneidade. Esta mudança vincula-se ao processo específico da globalização e da criação de uma nova ordem política o que, por sua vez, implica na dissolução de modelos já arraigados de conceitos

² <https://www.edvardmunch.org>.

tradicionais ligados à ideia do Estado Nação como o das fronteiras por exemplo, enfraquecendo a noção de soberania nacional. Ao mesmo tempo, a crise ambiental planetária pôs em cheque o paradigma econômico do consumo capitalista e de um modelo jurídico de convivência baseado no indivíduo e não no espaço coletivo e na cooperação³. Este quadro complexo cria, mesmo que de forma heterogênea, um desejo de novas estratégias de governança, integração e gestão com transparência e cooperação social e, ao mesmo tempo, da aspiração à construção de um futuro possível ao mesmo tempo que viável – ou sustentável.

O fenômeno identificado como globalização provoca a necessidade de se repensar vínculos de identidade herdados da Modernidade. Contudo, conforme será exposto, o próprio fenômeno dos nacionalismos anteriores, longe de serem formações espontâneas, possuem elementos que foram construídos a partir de variantes de um sentimento já existente e que geraram, paradoxalmente, não apenas a inclusão mas, também, significativos processos de exclusão social, chegando ao genocídio ou à eliminação de identidades coletivas que, na visão de alguns, obstruíam o projeto de integração do Estado Nacional, ora em expansão.

A propagação do nacionalismo e a incapacidade de uma crítica efetiva a este movimento provocou, portanto, intolerâncias, guerras e massacres. Porém, no último quarto do século XX, ele passou por um processo de transformação, tendo sido impelido pela necessidade da criação de novos vínculos que têm por pano de fundo a internacionalização, a globalização, a sociedade radicalizada, a pós-modernidade e a sociedade de risco - entre tantas outras denominações que compreendem a inoperância dos valores desenvolvidos na modernidade diante do colapso da capacidade de gerenciamento de novos conflitos e do próprio desenvolvimento tecnológico.

Essa hiper-sociedade, pós, líquida e imersa no risco, redefiniu relações de sociabilidade e as prioridades políticas, jurídicas, econômicas, empresariais, nacionais e supranacionais sem, contudo, assentar um consenso acerca dos novos rumos e dos paradigmas e teorias suficientes para a compreensão desta complexidade e, por conseguinte, para uma atuação com previsibilidade dos impactos no destino da “humanidade”.

O debate se faz, portanto, presente, sendo inequivocamente aberto. Do ponto de vista do Poder Judiciário, vale notar, a globalização e a sociedade de risco provocam dois movimentos: primeiramente, a institucionalização de órgãos judiciais internacionais e, segundo, reformas internas do Poder Judiciário que se alicerçam no questionamento de seu desempenho diante dos desafios da contemporaneidade e de suas demandas cada vez mais urgentes e prospectivas (orientadas para o futuro ou para evitar futuramente efeitos catastróficos

³ Sobre o tema, do mesmo autor, consultar: ANDREUCCI, Álvaro.

das ações atuais). Ambos precisam dialogar de forma a integrar perspectivas de consenso num projeto comum em prol da sustentabilidade da construção e possibilidade de um mundo que abrigue de forma segura as gerações futuras.

Assim, ao mesmo tempo em que se procura questionar um modelo de gestão burocrático, taxado de centralizador, hierárquico, conservador e alicerçado na crença cega do desempenho como mola propulsora do progresso, também não há consenso sobre quais seriam os modelos de gestão que permitiriam ao Sistema de Justiça, integrado a um projeto de governança mais amplo, tomar decisões com base em escolhas sustentáveis, sem abrir mão de valores éticos, inerentes à realização da justiça. De qualquer forma, o Poder Judiciário precisa ser compreendido como uma peça do sistema de governança que precisa funcionar de forma integrada a um projeto de desenvolvimento sustentável.

Diante destas transformações, é importante refletir sobre o processo que estrutura o conceito político de globalização, no qual se apoiam os órgãos políticos internacionais, para compreendermos – em paralelo ao que ocorreu com o protonacionalismo – a dinâmica instaurada que implica por um lado avanços e um novo modelo de desenvolvimento mas, por outro, também, retrocessos, exclusões e intolerâncias que nos distanciam de uma comunidade democrática que possa estabelecer o diálogo como modelo de gestão compartilhada.

2. DO PROTONACIONALISMO À GLOBALIZAÇÃO

[...] a atual globalização significa primeiramente uma tendência, e não já o resultado conclusivo dessa tendência. Vivemos em uma ‘civilização em transição’, e aquela única sociedade mundial e globalmente conectada em todos os aspectos - ainda - não existe. (Höffe, 2005, p. 19-20).

A obra do filósofo do Direito Otfried Höffe, *A Democracia no Mundo de Hoje*, ainda que publicada inicialmente em 1999, guarda pertinente atualidade. Estudioso dos princípios legais do Estado nacional, o autor desenvolve uma reflexão sobre a existência de uma ordem jurídica justa a partir do pensamento sobre o Direito em um sentido amplo, global, ou seja, aquele que ultrapassaria as fronteiras nacionais e assumiria uma dimensão internacional.

Para o autor, as novas mudanças ocorridas no final do século XX, nos levaram impreterivelmente a uma sociedade com um destino comum o que, porém, não significa que o processo de globalização esteja acabado. Muito pelo contrário, Höffe compreende a globalização como um processo em construção (uma “tendência”), e que ainda não foi concluído.

O que propomos aqui como sendo fundamental para que possamos ampliar a reflexão sobre a nossa contemporaneidade é a realização de uma

comparação entre o processo de construção da globalização atual e dos nacionalismos do século passado. Nesse sentido, destaca-se que, uma vez que os sentimentos e seus desdobramentos derivados do nacionalismo atuaram na formação de vínculos e identidades coletivas, podemos presenciar, novamente, na atualidade, a emergência (e também a necessidade) de novos vínculos e identidades.

Nesta perspectiva, é relevante o resgate de alguns conceitos desenvolvidos por Eric Hobsbawm, nas suas conferências de Wiles, proferidas em 1985, na Universidade de Queen, em Belfast, que foram posteriormente publicados na obra *Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. As pistas que o autor apresenta sobre como se deu o processo de construção dos nacionalismos, de uma forma geral, serão aqui seguidas por esta análise.

Segundo o historiador, o conceito de *nação*, no sentido atual, só foi incorporado aos dicionários a partir de 1884; até então seu principal significado era o de indicar uma referência ao nascimento, isto é, “o agregado de habitantes de uma província, de um país ou de um reino” (Hobsbawm, 1990. p. 27).

A conferência intitulada “O protonacionalismo popular” é de especial interesse para o presente estudo, uma vez que ela procura explicar o processo de construção das identidades nacionais em seu período inicial, portanto, ainda anterior a existência de um sentimento nacional. Seria aquilo que Höffe identifica, referindo-se à globalização, como sendo uma “tendência” de uma sociedade ainda em transformação.

As sociedades anteriores à Revolução Industrial e ao processo de crescente urbanização possuíam, na Europa, um vínculo de identidade muito próximo com o seu “espaço vital”, ou seja, as referências geográficas nas quais se comunicavam, transitavam, exerciam as práticas cotidianas de suas vidas eram, em grande parte, aquelas que não ultrapassavam o espaço físico de seus deslocamentos habituais.

O vínculo de identidade entre as pessoas era, para a grande maioria delas, nessa época (séc. XVIII e anteriores), aquele criado em suas comunidades locais. Porém, o desenvolvimento científico e tecnológico ocorrido a partir da Revolução Industrial rompeu com as fronteiras culturais desses agrupamentos. Basta que se resgate a história do grande desenvolvimento tecnológico ocorrido no início do século XIX, qual seja, a narrativa da energia a vapor, dos trens e dos navios que passaram a usar essa nova fonte de energia, do aperfeiçoamento dos correios, do surgimento do telegrafo, da fotografia, do rádio, do telefone, etc., para se reconstruir as intensas mudanças que se operaram no cotidiano destas sociedades e na referência geográfica entre pessoas e comunidades.

Peter Burke e Asa Briggs desenvolveram uma análise sobre as profundas mudanças que ocorreram nos referenciais espaço-temporais das comunidades desta época com o desenvolvimento de tecnologias de deslocamento e comunicação:

Como os canais, ferrovias e ligações oceânicas, também o telégrafo ligou mercados nacionais e internacionais, incluindo bolsas de valores e de mercadorias (algodão, trigo e peixe, por exemplo). Também aumentou a velocidade de transmissão de informação, pública e privada, local e regional, nacional e imperial, e essa característica, a longo prazo, foi o seu efeito mais significativo. A distância ia sendo conquistada à medida que se transmitiam informações relativas a governos, negócios, assuntos familiares, condições climáticas (Burke, Briggs, 2006, p. 139).

Com a quebra das referências identitárias destas comunidades tradicionais, foi necessário a construção de novos laços que pudessem substituir os antigos vínculos. Estes novos laços, que se constituirão em breve como nacionalismos, conforme conceituou Benedict Anderson, foram os traços da formação de “comunidades imaginadas”, pois elas não eram apenas o despertar de um grupo (de uma nação) para a autoconsciência, mas, de fato, a *invenção* destas nações onde elas não existiam. Esse processo de invenção de novos laços ocorreu, principalmente, ao longo do século XIX, constituindo-se nos mecanismos de sedimentação do que seria o corpo político do Estado-Nação e de seu sentimento de identidade, agora chamado de “nacionalismo”. Seguindo a análise de Hobsbawm, foi esse processo que pode “mobilizar certas variantes do sentimento de vínculo coletivo já existente” (HOBSBAWM, 1990, p. 63), sendo por ele chamado de protonacionalismo.

Quatro são as formas principais de protonacionalismo trabalhadas por Hobsbawm: a língua, a etnicidade, o sentimento religioso e a noção histórica da existência de entidades políticas duráveis.

A língua apresenta o potencial de preencher um espaço de identidade perdida nas comunidades tradicionais. Até então não havia nenhuma “língua nacional”, mas sim a pluralidade de dialetos. Porém, paradoxalmente, a criação artificial de uma língua única, nacional, é um processo dirigido por um grupo que implica numa imposição e numa exclusão diante da existência de diversos modos de falar tradicionais locais:

As línguas nacionais são sempre, portanto, construtos semi-artificiais e, às vezes, virtualmente inventados, como o moderno hebreu. São o oposto do que a mitologia nacionalista pretende que sejam - as bases fundamentais da cultura nacional e as matrizes da mentalidade nacional. Frequentemente, essas línguas são tentativas de construir um idioma padronizado através da recombinação de uma multiplicidade de idiomas realmente falados, os quais são, assim, rebaixados a dialetos (Hobsbawm, 1990. P. 70-71).

Nesse sentido, explica o autor que, exceto para os dominantes e para os instruídos (que muitas vezes conduziram esse processo), a língua não poderia ser um critério para a existência de uma nação, apesar de ter sido utilizada como elemento de identidade para tal existência. Um bom exemplo é o do

francês onde, em 1789, ano da Revolução, 50% dos franceses não falavam nada do francês e só 12% ou 13% o falava corretamente.

A etnicidade segue os mesmos princípios da criação artificial da língua, ou seja, é a invenção de uma consciência étnica que pretende impor uma homogeneidade étnico-racial, “mesmo que a inspeção mais superficial possa dela duvidar” (HOBBSAWM, 1990, p. 81). Desta forma, o mesmo processo de exclusão realizado pela imposição de uma língua única, ocorre na definição étnica de um passado cujo parentesco de sangue era - ou devia ser - comum.

Outro elemento de reformulação de identidades do protonacionalismo seria a religião. Porém, esta se apresenta de forma paradoxal, pois a religião foi vista com muitas reservas uma vez que sua identidade poderia se remeter para além das fronteiras nacionais e, assim, desafiar o monopólio da nação diante de seus integrantes. Mas alguns elementos da religiosidade poderiam ser incorporados ao processo de reconstrução das identidades de comunidades tradicionais e transformados em identidades maiores. É o caso de símbolos, rituais e práticas coletivas comuns como, por exemplo, algumas festas e comemorações que podem acionar vínculos identitários. A própria idéia de uma bandeira contém estes elementos religiosos, como explica Hobsbawm: “O significado dos ícones sagrados é demonstrado pelo uso universal de simples pedaços de panos coloridos - as bandeiras - como o símbolo das nações modernas, e sua associação com ocasiões rituais altamente direcionadas e atos de veneração” (Hobsbawm, 1990, p. 87).

Por fim, o quarto elemento que comporia o protonacionalismo popular levantado por Hobsbawm seria a consciência de pertencer - ou ter pertencido - a uma instituição política durável, ou seja, a uma forma de identidade histórica, em relação política com o passado. Para o historiador, este seria o elemento mais decisivo na construção imaginada do sentimento de nacionalismo. Foi necessário elaborar mecanismos de propaganda para a construção coletiva de uma memória comum sobre este Estado territorial, proporcionando vínculos para com estas instituições que ultrapassavam a dimensão de uma mera comunidade tradicional e poderiam ser ordenados conjuntamente para uma grande extensão geográfica (um Estado ou país).

De um modo ou de outro, no entanto, a vinculação a um Estado histórico (ou real), presente ou passado, pode agir diretamente sobre a consciência de pessoas comuns para produzir um protonacionalismo - ou talvez até algo próximo do patriotismo moderno, como no caso da Inglaterra Tudor (Hobsbawm, 1990, p. 90).

Mesmo que a presença de elementos de identidade de um protonacionalismo esteja presente numa região, isso não significaria que ali se desenvolveria necessariamente - e a partir destes elementos - um Estado Nacional e o sentimento de nacionalismo (como foi o caso da Grécia). Porém, eles foram

fundamentais para a formação da maioria dos Estados Nações do final do século XIX e início do XX.

Ao longo do século XX o nacionalismo se desenvolveu, chegando aos píncaros da intolerância e de guerras e massacres internos. Porém, no último quarto do século XX, ele passou a sofrer um processo de transformação, semelhante ao de sua criação, qual seja, o de ruptura dos vínculos existentes (no caso os nacionais) para a elaboração de novos vínculos, que passam nesse momento a ser denominados de globalização, internacionalização, sociedade radicalizada, pós-modernidade, Terra-pátria, sociedade do risco e outros tantos nomes.

Observa-se um colapso da capacidade de gerenciamento de conflitos e uma inoperância de valores (dentre estes, muitos consagrados pelas regras jurídicas). Esta dicotomia entre passado e presente ocorre uma vez que os modos de conceber a realidade atual, por sistemas de pensamento, em muitos casos não se ajustam mais aos sistemas de gerenciamento social, político e econômico, bem como às teorias que lhes davam sustentação.

Estes conceitos procuram identificar as modificações ocorridas neste novo período e compactuam no entendimento, de uma maneira geral, da existência de um movimento de transformação, ou superação interna, dos próprios paradigmas criados pela modernidade.

Esta hiper-sociedade, pós, líquida, e imersa no risco, redefiniu relações de sociabilidade, prioridades políticas, econômicas, empresariais, nacionais, supranacionais sem, contudo, assentar os novos rumos e paradigmas de maneira segura. O debate, assumindo sua condição pós-moderna, e na qual o termo globalização se faz quase sempre presente, torna-se também aberto, fragmentário, líquido, pressupondo o risco.

Uma das características desta nova realidade pode ser observada numa outra qualidade atribuída ao tempo e ao espaço. Os deslocamentos e as fronteiras tornam-se mais difusos e a dimensão planetária passa a ser um fator determinante na reconstrução do Estado-Nação. Otfried Höffe procura caracterizar novos implicativos dessa condição (pós-moderna) no campo da política e do direito:

Hodiernamente, pensamos na segurança interna ou externa, na seguridade social, no bem-estar econômico e na preservação do meio ambiente, ou seja, uma grande parte daquelas atividades que dão impulso à forma jurídica e política da auto-organização humana, transcende aos limites estatais. Além disso novos atores ganham poder e influência no cenário mundial. Trata-se de empresas de atuação internacional, instituições internacionais e transnacionais, bem como organizações não-governamentais. Na verdade, as palavras de ordem ora ainda vigentes - democracia liberal, e sua responsabilidade social e ecológica - não são eliminadas através das inovações: ao contrário, acabam

ganhando uma nova dimensão que promove mudanças radicais na política e em suas teorias (Höffe, 2005, p. 6).

A grande questão posta pela globalização vivida contemporaneamente - como tendência, em construção - diz respeito a quais seriam os novos tipos de vínculos que estariam sendo mobilizados para a elaboração de uma comunidade (imaginada) global, algo que Hobsbawm poderia definir como sendo a construção de novos vínculos identitários, chamados aqui, então, de uma protoglobalização.

Mais do que definir os elementos constituintes desse processo (como, por exemplo, um língua global, uma única etnia, símbolos e rituais comuns, medos e riscos comuns, instituições internacionais - como a ONU, etc.) seria importante nos lembrarmos dos processos de exclusão e de, até, eliminação, que foram resultantes da configuração de um sentimento homogêneo, dentro de um território, de nacionalidade. Esse processo, que alijou para as periferias geográficas dos direitos políticos, sociais e culturais grupos que tiveram suas identidades silenciadas pelo nacionalismo, pode (e já vem) se repetir novamente, agora rumo a um mundo “globalizado”.

Jacques Sémelin, discutindo as ideias de Marc Levene, explica que os Estados-Nações, numa corrida pela modernização rápida, tinham como obstáculo, muitas vezes, certas populações no interior do próprio Estado (geralmente com traços característicos de uma determinada cultura e com práticas tradicionais).

Estes grupos seriam uma ameaça ao desenvolvimento nacional e deveriam ser eliminados em nome do progresso, por conseguinte:

O “genocídio” estaria, dessa forma, ligado aos esforços dos Estados, visando reestruturar as sociedades nativas ou tradicionais, de maneira muito rápida, muitas vezes, com grandes “saltos adiante”, com característica revolucionária. (...) Resumindo, o que se chama de “progresso em direção da modernidade”, combina-se com a construção dos Estados com a perpetração de massacres para “recortar” e explorar a sociedade da melhor maneira produtiva possível. À medida que esse modelo da modernidade se propagou pelos continentes, outros construtores de Estados-nações procuraram imitar os pioneiros do movimento, tornando-o mundial. “Os grandes massacres pelo mundo devem, então, ser postos em correlação uns com os outros, tendo eles ocorrido na Alemanha, na Indonésia, em Burundi, no Iraque ou na Guatemala” (Sémelin, 2009, pp. 163 - 164).

Esta característica perversa da modernização do Estado Nação apresenta-se, também, como projeto homogeneizante de pós-modernização na Globalização. Ou seja, conforme avança a construção de identidades globais (ou a “protoglobalização”), e toda as implicações que esse desenvolvimento acarreta, podemos presenciar uma nova onda de desconstrução daqueles grupos que se colocam como obstáculos ao progresso hegemônico globalizante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, fica claro que o processo de Globalização, em curso, vale-se daquilo que chamamos de “protoglobalização”, em alusão a análise feita pelo historiador Eric Hobsbawm acerca do fenômeno histórico ocorrido fundamentalmente na Europa e por ele denominado de “protonacionalismo”.

Nesse sentido, a protoglobalização implica numa reflexão acerca dos mecanismos políticos, sociais, econômicos e culturais impostos pela forma capitalista internacional de gerenciamento dos recursos naturais e humanos do planeta e que atuam na construção de um projeto hegemônico de futuro, denominado, de forma imaginária, como se implicasse numa integração e num desenvolvimento inclusivo para todos, ora denominado de “Globalização”.

Porém, de fato, ao analisarmos de perto os casos concretos deste processo, podemos compreender que ele implica *também*, e em grande escala, em ações que se traduzem por retrocesso econômico de comunidades específicas, em homogeneização de culturas tradicionais, no aumento da desigualdade no que tange aos grupos menos favorecidos no cenário econômico, na exclusão social de diversas comunidades e em processos forçados de migração e de imigração, na exploração predatória da natureza apesar de um discurso que procure minimizar ou redistribuir os seus riscos, enfim, de diversas ações que, apesar de se apresentarem como “Globais” traduzem, essencialmente, os interesses hegemônicos de determinados grupos e que, por sua vez, representam uma perspectiva específica, determinada, daquilo a que chamam de desenvolvimento (e, as vezes, acompanhado da palavra “sustentável”), apesar de excluir em grande parte discursos contra hegemônicos e projetos diferente do que seria um democracia plural e transparente no plano internacional.

Desta forma, o que a protoglobalização veio criando ao longo do século XX e início do XXI, em nome da Globalização, pode ser observado através das dificuldades que se impõe, atualmente, em se (re)pensar o significado da democracia. Este conceito pode ser utilizado de diferentes maneiras e contextos e, inclusive, utilizado para legitimar o interesse hegemônico de minorias que se impõe como maioria através de estratégia globalizantes de seus interesses, ressaltando-se o papel fundamental que os meios de comunicação e as grandes mídias tem nesse processo. Assim, apresenta-se como tarefa fundamental recuperarmos a trajetória do processo de construção do significado da globalização, para reformularmos qual o papel da democracia diante de cenários que procuram, por um lado, proporcionar um avanço social e cooperativo e, por outro, um retrocesso autoritário e hegemônico.

Para compreendermos o papel de uma política transparente, onde a integração seja um princípio democrático, é necessário compreender que, também, somente com a inclusão da diferença em todos os sentidos (econômico, social,

cultural, religioso, político, etc.) e o respeito ao diálogo plural será possível, de fato, evitar o retrocesso autoritário que levou – e sempre tende a levar – a uma nova era de massacres e genocídios não só de uma nacionalidade específica mas, também, em nome de uma certa Globalização, imaginada apenas por alguns.

Cabe, por fim, lembrarmos a obra “O Grito” de Edward Munch. Esta pintura permite uma interpretação que alude a uma perplexidade intensa que esse grito, sufocado, exprime diante das transformações que a sociedade capitalista e industrial, do século XIX, colocam diante dos indivíduos daquela época. Atualmente, precisamos resgatar este grito que pode ser, apenas inicialmente, perplexo mas que, logo em seguida, possa se transformar num grito de indignação e cidadania, redesenhando uma nova forma de democracia inclusiva na qual a tecnologia seja uma ferramenta da afirmação da pluralidade e da desconstrução da desigualdade social e não apenas o arauto de um projeto hegemônico que pertence apenas a alguns poucos que o impõe com cores de globalização.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Benedict. **Nação e Consciência Nacional**. São Paulo: Ática, 1989.
- BURKE, Peter & BRIGGS, Asa. **Uma História Social da Mídia: De Gutenberg à Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- ANDREUCCI, Álvaro G. A.; NOHARA, Irene P. “Globalização e Sustentabilidade no Poder Judiciário: Desafios para uma visão crítica da complexidade”. In: **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI - Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
- ANDREUCCI, Álvaro G. A. “Uma Revalorização do Direito a partir de Paul Ricoeur: O Justo, a Responsabilidade e a Sustentabilidade”. In: SILVEIRA et al. (Coord.). **Justiça e [o Paradigma da] Eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos**. Curitiba: Clássica, 2013.
- HOBBSAWM, Eric J. **Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SÉMELIN, Jacques. **Purificar e Destruir: Usos políticos dos massacres e dos genocídios**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

CAPÍTULO 4

GLOBALIZAÇÃO E A CRISE DO JUDICIÁRIO: NOVOS CAMINHOS PARA A GESTÃO DA JUSTIÇA

Sérgio Pereira Braga
Sergio Tadeu Pupo

RESUMO: O presente capítulo aborda a crise do judiciário diante da globalização e propõe novos caminhos para a gestão da justiça. Para essa propositura pesquisou-se por meio do método dedutivo e apresentou-se respostas, em um primeiro momento, em relação a reparação do poder judiciário diante dos problemas regionais de origem transnacionais. Em um segundo momento apresentou-se respostas em relação ao legislador que se vale de conceitos indeterminados para dar maior liberdade interpretativa ao juiz. Responde-se por fim se há estrutura administrativa necessária para que haja um julgamento célere e eficiente propondo novos caminhos para gestão da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Crise do Judiciário. Administração da Justiça. Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT: This article addresses the crisis of the judiciary in the face of globalization and proposes new ways of managing justice. For this purpose, the deductive method was investigated and responses were presented, in the first instance, regarding the reparation of the judiciary in the face of transnational regional problems of origin. In a second moment, answers were presented in relation to the legislator, who uses undetermined concepts to give the judge more freedom to interpret. Finally, there is a question of whether there is a necessary administrative structure for a speedy and efficient trial proposing new ways of managing justice.

KEY WORDS: Globalization. Crisis of the Judiciary. Administration of Justice. National Council of Justice.

1. INTRODUÇÃO

Ao abordar o tema da globalização é possível partir de diversos enfoques para demonstrar que, o mundo atual possui novos paradigmas regentes, os quais estão além de um controle pelos meios tradicionais, ligados à soberania dos Estados.

A globalização não é um fenômeno novo, mas a intensidade e velocidade da busca pela quebra de fronteiras culturais, tecnológicas, jurídicas tem encontrado vazão na história recente do mundo.

Pode-se observar esse fenômeno nas mais diversas crises econômicas, o desenvolvimento tecnológico, o consumo sem fronteiras, epidemias que atravessam oceanos em dias, o terror sem rosto dos homens bombas e por tantos

outros olhares que geram a discussão acerca dos benefícios ou malefícios da globalização.

Repousa nesse entendimento a soberania como o poder exercido pelo Estado sobre seu povo e ao mesmo tempo a demonstração de liberdade e independência do mesmo Estado frente a outros, estranhos, ou bárbaros como preferiam os romanos.

Entretanto, como dito anteriormente, a soberania ganhou contornos de volatilidade, ainda que, continue a ser defendida e ressaltada pelos representantes das Nações durante as discussões envolvendo o comércio, a proteção do território e de seu povo – sendo, talvez esse o motivo de tanto se repetir a expressão: evitar a sua extinção.

Esse novo caráter se mostra, especialmente, na diminuição ou até eliminação das distâncias, pois hoje um executivo brasileiro pode participar de uma reunião com um investidor americano, que está fisicamente em Londres para tratar da produção de um novo aparelho de telefone celular a ser fabricado na China. Assim, num exemplo tão simples, qual é o Estado soberano que, participa de tais tratativas que envolvem tecnologia, importação, exportação, direitos trabalhistas etc? Simplesmente não há, o Estado se tornou um expectador como o consumidor que aguarda ansiosamente pelo lançamento do produto¹.

A própria a teoria do caos, metaforicamente representada pelo “bater de asas de uma borboleta do outro lado do mundo que causa um tufão por aqui”², também identifica esse movimento irrefreável de progresso e ao mesmo tempo agressão ao que deveria ser mais caro ao ser humano, como a própria dignidade, ou seja, pequenos movimentos individuais que causam um grande impacto em toda a sociedade.

Esse movimento gera a discussão acerca do novo papel do Estado frente a essa realidade, principalmente no que tange a solução de problemas globais, mas que atingem o território do Estado-nação, afinal, se de um lado o mercado não quer a regulação pelo Estado, com o fito de aumentar a sua

¹ Sobre esse ponto assinala Zygmunt Bauman: “Dentre todos os fatores técnicos da mobilidade, um papel particularmente importante foi desempenhado pelo transporte da informação – o tipo de comunicação que não envolve o movimento de corpos físicos ou só o faz secundária e marginalmente. Desenvolveram-se de forma consistente meios técnicos que também permitiram à informação viajar independente dos seus portadores físicos – e independente também dos objetos sobre os quais informava: meios que libertaram os ‘significantes’ do controle dos ‘significados’.” (*Globalização: As consequências humanas*, p. 21).

² A teoria do caos teve foi estudada em 1960 por um meteorologista do MIT, Edward Lorenz, cujo resultado foi a descoberta da chamada “dependência hipersensível das condições iniciais ou efeito borboleta. O termo foi originado pelo próprio Lorenz na palestra que concedeu à Associação Americana para o Avanço da Ciência em 1972, na qual o título era a pergunta: ‘Será que o bater de asas de uma borboleta no Brasil pode gerar um tornado no Texas?’. Essa imagem de efeito borboleta capta a essência do conceito, ou seja, em sistemas complexos, pequenas variações iniciais potencializam-se ao longo do tempo e causam grandes mudanças no longo prazo.” (OLIVIO, Rodolfo Leandro de Faria. *Um estudo sobre a aplicação da teoria do caos e complexidade à gestão de cadeias de suprimentos*, p. 26).

lucratividade, por outro lado, a gama de problemas advindos dessa competitividade ilimitada também cresceu.

Diante desses novos paradigmas, será que o Poder Judiciário está preparado para lidar com esses problemas regionais, mas de origem transnacional? Se por um lado o legislador tem se valido de conceitos indeterminados para dar maior liberdade interpretativa ao juiz, há a estrutura administrativa necessária para que haja um julgamento célere e eficiente?

Esse será o objeto de análise nesse estudo.

2. GLOBALIZAÇÃO E O ESTADO-JUIZ

A chamada “globalização econômica” teve início com a incursão do *homo habilis* no entorno de seu habitat, resultando na intensa circulação de bens, capitais, tecnologia, através das fronteiras nacionais, caracterizando o mundo do *homo globalizatus*. (Lewandoski, 2004, p.253)

Por força dessa virtual abertura de fronteiras, houve a integração dos mercados tornando difícil o controle dos fluxos de capitais, fazendo com que as políticas públicas fossem substituídas pela lógica do mercado que ficou encarregado da regulação social.

Além de alterar os padrões econômicos e fiscais vigentes, a globalização também impactou nas atividades do Poder Judiciário, o qual “permaneceu em atitude de olímpica superioridade e praticamente ignorou tudo isso, como se o tempo tivesse escoado muito lentamente e as condições de vida de hoje fossem quase as mesmas do início do século”. (Dallari, 2010, p.7)

Neste novo cenário, o Judiciário, com sua estrutura organizacional hierarquizada, operativamente fechada, orientada para uma lógica de caráter formal e submetida a uma rígida e linear submissão à lei, tornou-se uma instituição que tem de enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas administrativas e rever seus padrões funcionais para fazer frente às necessidades de uma sociedade em constante transformação, bem como para poder manter sua independência frente aos demais poderes.

Acerca desse ponto, ressalta José Eduardo Faria:

Em termos de jurisdição, como o aparato judicial foi organizado para atuar dentro de limites territoriais precisos, no contexto da exclusividade da atuação estatal, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que a expansão da informática e das comunicações permite aos atores econômicos estabelecer múltiplas redes de interação. (Faria, 2003, s/p)

Quanto maior é a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atingido pelo pluralismo regulatório e pela emergência de mecanismos menos

institucionalizados de resolução de conflitos, porém menos difundidos na sociedade seja por desconhecimento de suas figuras, como a mediação e arbitragem ou pela própria restrição legal que, por vezes, impede a adoção de tais ferramentas para a solução de conflitos³.

O mundo pós-moderno pauta pela instantaneidade, o que “conduz a cultura e a ética humanas a um território não-mapeado e inexplorado, onde a maioria dos hábitos apreendidos para lidar com os afazeres da vida perdeu sua utilidade e sentido” (Bauman, 2001, p.149); é nesse cenário que, não só a sociedade está incursa, mas os próprios entes estatais, como o Poder Judiciário, objeto deste estudo.

Para lidar com essa instantaneidade, não basta uma atuação célere, mas antes de tudo, deve ser pautada pela eficiência, assim considerada como um princípio da própria administração pública, nos termos do preconizado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37.⁴

Essa é uma nova realidade para o Poder Judiciário, demandando uma transformação em sua estrutura na administração dos conflitos, diante do “quase” monopólio da tutela dos interesses em conflito.

Assim, se a mudança, a princípio, não veio do interior do próprio judiciário, foi necessária a criação de um órgão externo visando a implementação da transformação e reestruturação da justiça no Brasil, papel esse exercido pelo Conselho Nacional de Justiça.

3. A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO NA CRIAÇÃO DO CNJ

O Conselho Nacional de Justiça teve sua origem no Documento Técnico 319 do Banco Mundial, publicado em 1996, denominado “O Setor Judiciário na América e no Caribe - Elementos para a Reforma” (Banco Mundial, 1996), produzido nos Estados Unidos, com suporte técnico de Malcolm D. Rowat e Sri-Ram Aiyer e pesquisa de Manning Cabrol e Bryant Garth.

As recomendações oriundas do trabalho realizado pelo Banco Mundial tiveram por objetivo propor um programa para a reforma do Judiciário a partir do levantamento dos principais fatores que afetam a qualidade do serviço prestado pela Justiça.

Buscou-se com a produção do documento aprimorar a eficiência e a qualidade da Justiça nos países Latino-Americanos e do Caribe, dotando o Poder Judiciário de transparência e controle.

³ Vide a respeito o disposto no artigo 843 do Código Civil, *in verbis*: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

⁴ A introdução do princípio guarda relação direta com o movimento que visava a “desburocratização” da máquina estatal, não como crítica ao regime burocrático, o qual nas palavras de Emerson Gabardo é “eficiente por excelência” (**A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa**, p. 346), mas para superar as suas vicissitudes.

Criado no Brasil por meio de uma emenda à Constituição (EC 45/2004), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle, eficiência e a transparência administrativa e processual, em todas as suas esferas, inclusive com relação à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, a Emenda 45/2004 introduziu, no rol do art. 5º o inc. LXXVIII, a garantia, “no âmbito judicial e administrativo, da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Na esteira de Nalini

Transparece na Emenda Constitucional a intenção de combater a única - entre as máculas atribuídas à Justiça brasileira - que pode ser considerada consensual: a morosidade. Todos concordam que a Justiça é excessivamente lenta. Até mesmo os juízes não podem negar essa característica à função encarregada de solucionar controvérsias. (Nalini, 2008, p. 397)

O Conselho Nacional de Justiça tem por missão contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com atenção aos princípios que orientam a atividade pública, contidos no artigo 37 da Constituição Federal da moralidade, buscando ser um instrumento efetivo do Poder Judiciário.

Ainda para Nalini

Mais do que um órgão punitivo ou fiscalizador dos juízes, a grande tarefa do CNJ é conferir um norte ao Judiciário. Pensar o Poder para o futuro. Provê-lo de condições para enfrentar os desafios. Assegurar sua subsistência digna. Subsistência digna que não equivale a fortalecimento corporativista do Judiciário. Missão a ser desenvolvida com o superior intuito de robustecer a debilitada democracia, ainda tão tenra e tão sujeita a moléstias infantis. (Nalini, 2008, p.11)

O Conselho Nacional de Justiça como órgão integrante do Poder Judiciário (art. 92, inc. II-A da CF/88) também favoreceu o processo de melhoria contínua das atividades do Poder Judiciário na medida em que tem como finalidade precípua o controle da atuação administrativa e financeira de referido poder e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, incumbindo a ele, também, a elaboração de relatórios que diagnostiquem as necessidades e áreas que precisam de modificações.

Não está no rol de competências atribuídas ao Conselho apreciar ou discutir o mérito de uma decisão judicial. Sua criação objetivou conferir maior eficiência à administração da justiça e não uma ingerência indevida na atividade jurisdicional e na autonomia dos magistrados. Sua atuação deve ser interpretada em conjunto com as modificações trazidas pela EC n. 45/04,

principalmente, a inclusão no rol dos direitos e garantias individuais do direito à razoável duração do processo. (Meer-Pflug, 2011, p. 1214)

Se por um lado o Poder Judiciário tem que lidar com novas demandas da sociedade, a criação do CNJ possibilitou tornar transparente a crise administrativa que está mergulhado o Poder Judiciário e que o impede de cumprir a sua atividade típica do exercício da tutela jurisdicional.

4. A CRISE DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E NOVOS CAMINHOS

O Poder Judiciário desempenha papel relevante na consolidação do Estado Democrático de Direito, com vistas à proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Supremo Tribunal Federal se destaca nesse mister, por ser o responsável pela guarda e defesa da Constituição.

O Texto Constitucional de 1988 conferiu autonomia ao Poder Judiciário e desenvolveu significativamente a jurisdição constitucional. Além de aperfeiçoar o sistema de controle de constitucionalidade das leis, ampliando a atuação do Supremo Tribunal Federal, adentrou a atual Constituição em matérias políticas, ao assegurar inúmeros direitos sociais e normatizar questões essencialmente políticas. Houve uma Judicialização da política que resultou na ampliação da atuação do Poder Judiciário. (Meer-Pflug, 2011b, p.318)

As pressões da sociedade por mudanças profundas no Judiciário brasileiro resultaram na aprovação da Emenda à Constituição n.º 45/04, que tratou da Reforma do Judiciário, que teve como objetivo minimizar os efeitos das causas estruturais e processuais da chamada “Crise do Judiciário”.

Entre as causas estruturais são apontadas a incapacidade de gestão e a falta de planejamento das ações institucionais. Muito se fala que a ineficiência e a morosidade da justiça no Brasil, em linhas gerais, decorrem do acúmulo de processos, da falta de funcionários, da ausência de infraestrutura e do baixo grau de utilização das tecnologias existentes.

Por outro lado nada se fala da pouca atenção dedicada ao conhecimento pelos operadores do Direito (advogados, juízes, promotores, desembargadores e serventuários da Justiça) de princípios e noções básicas de gestão.

Administrar é algo que se faz todos os dias. Segundo Peter Drucker (1988), administrar é delegar, e a forma como são cumpridas as tarefas delegadas atestam a eficiência ou não de nossa administração.

O setor público da atualidade, em especial o Poder Judiciário, requer muito mais que o desenvolvimento de novas políticas públicas, com modelos de gestão capazes de efetivamente gerar os resultados almejados pela sociedade contemporânea, incluindo empresas, universidades, trabalhadores e o próprio governo.

Nas palavras de José Eduardo Faria:

Por causa das pressões centrífugas resultantes das inovações tecnológicas, dos novos paradigmas industriais, da desterritorialização da produção e da nova divisão mundial do trabalho, o Judiciário, com sua estrutura organizacional hierarquizada, operativamente fechada, orientada por uma lógica de caráter formal e submetida a uma rígida e linear submissão à Lei, tornou-se uma instituição que tem de enfrentar o desafio, alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas administrativas e rever seus padrões funcionais, para sobreviver como poder independente.(Faria, 2003, s/p)

Muito se propala acerca da necessidade de reestruturação do Judiciário nacional e quanto aos problemas ou deficiências que apresenta a Justiça no que tange à sua administração.

Pode-se dizer que, como fruto do diálogo incipiente entre o Direito e a Administração e que envolve o sistema judiciário como um todo, tem-se a administração da Justiça, entendida como toda atividade instrumental necessária à prestação jurisdicional, abrangendo desde a aquisição, manutenção, acompanhamento e controle dos bens materiais e dos serviços burocráticos correlatos até a própria tramitação física de papéis, publicações, certidões, intimações e autos de processos, excluídas, é evidente, as questões regidas ou disciplinadas pela legislação processual.

Faltam aos integrantes do Poder Judiciário brasileiro conhecimentos sobre gestão estratégica voltada para resultados, análise e desempenho de pessoal, bem como entender quais são os objetivos e a missão do órgão em que estão lotados.

O conhecimento de princípios e a utilização de ferramentas de Administração são essenciais não apenas para a eficiência das atividades do órgão de gestão do Poder Judiciário genericamente considerado. Eles devem ser conhecidos e aplicados também por cada um dos juízes no âmbito da sua respectiva unidade jurisdicional como forma de enfrentar a morosidade – e outros problemas e dificuldades – com organização e eficiência.

Convém lembrar que os gestores públicos, incluindo-se os da Justiça, ainda que queiram não podem pautar suas ações baseadas em modismos ou conceitos que pela própria dinâmica da atividade estatal não se coadunam com o espírito democrático que permeia a administração, sob pena de se criar um abismo entre o Estado e a sociedade, rompendo a estrutura do estado democrático e ferindo mortalmente a legitimidade das ações públicas.

A ausência de comprometimento com a eficiência atrasa as atividades do Estado e torna cada vez mais distante a verdadeira reforma que precisamos, qual seja, a da postura dos agentes públicos. Para que conceitos como motivação, liderança, no resultado e trabalho em equipe sejam reconhecidos e reputados válidos pelos gestores públicos.

Mas o agente público não é o único responsável pela eficiência no serviço público: a Administração também deve oferecer as condições necessárias para que o aparelho estatal seja cada vez menos burocrático e mais moderno em sua estrutura e modo de atuar, profissionalizando seu pessoal, incentivando novos modelos de gestão que priorizem a agilidade e produtividade, com o devido respeito aos demais princípios constitucionais.

Faltam aos integrantes do Poder Judiciário brasileiro conhecimentos sobre gestão estratégica voltada para resultados, análise e desempenho de pessoal, bem como entender quais são os objetivos e a missão do órgão em que estão lotados.

Uma gestão pública profissional é a pedra de toque para a consecução do interesse público, viabilizando o controle da eficiência do aparato estatal na realização do bem comum, estabelecido politicamente e normatizado administrativamente pelos governantes.

CONCLUSÃO

Por conclusão, compreende-se que é preciso que os responsáveis pelas rotinas administrativas façam com que todos os envolvidos neste processo tenham seus olhares direcionados para resultados, sejam orientados para o atendimento das necessidades do cidadão, sejam transparentes e que prestem contas de suas atividades.

Nesse sentido, afirma-se que a gestão aperfeiçoa o funcionamento da unidade judiciária por meio da tomada de decisões racionais fundamentadas pelo gestor como forma de caminhar para o desenvolvimento e o atendimento das necessidades dos jurisdicionados.

A gestão judiciária é, em outras palavras, o grupo ou aparato de medidas postas à disposição dos magistrados para garantir a plena afetação de todos os recursos disponibilizados pelo Judiciário com a finalidade precípua de se alcançar um serviço judiciário de qualidade e, por corolário, uma entrega da prestação jurisdicional célere, eficaz e efetiva.

O funcionamento de todo o aparato judiciário da unidade, com tomada de decisões centradas na missão primeira da instituição que é a de realizar justiça, não se limitando, como pensam alguns, à simples aplicação justa e correta do orçamento do Poder.

A falta de conhecimento por parte dos magistrados desse instrumento que está à sua mercê pode redundar em ações que, muitas vezes, se refletem em gastos públicos impróprios ou equivocados, inadequação do aparato judiciário, ineficiência na prestação do serviço judiciário e em prejuízos ao erário.

O conhecimento das técnicas de gestão poderá transformar o juiz que julga em juiz que administra, e é este o modelo de magistrado que o Judiciário precisa: um juiz conhecedor de técnicas de gestão, que busque a eficiência em

tudo que faz e que saiba se valer, por exemplo, da utilização de indicadores e metas de desempenho no exercício de sua tarefa diária.

A falta de compreensão de que a atividade do juiz não se resume à arte de julgar, somada à falta de ações concretas ligadas à chamada arte de judicar (Bittencourt, 2010, p.162) - assim considerada como a moderna atividade de gestão - como uma obrigação essencial para a atividade de determinada unidade, têm causas culturais, mas também são fruto de falta de preparo e exigência por parte do Poder Judiciário.

Para que os juízes se tornem administradores é preciso que se insira na formação dos bacharéis em direito, noções de gestão de pessoas, projetos, organização e métodos, ou seja, é preciso mudar a formação e a cultura dos futuros profissionais do direito, tarefa essa que deve começar nas salas de aula das faculdades de direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, v.I, t. II, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **O Juiz. Atualização e notas de Joaquim Machado Bittencourt Neto (coord)**, p.162

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, 3ª ed., 3ª tir., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOCUMENTO TÉCNICO n.º 319, Banco Mundial, Washington D.C, jun. 1996. Trad. Sandro Edurardo Sardá.

DRUCKER. Peter. **Iniciação à administração**. São Paulo: Editora Thomson Pioneira, 1988.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI: a crise da Justiça no Brasil**. Coimbra/Portugal. Seminário Direito e Justiça no Século XXI, 2003, disponível em <http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso em 19.03.2013.

_____. (org) **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros Editores. 1ª ed. 3ª tiragem, 2010.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª edição, 3ª tiragem, 2002

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. São Paulo: Manole, 2003.

_____. **A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa**. In MARRARA, Thiago (Org). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 327-351.

LEWANDOSKI Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. BRAGA, Sergio Pereira. **A jurisdição constitucional e a reforma do poder judiciário (EC n. 45/04) in Congresso Nacional do Conpedi (2. : 2011: Vitória, ES)**. Anais do [Recurso eletrônico] / XX Congresso Nacional do Conpedi - Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

_____. _____. **O ativismo Judicial e o Conselho Nacional de Justiça**. In: **Justiça e o Paradigma da Eficiência**. Org. Adriana Silva Maillart, Mônica Bonetti Couto, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Samyra Haydée Dal Farra Napolini Sanches. Coord. Vladimir Oliveira da Silveira e Orides Mezzaroba. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 2011.

NALINI, José Renato. "Do Poder judiciário". In: Constituição Federal: **Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais/ Centro de Extensão universitária, 2008.

_____. Há esperança de justiça eficiente? In: **Justiça e o Paradigma da Eficiência**. Org. Adriana Silva Maillart, Mônica Bonetti Couto, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches. Coord. Vladimir Oliveira da Silveira e Orides Mezzaroba. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais: 2011.

_____. **A rebelião da toga**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2ª ed., 2008.

OLIVIO, Rodolfo Leandro de Faria. **Um estudo sobre a aplicação da teoria do caos e complexidade à gestão de cadeias de suprimentos**. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo para a obtenção do título de mestre junto ao Programa de Mestrado. São Paulo, 2010.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos, Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STUMPF, Juliano da Costa. **Poder Judiciário: Morosidade e Inovação**. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas para a obtenção do título de mestre junto ao Programa de Mestrado Profissionalizante em Poder Judiciário. Rio de Janeiro, 2008.

EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

CAPÍTULO 5

AS PRÁTICAS JUDICIAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS E A GOVERNANÇA DA SOCIALIDADE

*Carlos Alberto Simões de Tomaz
Jamile Bergamaschine Mata Diz*

RESUMO: A partir de um matiz nitidamente crítico crivado numa abordagem analítico-descritiva, o capítulo analisa o nível de racionalidade verbalizado em decisões judiciais que abordam a governança da socialidade em relação aos Níveis Essenciais de Prestação Social, destacadamente a educação, a saúde e a moradia. Sustentando a prevalência dos *argumentos de princípios* sobre os *argumentos de política* amparando-se no pensamento de Dworkin, o capítulo aposta na conclusão de que a efetividade dos direitos sociais padece em face do nível de racionalidade imprimido por decisões judiciais descontextualizadas que privilegiam o núcleo de suporte do neo-capitalismo-liberal em defesa de uma eficácia econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Decisão judicial. Direitos sociais

ABSTRACT: From a clearly critical nuance based on an analytical-descriptive approach, the article analyzes the level of rationality verbalized in judicial decisions that consider the governance of sociality in relation to the Essential Levels of Social Provision, especially education, health and housing. Sustaining the prevalence of principles arguments about political arguments based on Dworkin's thinking, the article bets on the conclusion that the effectiveness of social rights suffers from the level of rationality imposed by not contextualized judicial decisions that privilege the support nucleus of liberal neo-capitalism in defense of the economic efficiency.

KEYWORDS: Democracy. Judicial decision. Social rights

1. INTRODUÇÃO

Neste capítulo a governança da socialidade em relação aos Níveis Essenciais de Prestação Social destacados (educação, saúde e moradia) é a analisada a partir da racionalidade imprimida pela jurisprudência brasileira.

O escopo não é outro senão mostrar que a todo instante, a decisão judicial necessita de contextualização, o que nem sempre as práticas judiciais conseguem alcançar; já porque trilham, ainda, pelos caminhos da filosofia da consciência; já porque se apegam, com extrema demasia, no mais das vezes, à busca de um sentido uníssono do texto, caindo, a partir daí, nas malhas sedutoras do positivo; já porque, enfim, os juízes, com frequência, fundamentam a partir de seus próprios juízos políticos-estratégicos olvidando a inteireza da

situação hermenêutica, não se dando conta dos efeitos da consciência histórico-efetual que alavanca nossa compreensão.

Como contraponto, algumas decisões que primam por alavancar compreensão a partir da consciência histórico-efetual sob consideração da contextualidade em que estamos inseridos serão apresentadas.

Para tanto, a pugna entre *argumentos de princípios* e *argumentos de política*, onde a efetividade dos Níveis Essenciais de Prestação Social padece, é analisada a partir do pensamento de Dworkin, quando será exposta a dificuldade da governança da socialidade em relação aos Níveis Essenciais de Prestação Social, cuja análise é destacada, em decorrência de um nível de argumentação judicial que privilegia o núcleo de suporte do neo-capitalismo-liberal.

A conclusão esperada não é outra senão sustentar que uma compreensão alavancada racionalmente a partir da contextualidade e devotada à primazia dos argumentos de princípios deve amparar a decisão judicial em favor da sociabilidade.

A pesquisa está amparada no método analítico-descritivo e com abordagem nitidamente crítica.

2. A SATISFAÇÃO DOS NÍVEIS ESSENCIAIS DE PRESTAÇÃO SOCIAL (EDUCAÇÃO, SAÚDE E MORADIA) NA PUGNA ENTRE *INCLUSÃO* E *EXCLUSÃO*

Uma decisão judicial voltada para satisfação dos Níveis Essenciais de Prestação Social – NEPS¹, em Estados da modernidade periférica, onde as promessas de inclusão social vazadas nas constituições dirigentes ainda não foram cumpridas, está longe de constituir uma refração dos direitos sociais que se viriam reduzidos à satisfação de mínimos existenciais. Divisa-se, ao contrário, nessas decisões, tentativas de imprimir solução à tensão que pulsa entre exclusão e inclusão social, o que se valida se se erigem a partir de um sentido possível do texto, plenamente contextualizado, como sustentamos. O risco de daí resultar uma jurisprudência de valores projeta a pergunta habilmente feita por Bolzan: “se a política – como diálogo democrático – foi substituída pela economia – como monólogo da eficácia, quem decide?”. (Bolzan de Moraes, 2008, p.193)

A judicialização da política se projeta, com intensidade, entre nós, nos campos da educação, saúde e moradia, sobremodo, onde, indiscutivelmente, a

¹ A expressão etimológica “Níveis Essenciais de Prestação Social” tem sido difundida a partir da expressão *Livelli essenziali delle prestazioni – LEP*, consagrada no Art. 117º/2 da Constituição Italiana (CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Direito Constitucional como Ciência de Direção**: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”, 2008, p. 10. In: www.revistadourina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, consulta realizada em 22.set.2017).

dívida social ainda é imensa e necessita ser saldada a fim de que a Constituição seja cumprida. Mesmo assim, no exercício da própria jurisdição divisam-se discursos nos quais, claramente, a argumentação *domestica as pulsões de morte* (Bolzan de Moraes, 2008, p.190) entre exclusão e inclusão em defesa da salvaguarda do núcleo econômico de matiz nitidamente liberal-capitalista que se apresenta como sentido dominante no Texto básico do Estado Social. Apenas medidas compensativas que não atinjam esse núcleo, como com propriedade lembra Bolzan (Bolzan de Moraes, 2008, p.190), é que são admitidas.

2.1. A racionalidade judicial emprestada à educação como Nível Essencial de Prestação Social

Nesse sentido, projetada judicialmente a tensão com respeito à validade de se exigir fiador nos contratos para financiamento ao estudante de ensino superior pelo FIES – Fundo de Financiamento de Ensino Superior, antigo Crédito Educativo, em decorrência do quadro textual que assegura o direito à educação com o livre acesso ao ensino superior vazado na Constituição brasileira, proliferaram-se decisões nas Cortes Federais no sentido de que a exigência daquela garantia se reputa constitucional. O argumento que preponderou explícita que é legítima a exigência de fiador para o contrato de financiamento estudantil pelo FIES porque encontra previsão no art. 5º, III, da Lei 10.260/2001.² Vale notar que nalguns julgados, a amplitude da conformação da exigência foi mais além para validar a extensão da garantia: o fiador deve ostentar renda no mínimo equivalente ao dobro da prestação, vazada em Portaria do gestor do programa. Com efeito, a ementa de acórdão proferido pela Corte Federal da 4ª Região colhe-se o seguinte: “Se o estudante deve custear, ao longo do curso, parte da mensalidade, é razoável a oferta de fiador que ostente renda bruta equivalente ao dobro do valor da prestação assumida mensalmente. Interpretação da Portaria 2.729/2005, art. 6º, II”. (Porto Alegre, TRF4, 2008)

De outro lado, em detrimento do núcleo de suporte do neo-capitalismo-liberal, mas em proveito da satisfação dos Níveis Essenciais de Prestação Social – NEPS, erigiram-se os posicionamentos das Cortes Federais da 2ª e 5ª Região. No TRF2, a decisão registra: “A garantia de fiança pessoal para concessão de créditos do Fundo de Financiamento de Ensino Superior – FIES

² Nesse sentido conferir: no TRF da 1ª Região: AC 2006.38.00.012579-3/MG, rel. Juíza Federal Maria Laura Martins Moraes Tayer (conv.), e-DJF1 de 07/08/2009; AC 2005.32.00.0068354-3/AM, rel. Juíza Federal Maria Laura Martins Moraes Tayer (conv.), e-DJF1 de 03/07/2009, entre outros; no TRF da 4ª Região: AC 2004.70.09.001946-1, rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha (Conv.), D.E de 09/12/2008, *inter plures*; no TRF da 3ª Região: AG 281217/SP (Proc. nº 2006.03.00.097428-6), rel. Desembargador Federal Nery Júnior, DJU de 12/09/2007; AG 292368/SP (Proc. nº 2007.03.00.011897-0), rel. Desembargador Federal Johnson Di Salvo, DJU de 05/09/2007.

a alunos carentes, para custeio de curso superior em instituições de ensino é medida desarrazoada, impeditiva de acesso aos recursos do fundo pelos estudantes menos abastados ou mais carentes, pela dificuldade desses de encontrar e convencer fiadores que cumpram os requisitos exigidos. Realizando a exegese sob esse filtro, a norma constitucional garantidora do direito à educação visa a promover a igualdade material e a democratização do acesso aos níveis superiores de ensino”. (Rio de Janeiro, TFR2, 2008)

Nesse mesmo sentido, o TRF5 verbalizou:

3. “Os financiamentos concedidos com recursos do fies deverão observar o seguinte: [...] III-Oferecimento de garantias adequadas pelo estudante financiado”. (redação original do art. 5º, III, da lei nº. 10.260/01, sendo mantida a adequação da garantia pela lei nº. 11.552/07). 4. Da leitura do dispositivo acima reproduzido, resta claro que a garantia a ser oferecida pelo estudante financiado deve ser adequada à sua condição. 5. O fundo de financiamento ao estudante do ensino superior - fies foi estabelecido com o intuito de facilitar, aos estudantes socialmente desfavorecidos, o acesso ao ensino superior nas universidades particulares. 6. A exigência de apresentação de fiador, com renda comprovada de, no mínimo, duas vezes o valor da mensalidade, não está em harmonia com a realidade dos estudantes carentes, tendo em conta que o convívio desses estudantes, normalmente, se dá com pessoas em iguais condições econômicas. 7. A dificuldade em conseguir um fiador termina por inviabilizar a matrícula do estudante na universidade, fugindo, nessa ocasião, do objetivo maior do programa em questão que é justamente facilitar o ingresso de estudantes de baixa renda nas universidades particulares. Ademais, referida exigência é incompatível com a garantia constitucional de acesso à educação. (Recife, TRF5, 2008)

A fragmentação da orientação jurisprudencial repousa, inequivocamente, no modelo de juiz com os quais a experiência jurídica presentemente convive. Vê-se, claramente, o quanto é forte o apelo ao positivismo metodológico nos julgados das Cortes Federais da 1ª, 3ª e 4ª Regiões, quando identificado o texto que estabeleceu a exigência de garantia nos financiamentos estudantis (Lei nº 10.260/2001: art. 5º, III), a subsunção foi procedida sem nenhuma dificuldade e sem maiores questionamentos sobre a conformidade do dispositivo legal com a Constituição brasileira. A precaução que, não raro, esconde a simplicidade com que os casos são examinados, traz ínsita a ideia de afastar o diálogo democrático em favor da inclusão que poderia, mercê de atribuição de um sentido ao texto constitucional, acarretar a inconstitucionalidade da exigência, o que demandaria mais tempo e trabalho, sobretudo em razão da necessidade de procedimento especial³. Aliás, tem razão Bolzan quando divisa

³ Referimo-nos ao procedimento para cumprir com o disposto no art. 97 da Constituição brasileira: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.”.

que na sociedade de riscos o *paradigma da precaução* interdita o diálogo democrático que se vê substituído pelo discurso da eficácia da economia. (Bolzan de Moraes, 2008, p.193) Ou não é exatamente por isso, ou seja, visando essa eficácia – consubstanciada, na hipótese com o retorno do valor mutuado – que a Corte Federal da 4ª Região verbera textualmente na decisão aqui já enfocada: “A Lei n. 10.260 estabelece exigências para a concessão de financiamento com recursos desse Fundo, entre as quais a prestação de fiança, considerando-se a necessidade de garantia de retorno dos recursos aplicados, para a continuidade do programa”.

Impende registrar que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, enfrentando a questão que ora analisamos, textualmente afastou o exame constitucional porque se encontra submetido ao procedimento decorrente do art. 97 da Constituição e limitou-se a afirmar a legalidade da exigência pelo mesmo viés de balizamento das Cortes Federais da 1ª, 3ª e 4ª Regiões, ou seja, inteiramente positivista-metodológico. (Brasil, STF,2009)

O pêndulo da vida vai, sem dúvida, para o outro lado, quando a consciência histórico-efetual impõe redobrada atenção à cotidianidade, aos fatos que precisam ser devidamente analisados, explicitados, portanto, interpretados a partir da compreensão da totalidade da estrutura existencial, o que revela a dificuldade que se tem na sociedade brasileira para se obter um fiador.

Com efeito, basta observar que nas locações de imóveis foi criada uma modalidade de garantia alternativa: a caução em conta bancária. Há, também, a fiança fornecida por pessoa jurídica, normalmente empregadora ou associação de classe e até mesmo empresas com esse objetivo. Imagine essa dificuldade quando colocada em face de um estudante, de regra ainda desempregado e que busca, mediante a realização de um curso superior, sua inclusão social.

Na sentença proferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em Belo Horizonte, o caminho percorrido alçou a compreensão sobre essa contextualização. Vale conferir o seguinte excerto:

11. Por esse caminho é preciso considerar que a situação hermenêutica ora *sub judice*, como qualquer uma outra, deve se erigir sob a consciência de que somos vinculados aos efeitos da história (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 76). É a história que permite a compreensão, nossa finitude a partir da qual desenvolvemos nossa faticidade dentro de certa contextualidade. 12. E o que é que a consciência dos efeitos da história está a nos revelar neste presente caso? Este Juízo responde sem hesitar: a consciência histórico-efetual a que a sociedade brasileira está vinculada revela o quanto é difícil oferecer uma fiança! Contratos são frustrados porque não se consegue obter um fiador. Basta pensar nas locações residenciais, que para remediar a dificuldade o próprio sistema financeiro atuando em favor da economia com seu código hipertrófico *ter/não-ter* criou o depósito bancário

em garantia, sem falar que entidades de classe passaram a fornecer fiança para seus associados e que hoje já existe mesmo empresas encarregadas de fornecer fiança. 13. Coloque-se essa dificuldade para um estudante carente que pretende obter um financiamento pelo FIES e ver-se-á que ela se multiplica! De fato, quem se predispõe a conceder fiança para financiar estudos de um estudante carente neste País nos dias em que vivemos? Apenas um parente muito próximo poderá se dispor a isso. E como o FIES é destinado a estudantes carentes, seus parentes são igualmente carentes não possuindo condições de prestar a garantia sobremodo em face da exigência de que a renda seja no mínimo igual a duas vezes o valor da prestação informada pelo estabelecimento de ensino (Portaria MEC 1725/01: art. 10, § 1º). 14. Explícita, dessa maneira, o conteúdo das premissas, resta, na esfera de implicação questionar se consoa com o texto constitucional acima destacado a exigência de fiador vazada na Portaria do MEC, na esteira do art. 5º, III, da Lei 10.260/01, quando textua que os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte: (...) oferecimento de garantias adequadas pelo estudante financiado. 15. Da parte deste Juízo, o horizonte de sentido que as premissas textuais e fáticas apresentam não permitem outra implicação senão admitir que não se avulta como condição de possibilidade da Constituição brasileira a exigência de fiança na hipótese porque tal não se erige como possibilidade de inclusão de modo a ensejar a realização da finalidade vazada no comando do art. 205 da Carta, ao tempo em que elide os limites de possibilidades estampados nos fundamentos e objetivos destacados dos arts. 1º e 3º. Dito de outro modo, a faticidade, a contextualidade que a situação hermenêutica alavanca não permite a exigência na exata medida que funciona como instrumento discriminatório, excluindo possibilidades de condições que ficam à margem do processo de inclusão. É preciso, portanto, reconhecer “a força normativa da constituição” (Referência a HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991), que não reside no texto, conquanto horizonte de possibilidades hermenêuticas, mas no acontecer da verdade no momento da *applicatio* como agora onde uma norma é desvelada a partir da consciência dos efeitos da história, da tradição, da faticidade, em suma, da contextualidade que deve ligar o intérprete à situação hermenêutica. 16. A exclusão que o raciocínio contrário esposa, na verdade revela o nível de bloqueio a que está exposto o direito em face da hipertrofia da economia (*ter/não-ter*) suprimindo condições de possibilidade da constituição, e a fachada positivista ao reduzir a tarefa do jurista à racionalidade altamente sedutora do silogismo clássico, vela as condições de possibilidades de inclusão que podem ser desveladas a partir da consciência histórico-efetual desde e sempre presente. 17. Uma garantia adequada seria, por exemplo, vincular o pagamento a desconto em folha após certo período seguido à formatura. Aí sim, estaria se apostando em inclusão. Não pode, definitivamente, é sob o pálio de uma constituição compromissária, a conformidade normativa infraconstitucional frustrar possibilidades de inclusão, o que realço para evidenciar que não infirma a argumentação ora deduzida o fato de existirem outros programas voltados para a inclusão de estudantes carentes. Não se pode é fechar uma janela em face da abertura cognitiva que a constituição estabelece. (Brasil, TRF1, 2009)

Essa divergência jurisprudencial revela o grau de dificuldade enfrentado no processo judicial decisório diante da ruptura do paradigma hermenêutico peculiar ao positivismo-metodológico para a adoção de uma hermenêutica de matiz filosófico. O discurso centrado exclusivamente na subsunção não permite um mergulho mais profundo para se chegar à dimensão ontológica, a partir de onde o ente desde e já é sempre compreendido. Ao contrário, o discurso que se vê nas decisões que validaram a exigência de fiador para os contratos do financiamento estudantil encontra-se erigido em uma dualidade superada entre o texto e os fatos, cuja vinculação se operaria exclusivamente por meio do mero acoplamento ensejado pelo procedimento subjuntivo, permitindo a rápida decisão porque a mão (o fato) se encaixou sem problemas na luva (o texto) ou, como lembra Streck, de acordo com a metáfora corrente nas salas de aula, a aplicação se viria reduzida a um simples resultado da junção “entre o parafuso e a porca”. (Streck, 2008, p.114)

Qualquer um dos juízes que divisou a conformidade da exigência de fiador, quando for indagado, não hesitará em responder que a hipótese substanciava um *caso fácil*, porque toda análise por ele desenvolvida se situa exclusivamente no plano ôntico, olvidando a pré-compreensão onde radica a dimensão ontológica. A questão, portanto, é de compreensão, não de dedução, não de raciocínio causal-explicativo como explica Streck:

não se nega que possam existir casos fáceis; o problema está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e casos difíceis. No plano da fenomenologia hermenêutica, mesmo em face de uma “suficiência ôntica” que se expresse em um caso simples (raciocínio causal-explicativo), já estarão dadas – em face da pré-compreensão – as condições para um “ir além”, na direção de um acontecer (ontológico), isto é, mesmo que o acontecer possa se dar de forma objetivada, sempre já existe um indicador a partir do qual essa objetivação faz [ou não] sentido. (Streck, 2009, p.151) (destaques do original)

Assim, a distinção entre os casos simples (*easy cases*) e os casos complexos (*hard cases*) apenas pode ser divisada sob o prisma metodológico-objetivista. Ela se apresenta inadequada quando se propõe o caminho da hermenêutica filosófica para o processo judicial decisório. Mas, nesse caminho, o juiz não pode escolher o sentido que melhor lhe aprouver. (Streck, 2009, p.237-251) Há, como já assentamos, limites que se encontram na estrutura existencial que conforma nossa compreensão a partir da consciência histórico-efetual, da cotidianidade, enfim, da contextualidade que coloca o elemento cultural na experiência jurídica. É por isso que talvez a exigência de fiador para contratos de financiamento estudantil seja um sentido possível no momento da *aplicação* a partir da estrutura existencial que conformaria nossa compreensão num Estado altamente desenvolvido, com um desejável nível de inclusão social,

onde um estudante, sem maiores dificuldades, pudesse conseguir um fiador, inclusive com renda de, no mínimo, o dobro do valor da prestação.

2.2. A racionalidade judicial emprestada à saúde como Nível Essencial de Prestação Social

O recurso à via judicial para satisfação de direitos inerentes à saúde como Nível Essencial de Prestação Social tem ensejado, igualmente como se viu em relação à educação, controvérsias sérias no âmbito da judicialização da política, quando se busca suprir deficiências e omissões no implemento das políticas públicas.

Com efeito, a dimensão política da jurisdição tem sido objeto de frequentes ataques quando juízes têm determinado o fornecimento de medicamentos, alguns consideravelmente caros e que não se encontram na lista de remédios do Sistema Único de Saúde - SUS.

A questão esteve em debate na Suprema Corte onde foi aberto ciclo de audiências públicas para manifestação dos interessados. O sítio do STF registra que foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores, procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS entre abril e maio de 2009. (Brasil, STF, 2017)

A extensão do espaço público aberto deixa feliz qualquer habermasiano. Se estariam todos os concernidos agindo de conformidade com os níveis de validade e correção do discurso: sinceridade, verdade e retidão, isso é outra coisa e poucos se aventurarão a fazer uma pesquisa nesse sentido porque o resultado poderá ser desalentador e confirmará que grande parte dos concernidos estavam, na verdade, defendendo interesses pessoais ou de grupos, outros foram pagos para atuarem em decorrência de sua pública e notória especialização e assim por diante. Isso não invalida, contudo, o espaço público criado que, sem dúvida, forneceu elementos que merecem ser considerados e devidamente sopesados. Na quarta-feira dia 06/05/2009, Luís Roberto Barroso, hoje integrante do STF, pronunciou-se como representante do Colégio Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Antes dessa oportunidade, Barroso já havia se manifestado sobre a questão tendo registrado que

alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão. (Barroso, 2008, p.02) (sublinhado do original).

Esse mesmo pensamento foi colocado na apresentação por ocasião da audiência pública na Suprema Corte, onde Barroso concluiu enfaticamente no sentido de que “Desenvolveu-se um senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso da Judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação dos poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é o direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros”. (Barroso, 2009) Em suma, o pensamento do professor fluminense, conquanto apresente argumentos ponderáveis em direção à legitimação, e sobretudo com respeito à necessária limitação da judicialização da política, desvala em grave equívoco quando permite concluir que uma tutela individual para satisfação de Nível Essencial de Prestação Social - NEPS coloca em colisão princípios.

Realmente, é um engano pensar que a determinação para o poder público conceder determinado medicamento ou realizar certo procedimento, ao assegurar a vida ou a saúde de um, esteja pondo em risco a vida ou a saúde de muitos. O raciocínio de Barroso, por esse caminho, subverte o diálogo democrático que se erige em defesa do cumprimento das promessas constitucionais de modernidade, constituindo a base principiológica essencial da Constituição brasileira, na exata medida que substitui esse diálogo pelo monólogo da eficácia econômica, onde quem decide, na sociedade de riscos, o faz sob o influxo do paradigma da precaução, para o qual, o importante é um eficiente sistema de definição, controle e gestão de riscos. (Bolzan de Moraes, 2008, p.193) Por isso Barroso está convencido de que o que importa é “que sejam definidos direitos e obrigações por via legislativa e administrativa”, como fez registrar naquela audiência pública, onde propugna, inclusive, pela transformação do litígio individual em ação coletiva a fim de que a decisão possa atingir a todos.

Ora, todo o pensamento de Dworkin encontra-se voltado para garantir os direitos das pessoas ainda que não previstos em pauta regulatórias escritas, quando então se avultaria o recurso aos princípios que no cotejo com as políticas públicas teriam preferência. E nisso, o autor norteamericano está repleto de razão. A visão do direito e da política como integridade impõe uma opção indiscutível sobre um argumento de princípio em detrimento de um argumento de política. Um princípio não pode ser amesquinhado por uma política pública deficiente ou inexistente. Os argumentos de política, ensina Dworkin, “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.” Já os argumentos de princípios, prossegue ele, “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. (Dworkin, 2002, p.129) É sobre essa perspectiva, a bem da verdade, que o problema da questão ora enfrentada deve ser analisado, porque quando Barroso

afirma que conceder medicamento garante a saúde ou a vida de uns em detrimento da saúde ou vida de vários quando os escassos recursos estariam sendo canalizados em prol da satisfação da decisão judicial, obviamente não estão em colisão princípios, mas, isso sim, princípio e política pública na exata medida em que a definição, extensão, alcance da aplicação dos recursos é questão de política pública. Quando se diz que a decisão põe em risco a saúde e a vida de vários, prima-se pela eficiência da equação econômica e isso é nitidamente um *argumento de política*.

A todo instante, Barroso tentava mostrar que o que está em jogo não é um confronto entre princípio e política pública (ineficiente ou inexistente), mas uma colisão entre princípios onde qualquer critério de racionalidade apontaria para a eficiência que se encontra definida nas políticas públicas em defesa da coletividade. Ele tergiversa, portanto, em abono dessa tese, com os seguintes *argumentos de política*, alguns deles endossados do pensamento de outros autores como ele próprio registra:

- a) “Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”; (Barroso, 2008, p.02)
- b) “Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem cumpridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de *políticas sociais e econômicas*. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988”; (Barroso, 2008, p.09)
- c) “Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma decisão pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.”; (Barroso, 2008, p.09)
- d) “Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.” (Barroso, 2008, p.10);
- e) “As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem

acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.” (Barroso, 2008, p.10);

f) “O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com a Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.” (Barroso, 2008, p.10)

Como se vê, o esforço de Barroso é enorme porque certamente ele está consciente de que o conflito encontra-se deflagrado entre princípio, de um lado, e política pública, de outro. E sabe que, nessa circunstância, argumento de política não pode preponderar. É a mesma coisa que manter alguém preso porque se for solto poderá evadir-se do País ou porque a soltura causará clamor social a ponto de por sua vida em risco! Dworkin se mostra atento à possibilidade teórica enxergada por Barroso de divisar um argumento de princípio para substituir um argumento de política e, afirmando que isso constitui uma falácia, ele articula com o seguinte exemplo:

Suponhamos que um funcionário público queira defender a segregação racial nos lugares públicos. Ele pode apresentar o argumento político de que, em termos gerais, a mistura de raças provoca mais mal-estar geral do que satisfação. Ou pode oferecer um argumento de princípio, apelando para os direitos daqueles que poderiam ser mortos ou mutilados nos conflitos que seriam gerados pela dessegregação. Pode-se pensar que a permutabilidade desses argumentos anula a distinção entre argumentos de princípios e de política, ou que, de qualquer modo, torna a distinção menos útil, pela razão que apontamos a seguir. Suponhamos que se admita que o direito à igualdade entre as raças seja suficientemente forte para prevalecer sobre tudo, exceto sobre o mais premente argumento político, e que ele possa ser objeto de transigência e concessão somente nos termos requeridos pelos argumentos de princípio em contrário. Essa seria uma concessão vazia, caso fosse sempre possível encontrar argumentos de princípio que substituíssem um argumento de política passível de ser apresentado. (Dworkin, 2002, p.150-151)

Se numa democracia, a maioria compartilha um código moral coerente. E se esse código moral coerente constitui como sempre lembra Dworkin os princípios comunitários, ao invocar o princípio da universalidade de atendimento vazado na Constituição, os juízes brasileiros não estariam contrariando

políticas públicas, mas ajudando a implementá-las. Ou seria diferente se o Poder Judiciário, como quer Barroso, convertesse os litígios individuais em coletivos para alçar o espaço definidor das políticas públicas? Ou seria diferente que se aguardasse a definição administrativa para que certos medicamentos ou procedimentos devam constar nas listas autorizadas pelo Sistema Único de Saúde – SUS? Será que a definição por via de texto (seja de caráter geral ou administrativo) teria o condão de afastar os litígios para obtenção de medicamentos ou procedimentos? Será que a defesa agora não seria que os recursos são insuficientes para a aquisição? E o litígio mais uma vez não teria que ser resolvido à base da preponderância de argumento de princípios em detrimento dos de política?

Sob qualquer prisma, é preciso perceber uma coisa que aqui já fizemos registrar, o Poder Judiciário não está definindo política pública. Está aplicando os princípios comunitários, no caso do Brasil, expressos na Constituição. Está levando princípios a sério, pode-se afirmar, parodiando Dworkin. Ao invés de difundirem um ativismo danoso, na hipótese, os juízes invocam é a moralidade comunitária que não admite exclusão quando está em causa a saúde e a vida das pessoas, quando o próprio texto constitucional desvela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (Brasil, 1988).

Os princípios comunitários apresentam-se, assim, como *topos* hermenêutico para permitir, na situação concreta, o acontecer da verdade. Daí porque, ao contrário do afirmado por Barroso, a questão, ante a ausência ou deficiência de política pública, pode ser resolvida sim, no caso concreto, onde a verdade contextual aparecerá a partir da consciência histórico-efetual que aponta para a estrutura existencial de nossa compreensão. Aliás, a Suprema Corte tem reclamado atenção à contextualização na dispensação de remédios e realização de procedimentos determinados pelos juízes. Nesse sentido, na Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 79203, do Min. Gilmar Mendes registrou que: “Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada que, muitas vezes, não contemplam as especificações do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde”. (Brasil, STF, 2017) Nesse caso, o juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba havia determinado ao Estado do Paraná o fornecimento de medicamento a um menor, pelo tempo indeterminado necessário ao tratamento da doença. O presidente do Tribunal de Justiça do Paraná suspendeu a execução da liminar sob a fundamentação

de que o medicamento não consta da relação de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde, portanto não registrado na ANVISA e, conseqüentemente, não possui comercialização autorizada no País. O órgão especial do Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo regimental para cassar a decisão do presidente da Corte e restabelecer a tutela antecipada.

O emblemático caso revela a tensão entre os executores de políticas públicas de saúde e o Poder Judiciário. E a decisão do presidente da Suprema Corte desenvolve linha de racionalidade amparada em argumentos de princípio afastando os argumentos de política antes apontados por Barroso. Confirma-se, com efeito, que a decisão registra que “a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas para a proteção do direito à saúde, mas tendo em vista a necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.”. (Brasil, 2017, p.05)

De fato, observe-se que a imissão indevida da jurisdição, que efetivamente pode ocorrer, tem servido de escudo para justificar a omissão do poder público no implemento de políticas públicas já definidas. Mais que isso, o escudo cria um anteparo que tem se revelado eficaz para não cumprir a Constituição. E até onde vai a discricionariedade do administrador nessa órbita, ou seja, quando está em causa o cumprimento dos direitos assegurados na Constituição, é questão que se apresenta com relevância tamanha, na matéria ora examinada diante do comando emergente do art. 196, que estabelece que o direito à saúde é assegurado mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos.

Por isso, ao indeferir o pedido de suspensão da tutela, a decisão do STF, no caso ora analisado, realiza uma contextualização inteiramente adequada ao caso concreto evidenciando as circunstâncias que envolvem a situação hermenêutica: a) o menor, com 7 (sete) anos de idade, foi diagnosticado como paciente afetado pela Nucleopolissacaridose de Tipo VI, apresentando deformidades esqueléticas, hérnias umbilical e inguinal e opacidade da córnea; b) o relatório médico informa que houve significativa piora nos últimos meses, estando com um déficit de 95% na visão esquerda, respiração extremamente dificultada, hematoesplenomegalia, acentuada dificuldade motora e apatia; c) o remédio prescrito não consta da relação do Ministério da Saúde, não está registrado na ANVISA e não é fornecido de forma excepcional porque sua comercialização não se encontra autorizada por esse órgão, todavia, a Comissão Europeia concedeu à empresa BioMarin Europe Ltd uma autorização de introdução no mercado para o medicamento, válida, portanto, para a União Europeia. (Brasil, 2017, p.12)

A consideração e análise desses fatos não podem ser deixados de lado quando se procura encontrar a resposta hermenêuticamente correta para a questão. Esses elementos, que revelam a facticidade da situação hermenêutica, impõem a tutela do direito à vida e à saúde como integrantes da base principiológica da Constituição brasileira e não podem ser relevados diante de argumentos de política como os alegados pelo Estado do Paraná que aponta para a circunstância de que o custo mensal do tratamento está orçado em US\$ 18.000,00 (dezoito mil dólares americanos); o Estado de Paraná destina cerca de R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais) para cumprir decisões judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos. (Brasil, 2017, p.12)

Impende registrar que não estamos aqui advogando uma supervalorização das circunstâncias de fato em detrimento das circunstâncias de direito. Aliás, já consignamos o acerto do pensamento de Streck quando divisa que a diferença entre questão de fato e questão de direito não se sustenta diante da diferença ontológica fundamental que impele a consideração de que o direito é parte integrante do próprio caso de tal sorte que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. (Streck, 2009, p.226-237) Ao contrário, estamos convencidos da relevância da contextualização para desvelar os limites que se encontram na estrutura existencial que conforma nossa compreensão a partir da consciência histórico-efetual que aponta para a nossa pré-compreensão. Por isso, temos insistido sem a menor dúvida, não é uma decisão contextualizada determinar que o Estado forneça remédio para dor abdominal a cidadãos residentes nos Jardins, em São Paulo, que podem facilmente diagnosticar a causa e dispor de meios e recursos para curá-la. Todavia, a condenação do Estado a ofertar medicamentos para dores abdominais às populações ribeirinhas do Amazonas ressalta como decisão absolutamente erígida sob um contexto que expressa a consciência histórico-efetual da situação hermenêutica a partir da qual foi deslançada, diametralmente oposto àquele que ensejou a cogitada decisão na primeira hipótese.

Voltando à decisão do STF, observamos que ela repudia, ainda, o argumento de política apresentado por Barroso quando o hoje ministro da Suprema Corte insistia em que o Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com a Administração Pública. Com efeito, o aparato burocrático da administração, não impõe a rapidez necessária que uma questão de vida está a exigir. Perecimento de direito é coisa séria que não pode ser olvidada não apenas pela atividade governamental e administrativa, como pela jurisdição. A decisão do Min. Gilmar Mendes registra que: a) “o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa

considerar a sua incorporação. Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Saúde (ANVISA), permite que a Agência dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública do Ministério da Saúde” (Brasil, 2017, p.07); b) “Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha redobrado cuidado na apreciação da matéria . Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa.” (Brasil, 2017, p.10); c) “Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais, como coletiva.” No entanto, insiste uma vez mais a decisão: “é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar”. (Brasil, 2017, p.10)

O direito das pessoas de terem uma decisão favorável em um processo é um direito político genuíno, lembra Dworkin (2002), e não se pode permitir que no processo judicial decisório, um argumento de princípio seja corrompido por um argumento de política. A decisão injusta consubstancia uma resposta não hermeneuticamente correta porque recusa a tornar efetivo, como direito jurídico, os direitos políticos do cidadão (Dworkin, 2002, p.140) e não aquela que segundo Barroso apresenta déficit do gerenciamento porque esse se encontra mais afeto à administração, quando se sabe que sob o manto da eficiência e de sua irmã gêmea, a precaução, pode se encontrar a vontade implícita de corromper os direitos.

Assentado, na linha do pensamento Dworkiniano, que os argumentos de princípios destinam-se a estabelecer os direitos individuais enquanto os argumentos de política se voltam ao estabelecimento de objetivos gerais, tem-se que o objetivo político é propulsionado por metas, “um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados [...] elas têm em vista a produção de um benefício geral para a comunidade como um todo. A eficiência econômica é uma meta coletiva: exige a distribuição de oportunidades e responsabilidades que possam produzir o maior benefício econômico agregado, definido de um determinado modo” (Dworkin, 2002, p.143). Mas e isso é muito importante e não pode ser olvidado: “um princípio pode ter que capitular diante de outro, ou mesmo diante de uma política intransigente com a qual esteja em conflito a propósito de determinados fatos”. Isso acontece, ainda segundo Dworkin, em face da natureza abstrata do direito que expressa, enquanto princípio, um objetivo político igualmente geral. Todavia, nas

situações concretas, os direitos tornam-se objetivos políticos definidos com mais precisão, expressando com maior clareza o peso que possuem. É aqui, na situação concreta, que os direitos abstratos fornecem argumentos em favor dos direitos concretos e “as alegações em favor de um direito concreto são mais conclusivas do que qualquer alegação em favor de um direito abstrato que sustente esse direito concreto”, arremata Dworkin (2002).

É a partir daí que se impõe uma observação sobre a crítica que tem sido feita à judicialização da política, sobretudo quando está em causa o direito à saúde, quando se tem entendido que ela descamba para o assistencialismo. Estamos convencidos de que essa carapuça esconde mais uma indevida abordagem da colisão entre argumento de princípio e argumento de política, de matiz nitidamente econômico e em defesa de metas gerais. Com efeito, primeiramente é preciso observar que Barroso afirma, independentemente de qualquer comprovação empírica, que a judicialização da saúde tem beneficiado mais a classe média do que a pobreza na medida em que o protagonismo judicial privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Num exame perfunctório, vê-se a fragilidade do argumento que parece mais ter sido concebido nos meados do século passado. Ora, nunca o conhecimento dos direitos esteve tão próximo da camada menos favorecida. A quantidade de demandas em juizados especiais, sem quaisquer despesas processuais, bem como a consolidação das defensorias públicas como entidades essenciais à consolidação da justiça que o digam!

De qualquer sorte, conquanto essa questão mereça uma maior reflexão que foge à economia deste capítulo, o que interessa ressaltar é que a afirmação de que a exclusão dos pobres se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, é desconsiderar a realidade das coisas que revelam, isso sim, que as promessas de modernidade vazadas na Constituição não foram cumpridas avultando-se gritante o nível de exclusão. O que estamos querendo fazer compreender é que o desafio para implementar as promessas de modernidade tem sido objeto de atuação não apenas do governo, mas de parceria desse com o setor privado; de instituições não governamentais; enfim de toda sociedade, o que pode ter o condão de servir de lenitivo para justificar a atuação da jurisdição como mais uma via.

Uma coisa, porém, é certa: a atuação do Judiciário não pode servir para, num excesso de ativismo, institucionalizar um contramajoritarismo em detrimento de sentidos contextualmente possíveis da Constituição. O antídoto para isso, estamos convencidos, repousa numa abordagem cultural do direito alavancada a partir dos elementos básicos que impulsionam a hermenêutica filosófica (o círculo hermenêutico e a diferença ontológica). Por certo tem

havido excessos. Em algumas matérias, como a previdenciária, por exemplo, a atuação dos juizados especiais tem beirado a margem do assistencialismo, permitindo-se indagar realmente se esse é o papel do Judiciário numa realidade periférica. Ou será que não seria exatamente por se encontrar atuando em Estados periféricos que esse matiz de atuação tem se erigido? É questão, sem dúvida, que merece estudo.

Qualquer que seja o caminho, é preciso se ter presente que o teste econômico é mais um argumento de política do que de princípio e faz, lembra Dworkin (2002), a decisão depender de se perquirir se o direito seria melhor promovido em defesa do bem-estar coletivo ao permitir o sacrifício da saúde ou da vida de algum ou alguns com a economia do gasto necessário para evitá-lo.

Neste sentido, vale a pena transcrever o pensamento de Dworkin (2002, p. 155) para quem

Este tipo de argumento não é de modo algum novo, embora sua roupagem econômica talvez seja. Os filósofos vêm debatendo há muito tempo casos hipotéticos que testam o nível de interesse que um membro de uma comunidade deve a outro. Por exemplo, se um homem estiver se afogando e outro puder salvá-lo com um risco insignificante para si mesmo, o primeiro tem um direito moral a ser salvo pelo segundo. Tal proposição poderia ser facilmente colocada em termos econômicos: se a utilidade coletiva de ambos for grandemente incrementada graças a um salvamento, o homem que está prestes a se afogar tem um direito a este salvamento, e seu salvador tem o dever de salvá-lo. A proposição jurídica correspondente pode, sem dúvida, apresentar uma complexidade muito maior. Ela pode especificar circunstâncias específicas nas quais a questão crucial não consistirá em se a utilidade coletiva dos dois homens será radicalmente incrementada, mas apenas se isso correrá marginalmente. Ela poderia colocar esta última questão, por exemplo, quando a ação positiva de um homem, em oposição à sua inação, criar um risco direto e previsível de dano físico para a pessoa ou propriedade de outro indivíduo. Sem dúvida, se a tese dos direitos for bem fundamentada, nenhum juiz poderá apelar a essa proposição jurídica, a menos que ele acredite que o princípio do respeito mínimo enuncia um direito jurídico abstrato; se apelar, porém, poderá montar seu argumento de acordo com uma fórmula econômica sem que, com isso, transforme seu argumento de princípio em argumento de política.

E Dworkin prossegue afirmando que a argumentação paralela sobre o salvamento de um homem que está se afogando constitui método para harmonizar direitos concorrentes e leva em conta apenas o bem-estar daqueles cujos direitos estão em jogo, não considerando

os custos e os benefícios para a comunidade em geral, a não ser na medida em que estes se refletem no bem-estar daqueles cujos direitos estão em discussão.

Podemos facilmente imaginar um argumento que não aceita essas restrições. Suponhamos que alguém argumente que o princípio da exigência de salvamento no caso de um risco mínimo precise ser emendado de modo a fazer a decisão depender não de alguma função das utilidades coletivas da vítima e de seu salvador, mas da utilidade marginal do conjunto da comunidade, de modo que o salvador tivesse de levar em conta não apenas os riscos relativos a si próprio e à vítima, mas também a importância social relativa de ambos. (Dworkin, 2002, p. 156).

Ainda relativamente ao direito à saúde como integrante do núcleo essencial básico de prestação social, queremos trazer à colação a decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que não admitiu restrições à fruição de prestação essencial alçada em avaliação meramente discricionária da Administração Pública, subordinada a pragmatismo governamental, na definição de políticas públicas. Na hipótese, o Município de Cuiabá baixou portaria instituindo um cadastro dos beneficiários do Sistema Único de Saúde, determinando que apenas aqueles cujos nomes constassem do referido cadastro poderiam ser atendidos. A Ação Civil Pública foi julgada procedente pela Corte de Justiça e o acórdão alinha argumentação no sentido de que a exclusão fere o atendimento universal estabelecido na Constituição.⁴

2.3. A racionalidade judicial emprestada à moradia como Nível Essencial de Prestação Social

Este capítulo não poderia deixar de lançar um olhar sobre o posicionamento da jurisdição sobre o direito à moradia que, na realidade brasileira, juntamente com o direito à saúde e à educação constituem, como já registramos, o núcleo essencial das prestações sociais.

Primeiramente, um acontecimento revela o quanto o legislador brasileiro, de regra, não está consciente da carga de sentido que o texto da Constituição possui. Expressando de outro modo, não está habilitado a enxergar os princípios comunitários expressos ou decorrentes do texto. Isso decorre, sem dúvida, de uma cultura extremamente positivista que reduz o direito exclusivamente aos textos e olvida a importância dos princípios como marco regulatório relegados, enfim, a uma função supletiva do texto. É dentro dessa

⁴ O acórdão encontra-se assim ementado: “Apelação Civil. Ação Civil Pública – Cadastramento dos usuários do SUS – Limitação do atendimento – Impossibilidade – Violação ao direito fundamental à saúde – Necessidade de assistência universal e igualitária – Recurso provido – Decisão reformada. O cadastramento pelo município dos usuários do SUS deve servir para a melhoria do atendimento, visando à universalização dos serviços, caracterizando, por isso, violação à Constituição da República, condicionar o atendimento do paciente ao cadastro prévio...” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Apelação nº 71523/2008, rel. Juiz Mauro Bianchini Fernandes (Conv.), DJ de 29/06/2009).

compreensão que adveio a Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, que introduziu a moradia ao elenco de direitos sociais escritos no art. 6º da Carta.

Efetivamente, não há quem duvide que antes da EC 26/2000, a moradia já se constituía direito social, porque esse o sentido que o texto desvelava quando estabelecia desde então a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (art. 1º, III), a erradicação da pobreza e da marginalização com a redução das desigualdades sociais, e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação, como objetivos fundamentais (art. 3º, III e IV), além de considerar a moradia um dos elementos necessários na composição do valor do salário mínimo de modo a atender às necessidades básicas do trabalhador (art. 7º).

De nossa parte, não divisávamos naquela época (antes da Emenda nº 26) como ainda continuamos a não divisar hoje em dia, que uma decisão judicial voltada para garantir a moradia de quem dela se vê excluído num país de intensa desigualdade social como o Brasil – fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, que propugna por um mínimo prestacional para uma existência digna –, um recurso indevido ao princípio humanitário erigido a partir de uma dessubjetivização das prestações sociais que alçaria os direitos fundamentais à esquemas de garantia de direitos sociais (*esvaziamento solidarístico*), portanto, uma refração dos direitos sociais, como alerta Canotilho (2008).

Esse raciocínio pode se validar, insistimos uma vez mais, num Estado que conviva com adequado nível de inclusão social, onde não se apresente em nível crítico a quantidade de pessoas que vivem ao relento ou em sub-moradias debaixo de pontes e viadutos ou na margem de rodovias, em puxadinhos nas encostas de favelas ou em palafitas sobre os mangues. Por certo, em Estados como o cogitado, jamais a jurisdição fosse chamada a expulsar pessoas que estão residindo às margens de rodovias e sob viadutos em barracos construídos com tábuas de restos de construção, caixas de papelão e telhas de folhas de zinco. Mas na realidade periférica, como vimos, a jurisdição é constantemente chamada pelo poder público que se diz invadido e requer a reintegração na posse. Nesse quadro, uma decisão judicial que assegure a posse até o cumprimento das políticas públicas estabelecidas na Constituição ou mesmo o implemento de políticas habitacionais adequadas, não carrega consigo o estigma do assistencialismo. Trata-se, antes de tudo, de fazer cumprir a Constituição. O assistencialismo traz ínsito uma carga de subjetividade (filosofia da consciência). O juiz decide de conformidade com sua consciência porque entende que essa ou aquela decisão é moralmente correta e fará um bem enorme às pessoas (pragmatismo). Coisa diversa é o magistrado decidir com olhos voltados para cumprir a Constituição e sob os efeitos da consciência histórico-efetual.

E foi por esse viés, que ao decidir o pedido de reintegração de posse deduzido pela União contra centenas de famílias que habitam sob os viadutos do anel viário da cidade de Belo Horizonte na faixa de domínio da BR 262,

após frustrado o espaço público aberto com o chamamento ao processo do Município de Belo Horizonte e do Estado de Minas Gerais, que alegaram, ambos, ilegitimidade para atuar na relação jurídico-processual, impossibilitando uma mediação em direção ao implemento da política pública de responsabilidade de todos aqueles entes federativos (Constituição brasileira: art. 23, IX: É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico), o Juízo Federal da 17ª Vara de Belo Horizonte, rejeitou o pedido (Brasil, TRF1, 2000) registrando:

18. Voltando os olhos, agora, para a situação hermenêutica vazada neste processo - uma vez frustrado o espaço público aberto com a integração de todos os entes políticos responsáveis(?!!!) constitucionalmente pela política habitacional, vez que alegam ilegitimação e deixam (pasmese!) ao alvedrio deste Juízo decidir, o que requer, segundo eles, a procedência do pedido para retirar centenas de famílias que se alojaram em barracos construídos à margem do anel viário desta cidade - não se vê como possa este Juízo acolher o pedido, o que demandaria, conseqüentemente, uma decisão no âmbito de política pública habitacional para estabelecer para onde irão as centenas de famílias, decisão essa que não pretendem partilhar com este Juízo, que atuaria como mediador. Isso definitivamente não é do interesse dos entes públicos envolvidos. Querem que o Judiciário resolva! E assim agem de forma insincera, com total ausência de retidão de procedimento e escamoteando a verdade que não é outra: o fracasso da política pública da União, do Estado de Minas e do Município de Belo Horizonte no âmbito da habitação! 19. Frustrado o espaço público e uma possível mediação neste processo, não há como este Juízo desalojar as famílias que já se encontram há mais de 10 (dez) anos residindo às margens e sob os viadutos da BR 262, sob condição abaixo do mínimo existencial para expô-las ao relento. O mínimo existencial (mínimo?) requer, por ora, que as famílias permaneçam onde estão até que os decisores políticos adotem uma política habitacional condizente e dali elas sejam retiradas, dito de outro modo: cumpram com a promessa estabelecida na diretriz constitucional!

Essa conclusão, como se pode perceber, foi alçada a partir do nível de argumentação traçado neste capítulo. Com efeito, sem receio de esvaziamento solidarístico, a opção pelo princípio dignitário serviu de *locus* para a decisão e propiciou um desdobramento da fundamentação descortinando a precariedade da política pública de habitação dos entes federados e chamando-os para assumir suas responsabilidades, a partir de uma discussão dialógica, sob a mediação judicial. Ao seguir esse caminho, a decisão, que revela a intenção do juízo de mediatizar a questão, projetou a atuação da jurisdição por um viés democrático [frustrado, como se viu, diante da postura processual assumida pelos entes públicos] à guisa de partilhar valores e interesses comunitários, na

linha da concepção dirigida à legitimação da judicialização da política esboçada por Canotilho (2008) e por Bolzan de Moraes (2002).

Mas o debate judicial sobre as prestações sociais essenciais relativas ao direito à moradia tem ensejado grande repercussão, nem sempre devidamente acurada pelos juízos e tribunais, quando estão em causa as políticas públicas estabelecidas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Com efeito, o tom e o dom do discurso jurídico têm matizado posição em defesa de argumentos de política em detrimento de argumento de princípio, salvaguardando o capitalismo como núcleo econômico do liberalismo.

Como se sabe, arrasta-se por longos anos a luta dos mutuários do SFH vetorizada para dois aspectos: a) conseguir pagar o encargo mensal do financiamento que aumenta em desproporção com o salário; b) conseguir liquidar o financiamento em face da majoração do saldo devedor por indexadores econômicos que não são os mesmos da equivalência salarial. As decisões têm sido as mais diversas. De regra, os interesses capitalistas têm sido sufragados, não tendo a jurisprudência logrado alcançar uma análise de viés principiológico em defesa do direito à moradia, ou seja, não conseguiu articular uma conformação para a política pública do setor que impusesse ao órgão gestor (Conselho Monetário Nacional), a obrigação de estabelecer compensações de carência, que se podem justificar pelos vícios que maculam o sistema em detrimento do mutuário. Com efeito, algumas indagações retratam esse cenário e não obtiveram, de regra, resposta na argumentação deduzida por juízes e tribunais: a) como se pode pagar o encargo se em decorrência dos parcos percentuais de aumento de salário a equação financeira entabulada no momento da assinatura do contrato, que retrata o percentual de comprometimento de renda, não é mantida? b) como liquidar, ao cabo do tempo contratual, o saldo devedor se o indexador da prestação, de regra atrelado à variação salarial não é o mesmo utilizado para reajustar o saldo devedor que se vincula a indexadores altamente rentáveis das operações de mercado?

As respostas dadas pelo Judiciário penderam para não domesticar o litígio num conflito entre princípio *versus* política pública, ou seja, entre o direito à moradia como mínimo existencial para assegurar a dignidade da pessoa humana e o implemento de políticas públicas salarial (Constituição brasileira: art. 7º, IV) e de habitação (de responsabilidade de todos os entes federativos (Constituição brasileira: art. 23, IX). O litígio foi, a bem da verdade, guiado para fugir a esse debate e ser colocado apenas no plano da análise econômica, fazendo com que as instituições financeiras privadas, mutuantes, aparecessem como o agente capaz de atuar e proceder as compensações de carência necessárias a garantir a socialidade.

Isso aconteceu, primeiramente, quando a jurisprudência do STJ afastou das lides a participação da União (representando o Conselho Monetário

Nacional - CMN) como litisconsorte passivo⁵. Dado o passo decisivo, naturalmente seguido com vendas nos olhos pelos demais juízos e tribunais - o caminho para domesticação do direito pela economia estava aberto e, a partir daí, sobrevieram decisões que determinam o respeito ao contrato (*pacta sunt servanda*), porque se encontrava frustrada qualquer possibilidade de conformação de natureza compensatória da política pública em face da exclusão do órgão gestor. Houve, por assim dizer, e como lembra Bolzan, uma apropriação privada do espaço e das prestações públicas em detrimento da socialidade. (Bolza de Moraes, 2008, p.189).

Houve, é bem verdade, uma sinalização jurisprudencial no seio do Superior Tribunal de Justiça no sentido de, prestigiando a socialidade do direito à moradia, imprimir uma conformação de natureza compensatória com a determinação de que o saldo devedor fosse reajustado pelo mesmo indexador das prestações, ou seja, pelo critério da equivalência salarial, na verdade o único meio hábil a ensejar equilíbrio e o cumprimento do contrato. Vale conferir a seguinte ementa⁶:(Brasil, STJ, 1996)

DIREITO CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. VINCULAÇÃO AOS VENCIMENTOS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUÁRIO. 1 - “Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) - o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico; b) - o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento as necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) - o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte; d) - o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato. 2 - Há de ser considerada sem eficácia e efetividade cláusula contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados as cadernetas de poupança,

⁵ *Inter Plures*, o REsp 114615/BA, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 26/05/1997, cuja ementa consigna: “SFH. Reajuste das Prestações. Legitimidade Passiva. Interesse da CEF. Exclusão da União Federal. 1. Apenas a CEF, como sucessora do BNH, deve figurar no pólo passivo das ações referentes aos reajustes das prestações dos financiamentos do SFH. 2. Inteligência do art. 1., par. 1., do DEL 2.291/1986. 3. Recurso Especial conhecido e provido para, acolhendo a preliminar de ilegitimidade da União, excluí-la do feito e determinar seja nele mantida a CEF.” Na hipótese, a CEF era o agente financeiro mutuante.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. REsp 101061/PB, rel. Min. José Delgado, DJ de 29/10/1996.

adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial, vinculando-se aos vencimentos da categoria profissional do mutuário.⁷

Como se vê, a decisão prima por tirar a socialidade do lugar incerto em que foi colocada diante da política habitacional desenvolvida pelo SFH impregnada pela falta de compromisso sério com as promessas de modernidade estabelecidas na Constituição, porque guarnecida sob o influxo da eficiência que esconde, na verdade, o ideal liberal-capitalista da dessolidarização empresarial.

À indicação jurisprudencial do STJ alinhou-se, em alguns julgados, a Corte Federal da 1ª Região⁸ fazendo ver que a tese contrária, que julgava ilegítima a imissão judicial no contrato para invalidar cláusula a ponto de estabelecer o mesmo indexador para reajustamento da prestação e atualização do saldo devedor e que se amparava no equilíbrio e preservação do sistema a fim de garantir o retorno integral do valor mutuado, não podia prevalecer na exata medida em que os rendimentos dos recursos captados no sistema financeiro e destinados ao SFH são significativamente inferiores aos encargos dos contratos para aquisição da moradia própria.

A definição da matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, STJ, 2005), fez-se de tal forma singela, superficial e rápida, como se estivesse em causa um simples cumprimento de dever funcional e não uma questão de tamanha relevância como essa. Com efeito, não obstante o julgamento na Segunda Seção tenha sido apertado – a diferença foi de apenas um voto – até os votos favoráveis à atualização do saldo devedor pelo mesmo critério da equivalência salarial dessubstanciam a causa e apontam fundamentação reduzida aos precedentes das turmas. Não houve qualquer preocupação em olhar em sentido às argumentações antes deduzidas por algumas Cortes Federais Regionais e alguns Tribunais de Justiça. Um olhar sobre os votos vencedores revela aquilo que aqui temos tanto insistido: as práticas jurídicas ainda se voltam para divisar a validade de normas (textos), sem qualquer contextualização, como se impunha, na hipótese, a fim de perquirir se havia mesmo desequilíbrio do sistema se se adotasse o critério da equivalência salarial para atualização do saldo devedor. Em outras palavras, a verdade ficou velada porque em nenhum voto

⁷ No mesmo sentido: REsp 335171/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05/08/2002; REsp 150347/SE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 10/04/2000; REsp 149861/SE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 03/04/2000; REsp 140893/BA, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 21/02/2000; REsp 194086/BA, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 20/09/1999; REsp 194932/BA, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 26/04/1999; REsp 157841/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 27/04/1998, e REsp 85521/PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 03/06/1996.

⁸ Conferir, entre outros, os seguintes: AC 1999.01.00.066553-4/BA, DJ de 12/06/2003; AC 1999.01.00.075668-5/BA, DJ de 03/07/2003; AC 1999.01.00.072982-1/BA, DJ de 13/03/2003, AC 1999.01.00.119267-1/BA, DJ de 23/01/2003.

a atenção aos fatos históricos e a análise da cotidianidade, que na contextualidade impõe a necessidade de analisar, explicitar, enfim, interpretar os fatos ao escopo de permitir o desvelamento da compreensão a partir da totalidade da estrutura existencial, foram enfrentadas.

A lesão ao princípio democrático do dever de fundamentar restou configurada em patamar intolerável. Com efeito, eis a fundamentação integral de um dos votos: “Sr. Presidente, desde 1976 julgo matéria do Banco Nacional da Habitação e nunca houve dúvida sobre o Plano de Equivalência Salarial. As prestações são corrigidas de acordo com a variação salarial de cada mutuário. O saldo devedor sofre atualização de modo uniforme para todos os mutuários, sem consideração ao PES. Acompanho a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, conhecendo do recurso especial e lhe negando provimento.” (Brasil, STJ, 2005)

Definida assim a matéria no âmbito do STJ, a defesa da socialização do direito à moradia voltou-se para excluir os juros capitalizados decorrente da amortização em percentual insuficiente em face do reajustamento da prestação em percentual mínimo diante dos parcos índices de aumento salarial que a massa trabalhadora experimentou nas últimas décadas. Aqui, a tacada ao núcleo econômico do liberalismo foi tão ínfima, já que apenas se determinou que o valor relativo à amortização negativa que era levado ao saldo devedor gerando a incidência de juros sobre juros fosse contabilizado em apartado e sujeito apenas à correção monetária. Essa compensação de carência, porque ínfima diante dos interesses em causa, não atingiu gravemente os interesses capitalistas e mereceu o acolitamento, inclusive do STJ.⁹

E o Supremo Tribunal Federal? O que diz disso tudo? Nada! Para a Suprema Corte, a questão não é constitucional:

DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. CONTRATO DE MÚTUO. TR. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. SÚMULA STF 454. 1. O debate acerca da utilização da TR como índice de atualização do saldo devedor nos contratos do sistema financeiro de habitação é de nível infraconstitucional (Lei 4.380/64). 2. A apreciação do apelo extremo demanda o reexame de cláusulas contratuais (Súmula STF 454). Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (Brasil, STF, 2010)

⁹ Conferir, *inter plures*: TRF1: AC 0037246-77.2001.4.01.3800/MG, rel. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (Conv.), e-DJF1 de 26/02/2010; TR4: AC 0030159-85.1998.404.7100, rel. Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 24/03/2010; TRF4: AC 0032862-42.2005.404.7100, rel. Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 17/03/2010; STJ: REsp 1070297/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 18/09/2009.

O projeto estatal que se desenvolve na sociedade brasileira, que de regra carrega similitude com outros Estados da modernidade periférica, “revela um modelo de estado com qualitativo democrático – que o distingue tanto do Estado “Liberal” de Direito quanto do Estado “Social” de Direito, embora tenha nascido sob o influxo do neo-constitucionalismo, carregando a marca de um projeto de *transformação social*”, que muitas vezes se vê efetivamente desvinculado de uma finalidade transformadora da sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social como projeto político-constitucional, o que não é sem consequências, posto que, assim sendo, ele se mantém vinculado às dores e delícias de ser o que é..., pontua Bolzan. (Bolzan de Moraes, 2008, p.184-185)

CONCLUSÃO

A experiência democrática contemporânea convive com uma sociedade hipercomplexa altamente contingente onde o equacionamento dos riscos, a fim de se evitar frustração de expectativas, constitui a tônica do *paradigma da precaução* que frequentemente interdita o diálogo democrático que se vê substituído pelo discurso da eficácia da economia sobremodo quando está em causa a satisfação dos Níveis Essenciais de Prestação Social, destacadamente a educação, a saúde e a moradia.

Nesse contexto, o nível de argumentação das decisões judiciais deve refletir uma racionalidade que privilegie a situação hermenêutica amparada na consciência dos efeitos da história que permite a compreensão de nossa finitude a partir da qual desenvolvemos nossa facticidade dentro de determinada contextualidade.

É sob o pálio de uma decisão assim erigida que se constrói uma verdade contextual, que privilegiando *argumento de princípios* em detrimento dos *argumentos de política*, apresenta-se apta a, de um lado, bloquear discricionariedade e solipsismo judicial e, de outro, interditar os efeitos destilados pelo núcleo de suporte do neo-capitalismo-liberal em defesa da eficiência econômica e garantir a governança da socialidade ao assegurar níveis desejáveis de eficácia dos direitos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2008, disponível em www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582.

BARROSO, Luís Roberto. Pronunciamento no colóquio *Políticas Públicas e Saúde* - Integralidade do Sistema, integrante da audiência pública realizada no dia 06/05/2009, no STF, sobre o direito à saúde, disponível em www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: **Constituição e Estado Social**: Os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STJ. AI 746435 AgR/DF, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 05/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 79203/PR, decisão monocrática do Min. Presidente Gilmar Mendes, disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo:verProcessoDetalhe.asp?numero=244&classe=ST

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF . www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude,

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 101061/PB, rel. Min. José Delgado, DJ de 29/10/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 1130187/ES, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 20/10/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 114615/BA, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 26/05/1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 335171/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05/08/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ REsp 150347/SE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 10/04/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 149861/SE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 03/04/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 140893/BA, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 21/02/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 194086/BA, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 20/09/1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 194932/BA, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 26/04/1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 157841/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 27/04/1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 85521/PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 03/06/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Precedente uniformizador da 2ª Seção: REsp 495019/DF, rel. p/acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 06/06/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. STJ: REsp 1070297/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 18/09/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 1ª Região. AC 2006.38.00.012579-3/MG, rel. Juíza Federal Maria Laura Martins Moraes Tayer (conv.), e-DJF1 de 07/08/2009;

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 1ª Região. AC 2005.32.00.0068354-3/AM, rel. Juíza Federal Maria Laura Martins Moraes Tayer (conv.), e-DJF1 de 03/07/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 1ª Região. AC 1999.01.00.066553-4/BA, DJ de 12/06/2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 1ª Região. AC 1999.01.00.075668-5/BA, DJ de 03/07/2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 1ª Região. AC 1999.01.00.072982-1/BA, DJ de 13/03/2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 1ª Região. AC 1999.01.00.119267-1/BA, DJ de 23/01/2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 1ª Região. AC 0037246-7.2001.4.01.3800/MG, rel. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (Conv.), e-DJF1 de 26/02/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 2ª Região. AC 368575 (Proc. nº 2004.50.01.003484-6/RJ), rel. Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa, DJU de 03/12/2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 3ª Região: AG 281217/SP (Proc. nº 2006.03.00.097428-6), rel. Desembargador Federal Nery Júnior, DJU de 12/09/2007;

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 3ª Região. AG 292368/SP (Proc. nº 2007.03.00.011897-0), rel. Desembargador Federal Johansom Di Salvo, DJU de 05/09/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 4ª Região. AC 2004.70.09.001946-1, rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha (Conv.), D.E de 09/12/2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 4ª Região. AC 0030159-85.1998.404.7100, rel. Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 24/03/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 4ª Região. AC 0032862-42.2005.404.7100, rel. Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 17/03/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF da 5ª Região. AC 429482/CE (Proc. nº 0011798-53.2005.4.05.8100), rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJ de 29/05/2008.

BRASIL. Justiça Federal de 1ª Instância. Processo nº 2006.38.00.012579-3, 17ª Vara Federal de Belo Horizonte.

BRASIL. Justiça Federal de 1ª Instância. Processo nº 2000.38.00.004900-8, 17ª Vara Federal de Belo Horizonte.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Apelação nº 71523/2008, rel. Juiz Mauro Bianchini Fernandes (Conv.), DJ de 29/06/2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”**, 2008. In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm .

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, n. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPÍTULO 6

AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA NA REALIDADE PENAL BRASILEIRA

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

1. INTRODUÇÃO

O problema da superlotação de estabelecimentos prisionais tem sido frequente nos países da América Latina¹, conforme comprovam estudos conduzidos por instituições como Universidade de Essex, Anistia Internacional e Federação Iberoamericana de Ombudsman, situação que contraria tratados de direitos humanos, como também legislações internas. Essa situação, que não é diferente no Estado brasileiro, emperra o sistema de justiça penal estatal.²

A superlotação carcerária brasileira é resultado do número insuficiente de estabelecimentos prisionais, como também do número excessivo de presos provisórios, alvo da criminalização secundária elitista e antidemocrática, que está estruturada para atingir a camada menos beneficiada socialmente.

Deste modo, a situação prisional brasileira caracteriza um *estado de coisas inconstitucional*,³ situação que se apresenta quando houver a existência de

¹ “Entre os dez países cujas prisões são as mais povoadas do mundo, há quatro latino-americanos. O Haiti encabeça a lista, com uma taxa de ocupação carcerária de 416%. Seguem-se El Salvador, em quarto lugar, com 320% de superpopulação; Venezuela (270%) em sétimo; e Bolívia (256%) em oitavo, segundo dados do Centro Internacional de Estudos Penitenciários da Universidade de Essex (ICPS). A superpopulação no Paraguai atinge 131%, mas em seu principal centro, a Penitenciária Nacional de Tacumbú, essa cifra pula para 333%, segundo informes da Defensoria Pública desse país.” (EL PAÍS, 2018).

² “O Brasil ocupa o posto 35 na lista dos maiores índices de superpopulação carcerária, com 172%. [...] Quase metade das prisões do país não têm cama para todos os reclusos, e em um quarto delas não há colchão para todos. O banho é de água fria em 66% das prisões, e em 40% delas não se oferecem artigos de higiene pessoal, segundo a Procuradoria dos Direitos do Cidadão.” (EL PAÍS, 2018).

³ O Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo e, considerando que “confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel

generalizado quadro de violação de direitos fundamentais causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente do Poder Público em modificar a conjuntura, de modo que apenas a atuação do Poder Público, em conjunto com as demais autoridades estatais, pode alterar a situação inconstitucional. (Andrade; Morais, 2017).

O conceito de estado de coisas inconstitucional foi desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia, no ano de 1997, por intermédio da *Sentencia de Unificación* (SU), que entendeu que a Suprema Corte nacional pode atuar no sentido de corrigir situações graves de violação de direitos fundamentais. (Andrade; Morais, 2017).

Diante dessa realidade, no ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou o projeto *Audiência de Custódia*, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. Nessa audiência de custódia o acusado é apresentado e entrevistado pelo juiz de direito, numa audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Tem-se por objetivo, por intermédio da audiência, que o magistrado analise a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da sua continuidade ou de eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O magistrado poderá também avaliar a ocorrência de irregularidades, tais como a tortura ou os maus-tratos.

Importante destacar que as audiências de custódia estão previstas, há mais tempo, em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica⁴), porém não eram aplicadas até 2015, ano do lançamento do projeto, como destacado.

Considera-se a audiência de custódia uma medida que objetiva à efetividade da justiça penal, haja vista realizar um diagnóstico prévio sobre a necessidade da privação da liberdade do preso durante a fases pré-processual e processual, ou seja, antes da condenação, em respeito aos princípios da

atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.” (trecho da petição inicial da ADPF 347). A primeira decisão sobre o tema foi de 1997, envolvendo uma demanda de professores que questionaram judicialmente a perda de alguns benefícios sociais. No caso concreto, como havia muitos professores na condição de demandantes, a Corte optou por declarar “o estado de coisas”, contrariando a Constituição, exigindo a definição de uma solução uniforme.

⁴ O artigo 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica traz: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

presunção de inocência e da necessidade da privação provisória da liberdade, que devem se harmonizar.

Em relação às características e dados do sistema penal do Brasil, que é o quarto país que mais encarcera pessoas⁵, observa-se que a população carcerária brasileira é de 600 mil presos, sendo 240 mil os presos sem condenação, com um custo anual de R\$ 36 mil reais por preso, gerando um gasto total anual de 21,6 bilhões de reais. O tempo médio de duração das medidas preventivas é de 6 meses.

Diante de todo o exposto, ressalta-se que o objetivo do presente estudo é analisar as audiências de custódia como meio auxiliar na efetividade da justiça penal brasileira, considerando o acesso à justiça material um direito fundamental. Para isso, a pesquisa utilizará, principalmente, de material bibliográfico, tendo como base dados da realidade prisional brasileira.

Numa primeira seção temática, intitulada *Dogmática e racionalidade da privação de liberdade no moderno direito penal*, será estudada a função da privação de liberdade no contexto do atual Direito Penal. Por sua vez, na segunda seção temática, intitulada *Prisão e audiências de custódia: a questão da efetividade da justiça penal*, será analisada a audiência de custódia e suas características na realidade brasileira.

A pergunta que norteia a pesquisa é se as audiências de custódia são efetivas, podendo auxiliar na melhoria da situação carcerária brasileira. A hipótese é a de que o Estado brasileiro deve dispender esforços e recursos humanos e financeiros necessários para concretizar a realização das audiências de custódia, o que auxiliará na consecução da efetividade da justiça penal.

2. DOGMÁTICA E RACIONALIDADE DA PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO MODERNO DIREITO PENAL

O pensamento epicurista, apoiado no princípio utilitarista, sustenta que as penas devem ser utilizadas pelo Estado apenas quando forem realmente necessárias. Do contrário, devem ser dispensadas. Acontece que essa não foi a sistemática vista ao longo da história.

As penas, ao longo da maior parte da história humana, foram utilizadas para intimidação, castigo e crueldade, em aspectos desproporcionais, ofendendo, sem limites, a integridade física dos acusados.

Durante a Idade Moderna, filósofos como Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704) se ocuparam da finalidade da pena como sendo a intimidação sobre a população, para que não praticasse ato semelhante àquele praticado pelo condenado, como também em relação ao delinquente, para que esse não reincidisse.

⁵ Estando atrás de Estados Unidos, China e Rússia, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional.

O pensamento francês oitocentista também é fundamental para a dogmática da pena. Nesse sentido, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu (1689-1755), por intermédio das *Cartas Persas* (1721) e do *Espírito das Leis* (1748) critica o sistema penal vigente até então. Sua defesa era a reforma penal e a separação dos poderes, com a independência do Poder Judiciário, como também a moderação das penas, sustentada nos princípios da proporcionalidade e da reserva legal.

Nessa época, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1738-1794), influenciado pelo pensamento de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), escreve sua obra-prima, *Dei Delitti e delle pene* (1764), ocasionando drásticas alterações na filosofia e na dogmática do Direito Penal, defendendo a humanização das penas, questionando a crueldade em sua aplicação à época, como também a própria pena de morte, incompatível com o contrato social.

É nesse ambiente do Iluminismo que se desenvolvem as escolas penais, que podem ser conceituadas como doutrinas que investigam institutos como o crime, o delinquente e a pena. O resultado dos esforços das escolas penais foi a elaboração dogmática de três teorias da pena, que serão analisadas na subseção seguinte.

2.1. As tradicionais finalidades da pena: teorias da pena

Como resultado do pensamento das escolas penais, três teorias tentaram explicar as finalidades da pena: *i) teoria absoluta*: focando a finalidade da pena na *retribuição*; *ii) teoria relativa*: defendendo a finalidade *preventiva* da pena; e *iii) teoria mista* (também denominada *teoria da união*): tendo a pena as finalidades *retributiva* e *preventiva*.⁶

As teorias absolutas renunciam a todo conteúdo empírico ou programático, objetivando retribuir para garantir a justiça ou o direito. “Desde essa perspectiva, a pena é um dever do estado civil, como defesa e sustento deste, que encontra seu conteúdo e limite no Talião (Kant). Também, a pena fundamentava-se por meio do conceito de direito”. (Raizman, 2011, p. 29).

Immanuel Kant (1724-1804) elabora a sua *doutrina do direito*, desenvolvendo sua filosofia da pena para o Direito Penal por intermédio da obra *Metafísica dos Costumes* (1797). Segundo o filósofo de Königsberg, haveria um *direito de punir*, pertencente ao Estado Soberano, livre para impor sanções e de infligir dor ao súdito que tivesse cometido um crime. (Kant, 2017).

Esse direito decorreria de um princípio de *Justiça*, a ser perseguido e aplicado sob quaisquer circunstâncias, sob pena de desaparecida a justiça, caso

⁶ Aqui é importante ressaltar ser mais adequado se referir a *teorias* e não *teoria*, haja vista existir mais de um postulado para cada uma dessas teorias.

não fosse infligida a um acusado.⁷ “Por isso, e porque a justiça não poderia ser comprada por qualquer preço, seriam inaceitáveis atitudes utilitaristas por parte dos Tribunais, tal como se vê no Evangelho de João, do tipo: ‘É melhor que um homem morra do que pereça um povo inteiro’”. (Pacelli; Callegari, 2015, p. 38). Pelo fato de rejeitar qualquer finalidade externa, Kant entende não possuir, a pena, caráter absoluto. Neste sentido:

Para Kant, então, deve se rejeitar qualquer *finalidade externa* na pena pública. O homem, como um fim em si mesmo, e como *ser* dotado de personalidade inata, jamais poderia ser *utilizado como meio* para obtenção de algum bem ou proveito dele próprio ou da sociedade civil, sob pena de se dar a ele um tratamento inerente àquele destinado aos *objetos* e às *coisas*. Nesse ponto, ele rejeita definitivamente os fins *preventivos* da pena. (Pacelli; Callegari, 2015, p. 38).

Deste modo, a punição do criminoso resultaria de um *imperativo categórico*, entendido esse como um dever incondicional, inserido na regra do agir do sujeito de modo objetivo, com pretensão de validade universal, ou seja, para todos os homens que se deparassem com aquela finalidade de ação.

Kant ilustra a característica de dever incondicional com o exemplo de uma sociedade que será dissolvida, por comum acordo entre seus moradores. Neste caso, ainda que todos os habitantes da sociedade resolvam se dispersar, caso haja um último assassino restante na prisão, este deverá ser morto. Ainda que ninguém assista à sua execução, a finalidade retributiva se faz obrigatória, não se preocupando com finalidade preventiva.

Kant visualiza na Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), o único meio de se concretizar o princípio da igualdade na retaliação. Aquele que furtasse de outrem, furtaria de si mesmo; aquele que insultasse alguém, insultaria a si mesmo.

Friedrich Hegel (1770-1831) também inclui uma função retributivista da pena. Deste modo, Hegel “discute a pena pública na perspectiva dialética, a partir de uma concepção própria de Estado e de Direito”. (Pacelli; Callegari, 2015, p. 39).

É conhecida sua formulação que apresenta o crime como uma *negação* do direito; e que, como tal (negação do direito = negação da liberdade), deveria também ser *negada*, a fim de que o Direito viesse a ser restaurado. Daí, a *pena*

⁷ Interessante a observação de Jorge de Figueiredo Dias: “[...] uma pena retributiva esgota seu sentido no mal que faz sofrer ao delinquente como compensação ou expiação do mal do crime, nesta medida é uma doutrina puramente social-negativa, que acaba por se revelar não só estranha, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente e restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime; inimiga em suma, de qualquer atuação preventiva e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade”. (Dias, 1999, p. 95-96).

pública seria o modo pelo qual se *negaria* o crime como vontade *existente*, restaurando o Direito e tornando possível a liberdade. (Pacelli; Callegari, 2015, p. 39).

Em breve *síntese*, Kant adota uma retribuição *moral*, enquanto Hegel, uma retribuição *jurídica*.

Enquanto as teorias retributivas (absolutas) consagram um castigo, retribuição pelo mal causado, as teorias preventivas (relativas) consideram a pena um mecanismo para prevenção do crime e da criminalidade. Essa *preworkin-gênção* pode ser *geral* ou *especial*. A prevenção geral se relaciona a todos os interessados na manutenção da ordem jurídica, enquanto a prevenção especial se relaciona ao próprio condenado, com o objetivo de se obter dele, por adesão ou por receio, a não reiteração de seu comportamento criminoso.

A prevenção geral e especial pode ser também *positiva* ou *negativa*. Por prevenção geral positiva pode-se entender a pretensão da pena de reforçar a confiança na força, na coercibilidade e na utilidade do Direito, “que se apresentaria, então, como uma necessidade de segurança pública e de estabilidade social”. (Pacelli; Callegari, 2015, p. 44). Neste mesmo sentido, destaca-se que a prevenção geral positiva consiste em reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal, visando, por conseguinte, à demonstração da vigência da lei penal.

No segundo caso, por intermédio da prevenção geral negativa, a pena não objetivaria a adesão do condenado, mas sim sua *intimidação*. Deste modo, a ameaça da privação da liberdade ou da restrição de direitos faria com que não ocorresse a prática do crime. Um dos mais importantes articuladores do caráter negativo da prevenção foi o jurista alemão Paul Johan Anselm V. Feuerbach (1775-1833), em fins do século XVIII, por intermédio da teoria da *coação psicológica* da pena. Deste modo, a pena deve demonstrar que o crime não compensa, haja vista que ao seu responsável será inevitavelmente imposta uma pena, assim como aconteceu em relação ao condenado punido.

Para a teoria da prevenção especial interessa o transgressor da norma. Nesse sentido, a pena deve ser um meio para a sua recuperação, evitando que cometa outros crimes. As teorias da prevenção especial se subdividem em: *i*) teoria da prevenção especial negativa; e *ii*) teoria da prevenção especial positiva.

A teoria da prevenção especial negativa tem como sustentáculo o isolamento ou o aniquilamento físico do transgressor da norma. Já a teoria da prevenção especial positiva tem como base o tratamento do condenado para sua reeducação e ressocialização. São as denominadas ideologias “re” (ressocialização, reeducação).

Por sua vez, para as teorias da prevenção geral, os destinatários são todos os sujeitos formadores do grupo social.

Por vias da intimidação, procura-se dissuadir os potenciais delinquentes a fim de que se abstenham de cometer delitos. Afirma-se que se neutralizam os impulsos para a ação quando todo cidadão sabe, com certeza, que à infração seguirá um mal maior que aquele que surge da não satisfação da necessidade depois de uma ação (Feuerbach). (Raizman, 2011, p. 29).

É razoável afirmar ter o Código Penal brasileiro de 1984 adotado a teoria mista, em decorrência da interpretação feita do seu artigo 59, que traz como circunstâncias judiciais a culpabilidade do agente, seus antecedentes, sua conduta social, bem como o papel da vítima na concretização do ilícito penal.

Em que pese todo o discurso elaborado por intermédio das teorias absolutas, relativas e mistas, em torno do Direito Penal e da questão penal, atualmente vozes advogam a abolição do Direito Penal, entendendo o seu fracasso.

Esse movimento denominado *Abolicionismo Penal*, tem em Louk Hulsman (Holanda) e Nils Christie e Thomas Mathiesen (Noruega), os seus maiores representantes. O Abolicionismo Penal insere-se num movimento de política criminal dito *intervencionista*, ou seja, apregoa a ampliação do controle estatal por intermédio do Direito Penal. De outro lado, os movimentos não-intervencionistas pretendem a diminuição do controle estatal na questão penal.

A teoria abolicionista de Hulsman é *radical*, considerando as penas *perdidas*, ou seja, representam um sofrimento inútil. O desaparecimento do sistema penal, de acordo com Hulsman, criará novos mecanismos de justiça.

Apesar da elaboração teórica, o abolicionismo recebe críticas ásperas, principalmente em decorrência da fascinação provocada pelo delito. Essas críticas passam também por um intrelaçamento entre penas, direito e moral.

Assim como a prisão como pena, ou seja, sua aplicação como resultado da sentença condenatória, resultado de um processo penal concluído, as prisões provisórias, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente as prisões preventiva e temporária, devem ocorrer em último caso, haja vista proporcionarem um mal ao preso, muitas vezes insuperável, haja vista os estigmas da criminalização.

Ainda que considerado inocente, uma pessoa que enfrente o sistema penal na condição de réu, jamais terá sua imagem na situação anterior a esse enfrentamento penal. Deste modo, paira um sentimento de desconfiança em relação à sua absolvição, proporcionando, em alguns casos, a dúvida acerca do processo, que, no imaginário popular, pode não ter sido conduzido de maneira correta, o que teria gerado a referida absolvição penal.

Enfim, toda a romantização das teorias penais (prevenção, retribuição e ressocialização) não ultrapassa as raias do discurso. Do contrário, a criminalização secundária é seletiva, excludente e elitista, como destacado.

3. PRISÃO E AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA PENAL

Uma das características dos modernos Estados democráticos é garantir, não somente o cumprimento das leis, como também o respeito absoluto aos direitos fundamentais. (García Ricci, 2015). Nesse sentido, a presunção de inocência, como também a vedação à prisão (*ultima ratio*), constitui um direito fundamental estruturador do Estado Democrático de Direito.

O desrespeito a esses dois princípios causa prejuízos de ordem financeira e principalmente jurídica para o Estado brasileiro, que mantém um número considerável de presos provisórios, negando-lhes a oportunidade de terem contato direto com o Estado-juiz.

Nas palavras de Ricardo Lewandowski: “pouco se pensa no custo financeiro do preso para o Estado. Isso para não falar no custo moral e no político. Levantamentos apontam que a nossa população carcerária custa mensalmente algo em torno de R\$ 1,5 bilhão para o erário”. (CNJ, 2016, p. 6).

As audiências de custódia, ainda nos dizeres de Ricardo Lewandowski, “demonstram que o contato do juiz com aqueles que são autuados em flagrante faz a diferença na maneira de prender e manter presa ou de libertar provisoriamente, mediante condições, uma pessoa”. (CNJ, 2016, p. 6).⁸

Além do principal objetivo, que é a manutenção do *status libertatis* do acusado, as audiências de custódia proporcionam economia considerável aos cofres públicos, evitando a construção de estabelecimentos prisionais, como também diminuindo os custos com manutenção de presos.

3.1. Um pouco sobre a implementação das audiências de custódia

As audiências de custódia, implementadas no ano de 2015, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme destacado no introito do pesquisa, se relaciona com o *estado de coisas inconstitucional*, situação levada à discussão no Poder Judiciário brasileiro, pela primeira vez, em maio de 2015, por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ajuizada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL)⁹ requerendo:

⁸ Nesse sentido, os números do CNJ, apontam que aproximadamente 45% de prisões desnecessárias foram evitadas. “Além disso, confirmam que, com o incentivo à utilização de medidas cautelares alternativas, como tornozeleiras eletrônicas, prisões domiciliares e restrições a direitos, é possível manter em liberdade pessoas que não representam perigo à sociedade”. (CNJ, 2016, p. 6).

⁹ Para Daniel Sarmento, o estado de coisas inconstitucional “é uma arma superimportante e superpoderosa que tem que ser usada com parcimônia para casos realmente extraordinários. Não é um instituto banal. Até porque, para esse instituto funcionar, o Supremo deve estabelecer diálogo com os outros poderes

Que o Supremo Tribunal Federal declare que a situação do sistema prisional brasileiro viola preceitos fundamentais constitucionais, em especial, a dignidade humana dos presos, determinando à União e aos Estados-membros que tomem medidas concretas com o objetivo de sanar as lesões aos seus direitos. (Morais; Andrade, 2017, p. 353).

Uma das medidas requeridas na ação foi que fossem implementadas no prazo máximo de 90 dias as audiências de custódia.¹⁰ Em sede de liminar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, além de que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios são cruéis e desumanas, deferindo o pedido de audiência de custódia e liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. (Morais; Andrade, 2017).

Somente naquele ano de 2015, quando da implantação das audiências de custódia, 565 mortes violentas foram registradas no sistema carcerário brasileiro, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Deste número, 60 mortes ocorreram no Estado do Maranhão, provocando o acionamento do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que recomendou a realização de audiências de custódia como medida para reverter o quadro prisional daquele Estado.

A causa das mortes, de acordo com avaliações de especialistas, foi a superlotação dos estabelecimentos prisionais, provocando aumento da tensão entre membros de facções criminosas rivais e agentes prisionais.

e depois acompanhar a efetivação das medidas eventualmente adotadas.” *In*: O impacto da importação pelo STF do Estado de Coisas Inconstitucional. **Jota**. Disponível em: <<https://jota.info/justica/o-impacto-da-importacao-pelo-stf-do-estado-de-coisas-inconstitucional-18092015>>. Acesso em: 7 maio 2017.

¹⁰ Na ação foram requeridas as seguintes medidas: i) o STF deveria obrigar que os juízes e tribunais do país: a) quando forem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentem essa decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP); b) implementem, no prazo máximo de 90 dias, as audiências de custódia; c) quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o quadro dramático do sistema prisional brasileiro; d) estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; e) abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e f) abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de “compensar” o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal. O STF deveria obrigar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ): g) coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f” acima expostas. O STF deveria obrigar que a União: h) libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

O projeto-piloto das audiências de custódia ocorreu no Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo, sendo posteriormente instituído em outras unidades da federação.

3.2. Características, objetivos e possíveis resultados das audiências de custódia

Procedimentalmente as audiências de custódia se caracterizam como uma ação mediante a qual o cidadão preso em flagrante deverá ser apresentado a um juiz de direito no prazo de 24 horas, mediante a presença de advogado ou defensor público. Nesse momento o magistrado analisará se a prisão preventiva poderá ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, adotando, em sendo cabível, medida cautelar diversa da prisão provisória.

O magistrado também deverá determinar a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a efetivação do ato de prisão.

Até aqui nada diferente daquilo previsto na sistemática do Código de Processo Penal brasileiro. Acontece que, apesar da previsão no *Codex* processual, tal medida representa, muitas vezes, letra morta, eis que esse procedimento não é realizado.

Deste modo, a audiência de custódia tem, justamente, a finalidade de assegurar esse direito fundamental do preso, por meio da apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências estatais de segurança pública.

No que se refere aos seus resultados, a audiência de custódia pode ensejar: *i*) o relaxamento da prisão ilegal eventualmente ocorrida, nos moldes do inciso I do artigo 310 do Código de Processo Penal; *ii*) a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, conforme inciso III do artigo 310 do Código de Processo Penal; *iii*) substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (artigo 310, inciso II, parte final e artigo 319 do Código de Processo Penal); *iv*) a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (artigo 310, inciso II, parte inicial do Código de Processo Penal); *v*) análise do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito e corroborando para a instituição de práticas restaurativas; *vi*) encaminhamentos de natureza assistencial; e *vii*) encaminhamento de providências para a apuração de eventual prática de maus-tratos ou de tortura durante a prisão. (Brasil, 2018b).

Importante ressaltar também que:

Além de incentivar a avaliação sobre a necessidade de manutenção das prisões, o programa de audiências de custódia também prevê a implantação de

centrais integradas de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal. É o suporte necessário para que o magistrado decida por alternativas à prisão. (Brasil, 2016, p. 13).

Apesar de toda a força argumentativa estatal realizada pela jurisprudência, diante de todo o recorrido percebe-se a desorganização do sistema penitenciário nacional, haja vista que as audiências de custódia, em essência, não trazem nenhuma novidade ao previsto na legislação processual penal. Ela apenas operacionaliza o que os dispositivos penal e processual penal estatuem em seus textos e que não são cumpridos pela agência punitiva estatal.

3.3. A discussão acerca da constitucionalidade das audiências de custódia

Em duas oportunidades o Supremo Tribunal Federal, com argumentos jurídicos e políticos, ressaltou a constitucionalidade das audiências de custódia, especificamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.240 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347.

Os argumentos políticos se relacionaram com a diminuição do número de presos e conseqüentemente com economia ao erário.¹¹ Por sua vez, os argumentos jurídicos ressaltaram os direitos à preservação da natural incoercibilidade humana, resguardando a liberdade individual, significando um gesto de respeito ao estado de liberdade e sobretudo uma reverência à lei fundamental da República.¹²

A ADPF, como ressaltado, tinha por objetivo a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Estado brasileiro, enquanto a ADI 5.240¹³ tratava de

¹¹ Tem-se como exemplos de argumentos políticos: “Com a adoção da audiência de custódia em todos os tribunais, deixaremos de prender anualmente cerca de 120 mil pessoas, representando uma enorme economia para o erário, da ordem de R\$ 4,3 bilhões por ano, que poderão ser destinados à saúde pública, à educação ou a outras ações em prol da sociedade”. (Ministro Ricardo Lewandowski, ADPF 347, 9. set. 2015). Ademais: “A providência [implantação das audiências e custódia] conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar. O custo médio mensal individual é de aproximadamente R\$ 3 mil”. (Ministro Marco Aurélio, ADPF 347, 27 ago. 2015).

¹² Em relação aos argumentos jurídicos, tem-se: “As audiências de apresentação tem revelado que quase 50% das pessoas presas em flagrante são colocadas em liberdade em no máximo 24 horas. A implementação dessa medida representa um gesto de respeito ao estado de liberdade das pessoas e sobretudo um gesto de reverência à lei fundamental da República”. (Ministro Celso de Mello, ADPF 347, 9. set. 2015). Ademais: “Entendo que essa é uma medida absolutamente necessária, que claramente se compreende no âmbito da defesa dos direitos básicos da pessoa, especialmente o direito à preservação da sua natural incoercibilidade, pois permite que o TJ promova um controle jurisdicional imediato sobre prisões em flagrante”. (Ministro Marco Aurélio, ADI 5.240, 20 ago. 2015).

¹³ A ação questionava provimento conjunto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado que trata do procedimento. Na ação a Associação dos Delegados frisava que a audiência somente poderia ser criada por lei federal e não por provimento autônomo, eis que

um pedido de declaração de inconstitucionalidade das audiências de custódia proposto pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil).

Deste modo, as audiências de custódia são constitucionais e representarão, se efetivamente realizadas, um avanço para a efetividade da justiça penal brasileira.

CONCLUSÃO

Atualmente o número de presos no Brasil ultrapassa a cifra de 600 mil pessoas, com um número de vagas nos estabelecimentos prisionais muito inferior a esse número. Além da superlotação, por consequência, são recorrentes as denúncias de más condições de alojamento, o que tem provocado problemas de saúde, rebeliões, violência interna.

Essa situação prisional caracteriza um estado de coisas inconstitucional, haja vista o generalizado quadro de violação de direitos fundamentais causado pela inércia e pela incapacidade reiterada e persistente do Poder Público em modificar essa conjuntura.

Na prática, infelizmente, a única medida estatal para aqueles que cometeram crimes é a prisão, que, por conseguinte, se transformou num mal necessário. Essa realidade criminógena ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, transformando em revolta o que deveria ser a ressocialização.

Parte considerável da população carcerária brasileira é formada por presos provisórios, ou seja, por aqueles que ainda não tiveram uma condenação transitada em julgado. Em sua maioria são presos preventivos que não tiveram a oportunidade de terem seus processos substancialmente analisados pelo Poder Judiciário.

Esse quadro de superlotação, aliado à impossibilidade de se analisarem concretamente os documentos relacionados à *persecutio criminis*, faz com que muitos acusados de cometerem delitos estejam provisoriamente presos, numa realidade que se contrapõe aos princípios do *in dubio pro reo* e sua variante, o princípio da presunção de inocência.

Objetivando enfrentar e atacar essa realidade, o Poder Judiciário brasileiro, após ter sido provocado por ADPF, iniciou o projeto das Audiências de Custódia. Importante destacar ter o Estado brasileiro somente efetivado em 2015 o referido instituto, que estava previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, ano de ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil.

Sendo a prisão provisória uma exceção, consistindo, a presunção de inocência, num direito fundamental, a audiência de custódia tem a finalida-

a competência para legislar sobre referida matéria seria do Congresso Nacional. No mérito, o STF entendeu que o provimento questionado não regulou normas de Direito, como também não interferiu na competência dos outros poderes. (BRASIL, STF, 2018c).

de de assegurar esse direito fundamental do preso, por meio da apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências estatais de segurança pública.

Os Estados que implementaram as audiências de custódia verificaram que metade das prisões preventivas são desnecessárias. Neste sentido, a redução pela metade das prisões provisórias gerará uma economia anual de 4,3 bilhões de reais, além de evitar a construção de 240 presídios¹⁴, representando uma economia total de 9,6 bilhões de reais.

Além do impacto positivo para o sistema carcerário, as audiências de custódia são potencialmente capazes de modificar o paradigma do sistema da justiça criminal. A cultura do encarceramento está impregnada nos atores da justiça criminal e da sociedade em geral, que não consegue perceber que a prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade.

É importante ressaltar também a necessidade de fiscalização das medidas descarcerizadoras. A audiência de custódia deve ser o início de um procedimento que é muito mais dilatado, ou seja, não basta a realização da audiência e uma possível aplicação de medida diversa da prisão, sem que haja uma concreta fiscalização e observação por parte do Estado.

É fundamental que as audiências realmente continuem e se aperfeiçoem na prática, não se materializando mais um instituto de legislação simbólica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE; Érica Patrícia; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Violação de direitos humanos e estado de coisas inconstitucional: a falência da política prisional e o massacre nas penitenciárias brasileiras. In: VASCONCELOS, Fernando Antônio de; AVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Direito penal, processo penal e constituição I**. Florianópolis: Conpedi, 2017, p. 340-359.

BELMIRO, Daniele. A superpopulação das prisões da América Latina atinge níveis críticos. *El País*, 28 ago. 2014. Internacional. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/08/27/internacional/1409162170_051108.html>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiência de custódia**. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018a.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 347 MC/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 20 mar. 2018c.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁴ De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (2016), o presídio-padrão comporta 500 presos, com custo de construção de 40 milhões de reais, em média.

- ESTEVAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro**: parte geral – princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GARCÍA RICCI, Diego. **Estado de derecho y principio de legalidad**. Cidade do México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.
- RAIZMAN, Daniel Andrés. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SARMENTO, Daniel. O impacto da importação pelo STF do Estado de Coisas Inconstitucional. **Jota**. Disponível em: <<https://jota.info/justica/o-impacto-da-importacao-pelo-stf-do-estado-de-coisas-inconstitucional-18092015>>. Acesso em: 17 mar. 2018.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- VASCONCELOS, Fernando Antônio de; AVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Direito penal, processo penal e constituição I**. Florianópolis: Conpedi, 2017, p. 340-359.

CAPÍTULO 7

O ESTUPRO COMO FORMA DE GENOCÍDIO E A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

Patrick Juliano Casagrande Trindade

RESUMO: A prática do crime de estupro contra as mulheres nos conflitos armados sempre foi tratado como uma estratégia de guerra. Este capítulo visa analisar o crime de estupro como forma de cometimento do crime de genocídio, demonstrando que a sua prática pode preencher os elementos constitutivos deste crime, quando perpetrados com a intenção de destruição, no todo ou em parte, de grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos. Pretendeu-se analisar quais as consequências e implicações geradas pela prática de atos de violência sexual nos grupos afetados, pesquisando marcos mais claros para sua constituição como crime de genocídio. Definindo-se o crime de genocídio como um crime praticado contra grupos e o estupro como um crime praticado contra a liberdade individual sexual, analisou-se a compatibilidade existente na prática de atos de violência sexual individual como forma de cometimento do crime de genocídio. Assim, buscou-se demonstrar que o estupro nunca pode ser admitido apenas como ofensa ao indivíduo, mas também como uma ofensa ao grupo, que tem sua proteção violada por estas práticas violentas. Com essa reflexão, pretendeu-se demonstrar que o pretendido reconhecimento acarretará numa maior efetividade do direito internacional aplicado em tempos de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro. Genocídio. Direito internacional. Grupos.

RESUMEN: La práctica del crimen de violación contra las mujeres en los conflictos armados siempre ha sido tratado como una estrategia de guerra. Este artículo pretende analizar el crimen de violación como forma de cometer el crimen de genocidio, demostrando que su práctica puede llenar los elementos constitutivos de este crimen, cuando se perpetra con la intención de destrucción, total o parcialmente, de grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Se pretendió analizar cuáles son las consecuencias e implicaciones generadas por la práctica de actos de violencia sexual en los grupos afectados, buscando marcos más claros para su constitución como crimen de genocidio. Al definirse el crimen de genocidio como un crimen practicado contra grupos y la violación como un crimen practicado contra la libertad individual sexual, se analizó la compatibilidad existente en la práctica de actos de violencia sexual individual como forma de cometimiento del crimen de genocidio. Así, se buscó demostrar que la violación nunca puede ser admitida apenas como ofensa al individuo, sino también como una ofensa al grupo, que tiene su protección violada por estas prácticas violentas. Con esa reflexión, se pretendió demostrar que el pretendido reconocimiento acarreará en una mayor efectividad del derecho internacional aplicado en tiempos de conflictos.

PALABRAS CLAVE: Violación. Genocidio. Derecho internacional. Grupos.

1. INTRODUÇÃO

Este capítulo visa apresentar as implicações que o crime de estupro cometido em tempos de conflitos armados, podem ensejar num determinado grupo, bem como as suas consequências irreparáveis dentro deste contexto.

Das várias formas de eliminação dos grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, o estupro nos conflitos armados vem se tornando uma prática sistemática de estratégia de guerra.

A prática de um ato sexual, quando forçado, configura-se em arma e estratégia de guerra, constituindo-se em ferramenta para humilhar, torturar, ameaçar, desestabilizar o próprio inimigo, ameaçar, passível de ser utilizado como instrumento para genocídio e limpeza étnica, ficando evidente o uso bélico na realização deste crime.

No primeiro capítulo buscou-se tratar da definição do crime de genocídio perante a direito internacional, colacionando os elementos constitutivos do delito em questão, para melhor adequação do estupro como forme de cometê-lo. No segundo capítulo, a pesquisa trouxe uma abordagem acerca de como o crime de estupro é tratado perante as normas internacionais e como eles ofendem os direitos humanos em tempos de conflitos.

No terceiro capítulo, o presente capítulo apontou, segundo a literatura utilizada, o primeiro caso julgado por um tribunal internacional onde se reconheceu a prática de atos de violência sexual como forma de cometimento de genocídio, tornando-se um marco na história do direito internacional sobre este reconhecimento. Por fim, no quarto capítulo, analisamos como a prática de atos de violência sexual em tempo de guerra podem acarretar na destruição, no todo ou em parte, de grupos ali envolvidos, adequando-se na definição de genocídio segundo sua definição pelas normas internacionais e, com isso, ensejando numa efetividade da incidência das normas internacionais aos casos parecidos.

A pesquisa utilizada foi a bibliográfica, desenvolvida a partir da análise de artigos científicos, livros e da legislação e documentos internacionais vigentes sobre a violência sexual contra as mulheres, na qual se buscou entender a prática do estupro como artifício para combater os inimigos em situação de guerra e eliminação dos grupos vencidos.

O método utilizado foi o dedutivo, partindo de uma abordagem geral para premissas particulares, buscando demonstrar que o uso bélico do estupro atende aos requisitos subjetivos e objetivos do crime de genocídio.

Portanto, este capítulo visa analisar a prática o estupro como estratégia de guerra e a sua discussão no cenário internacional.

2. O CRIME DE GENOCÍDIO E SUA DEFINIÇÃO JURÍDICA

Do grego *genos* (raça ou tribo) com o sufixo de origem latina *cídio*, derivado do vocábulo latino *caedere* (matar), surge o termo genocídio com base na busca à destruição das bases fundamentais da vida de um grupo, objetivando justamente a destruição deste grupo (Lippi, 2014).

Somente em 1946, através da Resolução 96-I, foi adotado pela primeira vez o termo genocídio, fundamentado pelas atrocidades cometidas pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, mas não direcionado somente a elas (Pereira Júnior, 2010).

Esta resolução afirmava que o genocídio é a negação do direito à existência de grupos humanos inteiros. Ademais, considerava que ele constitui um crime sob o manto do Direito Internacional, solicitando, nesta mesma resolução, que o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas promovesse estudos necessários a fim de começar a esboçar uma convenção sobre esse crime (United Nations, 1946, p. 188-189).

Assessorado por um grupo de especialistas, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas iniciou o projeto de uma convenção com a preocupação central de evitar a confusão do crime de genocídio com os crimes contra a humanidade, uma vez serem distintos (Shabas, 2007-2008).

Enviado para o Comitê sobre o Progressivo Desenvolvimento do Direito Internacional e sua Implementação para seus comentários, este órgão declinou esta tarefa de apresentar seus comentários para os Estados-membros, tendo pouca participação, o que fez com que o Comitê remetesse este tema à Assembleia Geral da ONU (Lippi, 2014).

Superada a fase de debates, em 1948, foi adotada a Convenção sobre o Genocídio pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ficando definida a autonomia e definição desta categoria jurídica de crime, passando a possuir a característica de uma infração penal de Direito Internacional (Lima, 2006).

A conclusão de que o genocídio precisa ser enfrentado, seja em contexto de paz ou de guerra, transpareceu no artigo 1º da Convenção: “As Partes Contratantes confirmam que o genocídio, seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime do direito dos povos, que desde já se comprometem a prevenir e a punir.” (Brasil, 1952).

Verificou-se, com isso, a autonomia da definição do crime de genocídio perante o direito internacional, passando a ser infração autônoma de competência dos tribunais internacionais.

Esta definição, diante da sua imprecisão, ficou a cargo da doutrina e jurisprudência, passando por vários conceitos e definições, justamente para trazer a sua adequação típica ao caso concreto, bem como respeitar os princípios norteadores do direito penal, dentre outros o próprio princípio da legalidade.

É definido por Renata Mantovani de Lima:

De acordo com a Convenção destinada ao genocídio, pode-se defini-lo como um ato de cometer qualquer uma das seguintes infrações: assassinato ou dano grave à integridade física e mental de membros de um grupo; submissão do grupo a condições de existência que acarretem sua destruição física; adoção de

medidas capazes de impedir a perpetuação do grupo; ou transferência forçada de crianças de um grupo para outro diferente, desde que sejam realizados com a intenção de destruir, total ou parcialmente, grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos (Lima, 2006, p. 108/109).

Trata-se, assim, de uma infração em que a vítima não é atingida em função de características ou qualidades individuais, mas unicamente por ser membro de um grupo (Lima, 2006).

A presença dos elementos objetivos do tipo, acima definidos e descritos no artigo 2º, parágrafo 2º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Ruanda, bem como no artigo II, da Convenção de 1948, perfazem a constituição do referido crime.

E mais, os referidos tipos penais vão além da configuração do referido crime apenas pelo seu cometimento, mas também a tentativa e a conspiração para cometê-lo, além da cumplicidade e incitação para tanto.

Por definição, grupos são sempre socialmente construídos. O grupo protegido não deve ser imaginado pelo agressor e sua existência deve ser objetiva. No entanto, ela não precisa ser comprovada científica ou factualmente, uma vez que o importante é que haja uma percepção compartilhada socialmente de que o grupo exista (Mettraux, 2005).

A sentença prolatada pela Câmara de Julgamento, no caso Akayesu - que veremos adiante - aponta que a intenção do legislador foi proteger apenas grupos estáveis, constituídos de forma a se verem como permanentes e cujo pertencimento ocorre por meio do nascimento. Diante disso, os critérios adotados para se definirem os grupos protegidos por esta Convenção é que a adesão de seus membros raramente seria desafiada por eles mesmos, pois ela seria vista como automática, contínua e, frequentemente, como irremediável. A Câmara de Julgamento, portanto, definiu que grupo nacional é um conjunto de pessoas percebidas como compartilhando um vínculo jurídico de cidadania comum, bem como uma reciprocidade de direitos e deveres; o grupo étnico, cujos membros compartilham uma mesma língua ou cultura; o grupo racial compartilha traços físicos, geralmente (mas nem sempre), ligados a uma região geográfica, independentemente de fatores culturais, nacionais, linguísticos ou religiosos; e o grupo religioso compartilha a mesma religião, denominação ou modo de adoração (International Criminal Tribunal For Rwanda, 1998).

No entanto, ainda que nos corpo da lei haja formalmente a proteção do grupo, nada impede que ela se estenda ao indivíduo, pois apenas pode haver destruição do grupo se for destruído o indivíduo que dele faz parte (Lippi, 2014).

O outro requisito que crime de genocídio deve possuir está ligado ao elemento subjetivo do tipo, isto é, a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso (Lippi, 2014).

Verifica-se que o delito é construído apenas na modalidade dolosa, não se admitindo a modalidade culposa. Este elemento subjetivo do tipo penal exige que haja, na conduta dos agentes, a clara intenção de eliminar grupos, justamente por ser este elemento que distinguirá este crime dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e de crimes comuns.

Ou seja, a vítima não sofre a conduta de forma individualizada, mas sim por fazer parte de um grupo, conforme destaca Akhavan:

o elemento subjetivo do genocídio no caput do artigo 2(2) como característica que distingue aquele crime, especificamente o requisito da intenção (dolo direto) de destruir, no todo ou em parte, um grupo [...] Esse elemento subjetivo se aplica a todos os atos materiais de genocídio enumerados no artigo 2(a)-(e) do Estatuto. Como esses atos – como assassinato e causar graves danos físicos e mentais – não são crimes internacionais por si sós, é a sua intenção específica que distingue o crime de genocídio de um crime ordinário [...] esse elemento subjetivo também distingue a esfera do Direito Penal Internacional do direito doméstico. (Akhavan, 2005, p. 992).

Portanto, o dolo específico de eliminar grupos, no todo ou em parte, deve ser demonstrado para que não se confunda com outros delitos.

3. O ESTUPRO E O SEU CONTEXTO NO DIREITO INTERNACIONAL

O estupro, de uma forma geral, é o ato de violência sexual praticado mediante violência ou grave ameaça, constringendo alguém à realização de atos de libidinagem, e que, cometidos em épocas de conflitos armados, constituem uma violação ao Direito Internacional Humanitário.

No entanto, no contexto internacional o crime de estupro demorou a ser tratado pelos diplomas internacionais diante da ideia de inferioridade feminina permeada durante séculos em detrimento a um discurso teórico masculinizado no cenário internacional.

Embora em meados do século XVIII já se sabia da existência de leis de guerra, ainda que baseada em costumes ou em códigos militares domésticos ou até mesmo em normas religiosas, foi apenas no ano de 1863 que os Estados Unidos da América elaboraram a primeira legislação internacional dos costumes de guerra, chamado de Código Lieber, que trouxe a proibição da prática do estupro, listado como um dos crimes de guerra mais grave quando cometido por aqueles em conflitos armados, no entanto, classificado como crime de disciplina da tropa (Azevedo, 2014).

Já em 1907, a Convenção de Haia trouxe a proteção das mulheres dispondo que os direitos de família, da vida das pessoas, de honra e da propriedade

privada deveriam ser respeitados, sem, contudo, mencionar expressamente a proibição do estupro. Após à Primeira e à Segunda Guerra Mundial, mesmo com claras evidências da prática deste crime, nenhum dos Tribunais Internacionais existentes manifestaram a esse respeito (Comparato, 2015).

No ano de 1949, quando realizada a IV Convenção de Genebra referente à proteção de civis em tempos de guerra, houve a aprovação de um artigo que fazia menção expressamente à violação sexual e à prostituição forçada. Após, já com os protocolos adicionais da referida Convenção, dispuseram que a mulher deveria ser objeto de especial respeito e proteção contra o estupro e outras formas de violência sexual em defesa da sua dignidade pessoal e da sua honra (Azevedo, 2014).

Apenas no ano de 1993, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas reconhece, pela primeira vez, a prática de estupro como crime de guerra. Ainda no mesmo ano, o Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia considera o estupro como crime contra a humanidade em suas sentenças condenatórias. De igual forma, em 1994, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda não só declara a prática do estupro durante os conflitos armados como delito contra a humanidade, mas também o considera como ato de genocídio (Comparato, 2015).

Em 1998, quando da aprovação do Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional, este estabeleceu, em seu artigo 7º, a tipificação do crime de estupro e outros atos de violência sexual como crimes contra a humanidade e, neste mesmo sentido, estabeleceu, em seu artigo 8º, que estas práticas são consideradas como crimes de guerra (Estatuto De Roma, 1998).

Assim expressa o artigo 7º do referido Estatuto:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

[...]

g) Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; (Estatuto De Roma, 1998)

O mencionado estatuto demonstrou seu caráter inovador, dando atenção especial aos crimes sexuais, inclusive exigindo em sua composição juízes especializados em determinadas matérias, como a violência contra as mulheres e crianças, conforme dispõe seu artigo 36.

Ocorre que, embora tratado pelos diplomas internacionais, fica evidente a ausência de uma norma cogente que possa definir o crime de estupro dentro dos instrumentos de direito internacional, uma vez que sua definição não

estar listado em nenhum tratado internacional de forma específica, o que dificulta a efetividade na aplicação das normas internacionais nesses casos.

O que se verifica é que a violência, como forma de praticar os delitos internacionais, é trazida em vários crimes definidos nos tratados. Porém, ainda que o estupro seja trazido nestes mesmos delitos e diplomas, não está designado como delito autônomo trazido por estes instrumentos internacionais, mas apenas como forma de cometimento.

Verifica-se, através dos instrumentos internacionais existentes, a preocupação com a proteção à mulher, de embasamento social, conforme explicita a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em seu artigo 3º, senão vejamos:

Os Estados-Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem. (Onu, 1979)

Isto leva a conclusão de que o delito de estupro não está voltado diretamente aos atos de violência sexual, mas especialmente voltado aos aspectos sociais de proteção à mulher diante do direito internacional.

Inclusive, os instrumentos internacionais que inauguram o crime de estupro estão ligados ao direito à honra que caracteriza todo e qualquer ser humano e a violência sexual é tida como um crime que ofende este bem jurídico, levando-se em consideração o respeito à pessoa.

Assim, o estupro é considerado como uma ofensa à integridade física, mental e moral das vítimas, devendo ser punido pelos órgãos internacionais sob a ótica do direito internacional com maior efetividade.

4. O CASO AKAYESU E O RECONHECIMENTO DO ESTUPRO GENOCIDA

O caso em análise é apontado pela literatura como a primeira condenação onde se reconheceu o estupro como forma de constituição do crime de genocídio realizado nos conflitos armados em Ruanda, além de trazer parâmetros para a definição do estupro em âmbito internacional.

O julgamento se deu em 1997, perante a Câmara de Julgamentos do Tribunal Penal Internacional de Ruanda, quando no referido país ocorreu o genocídio em 1994, momento em que era dividido em várias comunidades, cada uma governada por um prefeito.

Jean Paul Akayesu foi, assim, o responsável por exercer funções executivas e manter a ordem pública em Taba, uma dessas pequenas comunidades, de abril de 1993 até junho de 1994, estando sujeito à autoridade do prefeito. Ele detinha o controle da polícia central e das polícias das regiões rurais ruandesas, bem como era o responsável pela administração da justiça e execução das leis, sempre sujeito à autoridade do prefeito (Lippi, 2014).

O Tribunal Penal Internacional de Ruanda, inicialmente, não o acusou por crimes relativos aos crimes sexuais. Ocorre que, numa das sessões deste julgamento, uma testemunha, denominada como “testemunha J”, relatou sobre os crimes de estupro presenciados, especialmente o crime de estupro realizado em face da sua filha, todos praticados por membros do interahamwe¹. (International Criminal Tribunal For Rwanda, 1998).

Segundo o relatório:

Alegações de violência sexual vieram à atenção da Câmara pela primeira vez através dos relatos da testemunha J, uma mulher Tutsi que disse que sua filha de seis anos de idade foi estuprada por três membros da Interahamwe quando eles foram matar o pai dela. Em juízo, a testemunha J também afirmou que ela ouviu falar que meninas estavam sendo estupradas no bureau commune. (International Criminal Tribunal For Rwanda, 1998, P. 169).

Além desta testemunha acima, outras também relataram a ocorrência de vários estupros, salientando, inclusive, que Jean Paul Akayesu estava presente quando os referidos estupros ocorriam.

Com essas novas informações, a acusação requisitou uma audiência perante a Câmara de Julgamento e fez uma moção oral, pedindo para emendar o Indictment², considerando os testemunhos que afirmaram a ocorrência de crimes sexuais durante o genocídio.

Ao analisar as provas colhidas em relação à violência sexual, a Câmara de Julgamento considerou que Akayesu não só sabia das violações sexuais ocorridas nas comunidades onde era o responsável, como não houve nenhuma prova de que ele não tinha como prevenir os estupros ou até mesmo de punir os agressores. Pelo contrário, as provas colhidas e submetidas ao crivo do Tribunal demonstrou que Akayesu ordenou, instigou, contribuiu e incentivou as práticas da violência sexual em Taba (International Criminal Tribunal For Rwanda, 1998).

Diante de todas as provas apresentadas, a Câmara de Julgamento condenou Akayesu, onde o Tribunal, onde se adotou uma definição de estupro no Direito Internacional como sendo “uma invasão física de natureza sexual, que

¹ A Interahamwe é uma milícia extremista hutu.

² Indictment é a peça acusatória dos Tribunais Penais Internacionais.

inclui estupro, como qualquer ato de natureza que é cometido sobre uma pessoa, sob circunstâncias que são coercitivas” (International Criminal Tribunal For Rwanda, 1998, p. 275; Askin, 2003, p. 319).

E ainda, sobre a violência sexual assim se manifestou o Tribunal:

O Tribunal considera violência sexual, que inclui estupro, como qualquer ato de natureza sexual que é cometido sobre uma pessoa, sob circunstâncias que são coercitivas. A violência sexual não é limitada apenas a uma invasão física do corpo humano, e pode incluir atos que não envolvem penetração, e sequer contato físico. (International Criminal Tribunal For Rwanda, 1998, p. 275).

Ficou evidente que o Tribunal considerou todo ato sexual, com dano à vítima, como violência sexual, sequer permitindo-se discutir se houve consenso ou não, já que as condições eram coercitivas, uma vez que eram realizados por ameaças, intimidações, opressões mentais e físicas ou quaisquer meios que pudessem diminuir a capacidade de resistência das vítimas.

E mais, complementa o Tribunal que além da presença dos elementos objetivos necessários para caracterizar o genocídio, havia a presença do elemento subjetivo de exterminar o grupo, já que, em quase todos os atos de estupro contra as mulheres tutsis, havia ainda a intenção de matá-las.

Em outro trecho da sentença condenatória, o Tribunal decidiu que os atos de violência sexual se constituem genocídio quando cometidos com a intenção de destruir um grupo em particular, senão vejamos:

Em relação [...] a [...] estupro e violência sexual, a Câmara deseja sublinhar [...] que, em sua opinião, esses atos constituem genocídio da mesma forma que qualquer outro ato, desde que sejam cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo em particular, alvejado enquanto tal [...] o estupro e a violência sexual [...] constituem danos corporais e mentais graves às vítimas e são, ainda, segundo a Câmara, uma das piores formas de infligir danos à vítima [...] a Câmara está convencida de que os atos de estupro e violência sexual descritos acima foram cometidos somente contra as mulheres tutsis, muitas das quais foram submetidas à pior humilhação pública, mutiladas, e estupradas várias vezes, freqüentemente em público, nas instalações do Bureau Communal ou em outros locais públicos, e muitas vezes por mais de um estuprador. Esses estupros resultaram na destruição física e psicológica das mulheres tutsi, de suas famílias e de suas comunidades. A violência sexual era parte integrante do processo de destruição, especificamente dirigido às mulheres tutsis [...], contribuindo para a sua destruição e à destruição do grupo tutsi como um todo. 732. O estupro de mulheres tutsi era sistemático [...]. Como parte da campanha de propaganda voltada para mobilizar os hutus contra os tutsis, as mulheres tutsis foram apresentadas como objetos sexuais. [...] à Câmara foi dito [...] que, antes de ser estuprada e morta, Alexia [...], Ntereye, e

suas duas sobrinhas foram forçadas pela Interahamwe a se despirem, e foram ordenadas a correr e a fazer exercícios “a fim de mostrar as coxas das mulheres tutsi”. O membro da Interahamwe que estuprou Alexia disse, quando ele a jogou no chão e ficou em cima dela, “Vamos agora ver qual como é a vagina de uma mulher tutsi” [...] Akayesu, falando com esse membro da Interahamwe que estava cometendo os estupros, disse-lhe: “Nunca me pergunte de novo como é a vagina de uma mulher tutsi”. Esta representação sexualizada da identidade étnica ilustra graficamente que as mulheres tutsis foram sujeitas à violência sexual porque elas eram tutsis. A violência sexual foi um passo no processo de destruição do grupo tutsi – destruição do espírito, da vontade de viver e da própria vida. (International Criminal Tribunal For Rwanda, 1998, p. 288).

Portanto, o Tribunal considerou que não só o estupro, mas também atos que causam violência sexual constituem crime de genocídio, uma vez que a violência sexual constitui um ato cometido com a intenção de causar graves danos físicos ou mentais aos membros do grupo, além do reconhecimento do componente étnico.

Prossigue a Câmara de Julgamento, no parágrafo 733 do julgado, afirmando que:

[...] a Câmara considera que na maioria dos casos, os estupros de mulheres Tutsi em Taba foram acompanhados da intenção de matar essas mulheres. Muitos estupros foram perpetrados perto de valas comuns, para onde as mulheres eram levadas para serem mortas. (International Criminal Tribunal For Rwanda, 1998, p. 29).

No entanto, a decisão recebeu críticas da comunidade internacional uma vez que o estupro genocida só foi reconhecido pela intenção de matar determinado grupo étnico através da violência sexual cometida na esfera coletiva e não por ser um crime manifestado através de dominação masculina praticado na esfera privada (Lippi, 2014).

Em contrapartida, há posicionamentos que consideraram a referida decisão um avanço no campo do direito internacional quanto à proteção aos direitos das mulheres. A prática do crime de estupro ocasiona enormes danos físicos e mentais na mulher, demonstrando a relação destes atos de violência sexual à eliminação de grupos, demonstrando a conexão entre esta prática e o crime de genocídio, ultrapassando a mera esfera individual do bem a ser protegido (Lippi, 2014).

Portanto, esta decisão foi importante no cenário internacional uma vez que reconheceu o crime de estupro como forma de cometimento do genocídio, culminando numa maior efetividade da norma internacional sobre o referido delito de guerra.

5. A PRÁTICA DO ESTUPRO COMO FORMA DE GENOCÍDIO NOS CONFLITOS ARMADOS E A EFETIVIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

Conforme demonstrado anteriormente, a lista dos atos genocidas é excessivamente imprecisa, cabendo aos Tribunais a tarefa de interpretá-la e por menorizar as condutas incriminadoras abertas, ou seja, dispositivos penais que exigem juízo de valor do magistrado devido à existência de lacunas legais (Lima, 2012).

Demonstrou-se, ainda, que o estupro é uma modalidade delituosa capaz de acarretar numa violação da autonomia sexual do indivíduo, mas também para o coletivo, tendo em vista seu poder destrutivo para com o agredido e para o grupo conquistado nos conflitos armados.

E ainda que no contexto internacional haja a tendência em considerar o crime de estupro como um delito individual contra os direitos humanos, não se pode esvaziar somente a essa interpretação, já que a sua prática acarreta numa violação ao direito à vida de certos grupos humanos.

Por isso, além das violações individuais, há um claro reflexo no grupo atacado, já que pode acarretar na castração dos inimigos masculinos conquistados, afirma as mulheres conquistadas como propriedade dos agentes conquistadores, fortalece a solidariedade masculina na batalha, o que estreita os laços entre os vencedores, desumaniza os inimigos, além do principal aspecto que é a realização de uma limpeza étnica do grupo conquistado. Além disso, o estupro ou a ameaça de estupro pode deslocar os povos na fuga contra a violência sexual, bem como acarreta nos traumas decorrentes desta violação, como a desestabilização familiar, divórcios, abandono e morte das crianças produtos da concepção oriundas do estupro, além de destruir os alicerces culturais que aquele povo de baseia e se mantém (De Vito; Gill ; Short, 2009).

O estupro em tempos de conflitos armados também é visto como forma de controle social para suprimir quaisquer esforços para mobilizar a resistência dos conquistados, já que também se trata de um ato de desmoralização do grupo, já que na maioria das vezes é praticado diante dos seus membros, além de mortas e expostas num claro lembrete de que os conquistados devem obediência aos conquistadores.

Conforme elucida Grayzel (1999), a violência sexual contra a mulher tem um efeito simbólico e real no campo de batalha, uma vez que as consequências psicológicas, sociais, culturais, étnicas e médicas do estupro na guerra são devastadoras.

Explica-se. O ato de estupro como estratégia de guerra e eliminação de grupos se torna tão eficaz por que, além de tudo já tratado acima, atinge a castidade e a maternidade de uma comunidade. Na região dos Balcãs, por

exemplo, o nome de família deve seguir o nome do pai, independentemente da religião ou etnia da mulher. Assim, se um indivíduo de outra etnia estupra uma mulher pertencente ao grupo, vindo esta a ter o filho, este fruto da concepção não será considerado como pertencente ao grupo, mas sim considerado pela etnia do estuprador (Vilhena; Zamora, 2004). Ou seja, carregar e gerir um filho produto do estupro pode ser considerado como um meio cruel de tortura, servindo se exclusão da família e da comunidade de que pertence, atingindo a estrutura social que está inserida.

Não há como afastar a adequação típica do crime de genocídio quando praticado através de atos de violência sexual, já que na sua própria definição, trazida pelos diplomas internacionais, tais atos acarretam, incontestavelmente, dano grave à integridade física e mental dos membros de um grupo, bem como a adoção de medidas que possam impedir a perpetuação do grupo.

Então, ainda que o foco do crime de genocídio no contexto internacional seja a proteção de grupos humanos inteiros, mesmo que a preocupação seja a preservação da existência dos grupos e não a existência individual, não se pode cegar-se ao preenchimento dos elementos objetivos e subjetivos do delito em questão quando praticados através do estupro.

Isso por que esses crimes violam o indivíduo não por causa do comportamento que ele tenha tomado na esfera individual, mas simplesmente por pertercerem a determinados grupos, seja pela etnia, raça, políticos ou religiosos.

Verifica-se que os objetivos dos diplomas internacionais não são apenas a repressão do crime e punição dos agressores, mas também a sua prevenção. Com isso, é o elemento subjetivo do crime de genocídio que o define e não o aspecto quantitativo (Lima, 2006).

Não há como dissociar a prática do crime de estupro individual das violações à existência dos grupos humanos afetados, isso por que os atos de genocídio são praticados contra o indivíduo pertencentes aos mencionados grupos, gerando uma proteção à importância e necessidade deste indivíduo como um todo (De Vito; Gill; Short, 2009).

Isso é enfatizado pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) quando menciona a proteção à família, às minorias, onde há a proteção dos direitos do indivíduo no interior do grupo, demonstrando que a proteção não é limitada apenas aos crimes cometidos contra o grupo como um todo.

Portanto, quando esta violação sexual ultrapassa a esfera do individual, passando para a esfera coletiva, na busca de eliminação de grupos, concebe-se claramente a presença do estupro como forma de cometimento do genocídio, pois tratar de forma diferente é admitir a ausência de sanção proporcional ao bem jurídico afetado por esta prática de guerra.

Esse reconhecimento ensejaria numa maior efetividade da aplicação das normas internacionais sobre o assunto, bem como o enfrentamento dos casos

investigados ao crivo no Tribunal Penal Internacional, culminando na aplicação das sanções pertinentes aos status de crimes internacionais que o estupro genocida merece estar.

CONCLUSÃO

O presente capítulo demonstrou, ainda que merecedor de discussões, que os atos de violência sexual práticos nos conflitos podem ensejar graves danos físicos e mentais aos membros de determinados grupos, além de ser uma prática que podem evitar a perpetuação de uma comunidade.

Considerar o contrário é admitir que não há a intenção do perpetrador em destruir o grupo étnico, utilizando-se como meio para isso a destruição de sua habilidade de procriar, dos danos físicos causados, da imposição dos grupos vencedores, além de desumanizar os inimigos e causar traumas irreparáveis na estrutura social daquela comunidade.

Não se pretende favorecer a dimensão privada da ofensa à dignidade sexual dos ofendidos em detrimento da dimensão pública de eliminação de um grupo, até mesmo por que, nestes casos, não se consegue dissociar tal prática dos elementos objetivos e subjetivos do crime de genocídio.

Assim, deve-se repensar este conceito, aprofundando de forma mais clara no conceito de estupro em tempos de guerra, para não apenas invocar que se trata de uma mera dominação dos homens sobre as mulheres, mas uma dominação exercida contra as mulheres de uma determinada etnia ou raça, com clara intenção de destruí-la.

Repensar nesta prática delituosa em tempos de guerra como forma de cometimento do crime de genocídio é adequar à necessidade de uma melhor reparação dos traumas ocorridos quando desta utilização, bem como legitimar uma sanção considerável ao mal causado nestes grupos protegidos pelos direitos humanos.

Portanto, tais crimes cometidos mediante atos de violência sexual, em tempos de guerra, merecem ser investigados e punidos à luz do direito internacional, para se possibilite uma maior efetividade no combate a tais modalidades de crimes.

REFERÊNCIAS

AKHAVAN, Payam. **The crime of genocide in the ICTR jurisprudence**. Journal of International Criminal Justice, v. 3, n. 4, p. 989-1006, 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/3/4/989/2883161>. Acesso em: 05/01/18

AZEVEDO, F. R. de. **A violência sexual contra a mulher e o Direito Internacional**. Revista Eletrônica de Direito Internacional, Belo Horizonte, v. 14, p. 2-50, 2014. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/A-Viol%C3%Aancia-Sexual-Contra-a-Mulher-e-o-Direito-Internacional.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 set. 2002. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/tpi.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro.** Brasília, Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 03 dez. 2017.

_____, Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 – decreto que adota a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 03 dez. 2017.

_____, Decreto n. 30.822, de 6 maio de 1952 – decreto que promulga a **Convenção para a Prevenção e Repressão do crime de Genocídio**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 03 dez. 2017.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DE VITO, Daniela; GILL, Aisha; SHORT, Damien. **A tipificação do estupro como genocídio**. Revista Internacional de Direito Humanos, n. 6, vol. 10. São Paulo: junho de 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100003. Acesso em 17 de dez. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

GRAYZEL, Susan. **Women's identities at war: Gender, Motherhood and Politics in Britain na France during first world war**. Chapel Hill: University of Carolina Press, 1999.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu. Case n. ICTR-96-4-T. Judgment. 1998. Sentença de 02 de setembro, n. ICTR-96-4. Disponível em: <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Akaye-su/judgement/akay001.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

LIMA, Renata Mantovani de. **Tribunais Híbridos e Justiça Internacional Penal**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2012.

LIMA, Renata Mantovani de. BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

LIPPI, Camila Soares. **O estupro enquanto genocídio no Tribunal Penal Internacional: um estudo do caso Akayesu**. Espaço Jurídico Journal of Law 15.2 (2014): 287-314.. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/3771/3486>. Acesso em 15 dez. 2017.

METTRAUX, Guénaél. **International Crimes and the Ad Hoc Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2005. Disponível em: <http://www.oupcanada.com/catalog/9780199207541.html>. Acesso em 12/01/18.

PEREIRA, Haula Hamad Timeni Freire Pascoal; CAVALCANTI, Sabrinna Correia Medeiros. **A prática do estupro contra mulheres como estratégia de guerra sob o viés do Direito Internacional**. Revista Tema, vol. 6, n. 24/25, 2015. Disponível em: <http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/232>. Acesso em: 12/01/18.

PEREIRA JÚNIOR, Eduardo Araújo. **O crime de genocídio segundo os Tribunais ad hoc da ONU para a ex-Iugoslávia e Ruanda: Origens, evolução e correlação com os crimes contra a humanidade e crimes de guerra**. Curitiba: Juruá, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHABAS, William. **Origins of the genocide convention: from Nuremberg to Paris**. *Case Western Journal of International Law*, n. 40, p. 35-55, 2007-2008. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1273&context=jil>. Acesso em 09/01/18.

UNITED NATIONS. General Assembly Resolutions 95 (I) and 96 (I). 1946. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

VILHENA, J.; ZAMORA, M. H. **Além do ato: os transbordamentos do estupro**. Revista Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 12, p. 115-129, jan./abr. 2004. Disponível em: http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_12/12_dossie_JuniaVilhena.pdf. Acesso em: 21 dez. 2017.

CAPÍTULO 8

A MEDIAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

RESUMO: A mediação, bem como os outros meios de solução de controvérsias, ganhou espaço a partir da tendência de desjudicialização do sistema provocado pela tradicional vertente demandista. Neste sentido, tornou-se latente a necessidade de criar mecanismos que viessem a promover a celeridade, transparência e dialogicidade para o aperfeiçoamento da resolução de conflitos. No presente capítulo, analisou-se a possibilidade de aplicação da mediação pela Administração Pública, discutida com fulcro na determinação da Lei n. 13.140/2015, a qual dispôs sobre a utilização da mediação no tocante às controvérsias entre particulares e os órgãos e entidades públicos. Para atingir o objetivo proposto foram examinados os aspectos inerentes aos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público, esgrimidos, por parte da doutrina, como argumentos impeditivos para a mediação no âmbito da Administração Pública. Como método de abordagem, foi utilizado o dedutivo, e como técnica de pesquisa, a documentação indireta consistente em pesquisa documental e bibliográfica disponibilizada pela doutrina, revistas, produções acadêmicas e sítios eletrônicos da *Internet*. Concluiu-se, pela pesquisa realizada, que não há nenhum óbice para que a mediação, tal e como prevista no diploma legal de 2015, possa ser empregada para solucionar os conflitos advindos das relações público-privadas promovendo, assim, uma composição imparcial e célere.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Administração Pública. Indisponibilidade e supremacia interesse público.

ABSTRACT: Mediation, as well as other means of dispute settlement, has gained space from the tendency of the system to be prejudiced by the traditional demand side. In this sense, the need to create mechanisms that promote speed, transparency and dialogue for the improvement of conflict resolution became latent. In the present article, the possibility of applying the mediation by Public Administration, discussed with fulcrum in the determination of Law n. 13.140 / 2015 which dealt with the use of mediation in relation to disputes between individuals and public bodies and entities. In order to reach the proposed objective, the aspects inherent to the principles of the unavailability and supremacy of the public interest, considered by the doctrine, as impeding arguments for mediation within the Public Administration were examined. As a method of approach was used the deductive and as research technique the indirect documentation consisting of documentary and bibliographic research made available by doctrine, journals, academic productions and Internet websites. It was concluded from the research carried out that there is no obstacle to the mediation, as foreseen in the legal diploma of 2015, to be used to solve the conflicts arising from public-private relations, thus promoting an impartial and rapid composition.

KEYWORDS: *Mediation. Public administration. Unavailability and supremacy public interest*

1. INTRODUÇÃO

É realidade inegável a importância dos resultados obtidos quando da utilização dos chamados meios alternativos de solução de controvérsias, em

suas distintas espécies de autocomposição, em contraposição à chamada heterocomposição de conflitos pelas vias judiciais tradicionais.

A busca pela efetividade da celeridade, imparcialidade, transparência e consensualidade foi devidamente contemplada com o advento de normas que, no marco de um sistema usualmente conflitual e demandista, prezam por alcançar a pacificação social e o diálogo entre os indivíduos. Conforme será analisado, um dos principais aspectos mencionados pela doutrina quando se trata de métodos ou meios alternativos de solução de conflitos é, justamente, a prevalência da autonomia e da consequente responsabilidade individual, tornando a parte co-partícipe na decisão.

O objeto do presente capítulo é analisar os pressupostos, princípios e elementos dos meios alternativos, tendo como recorte a mediação, especialmente aplicada nos conflitos que versem sobre interesses ou direitos da Administração Pública. Tal recorte se justifica na medida em que se pretende, ainda que perfunctoriamente, examinar o impacto da Lei 13.140/2015 sobre a atuação dos órgãos e agentes públicos.

Para tanto, questiona-se a insuficiência da interpretação que era anteriormente aplicada, onde compreendia-se a impossibilidade de utilização dos meios alternativos dada as premissas originadas dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, entendidas como fundamentos impeditivos de uma construção e solução consensual dos conflitos entre particulares e Administração Pública.

A Lei 13.140/2015 abre um ponto de partida para a revisitação de tal interpretação: poderá haver mediação quando tratar-se de direitos indisponíveis sujeitos à transação, ou seja, direitos que podem dimensionar-se a partir de um conteúdo patrimonial e/ou econômico, ou ainda, aqueles que podem ser consensualmente solucionados pelas partes.

A partir daí, o capítulo aposta numa hipótese: uma racionalidade do conteúdo jurídico emanado dos mandamentos constitucionais aos quais se encontram atreladas todas as atuações da Administração Pública, notadamente condensados pelo art. 37 da Constituição, que se vê concebido, a partir desta positivação, de tal sorte que as ações dos agentes e aquelas emanadas dos órgãos do Estado devem coordenar-se também com os interesses coletivos, entendidos aqui numa acepção de acesso à justiça e solução célere dos conflitos, em posição de paridade.

A justificativa, portanto, encontra respaldo na interpretação conforme a Constituição Federal ao buscar uma solução consensual, dialógica e concertada dos conflitos, ainda que versem sobre direitos que estão vinculados ao atuar da Administração Pública, bem como a sua função em sentido lato.

A metodologia de trabalho centrou-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de Direito

Administrativo e de Direito Processual, devido especialmente ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico que prima por mecanismos que venham, efetivamente, concretizar os postulados inerentes ao acesso à justiça.

Nesse sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar em que medida a mediação pública e sua regulamentação, ainda que parcial (conforme será analisada), pôs fim às discussões sobre sua aplicação pelas entidades da Administração Pública, bem como o impacto sobre a possível diminuição de ações no âmbito do Judiciário, contribuindo para atenuação das mazelas trazidas por uma compreensão tradicionalmente demandista¹.

Sob a perspectiva metodológica, a abordagem dedutiva deve especificar o conteúdo das premissas, a partir de um binômio correto/íncorreto, válido/inválido, real/fictício, não havendo níveis intermediários de conclusão. Deste modo, na presente pesquisa, a análise dedutiva possibilita determinar se poderá aplicar-se ou não o instituto da mediação, como meio alternativo, nas controvérsias relativas aos direitos ou interesses da Administração Pública ou que estejam a ela vinculados.

2. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS: BREVE ABORDAGEM

A mediação e a conciliação são consideradas como parte da chamada autocomposição indireta, modalidade de solução de controvérsias, que conta com a interveniência de terceiro, ainda que este não ostente, necessariamente, poder decisório.

Como forma de autocomposição, tanto a mediação como a conciliação buscam resolver o conflito, sem que haja, em um primeiro momento, a participação das instâncias decisórias tradicionais em um esquema clássico, como era o caso do Poder Judiciário, que atuava como órgão exclusivo para atender às demandas originadas de controvérsias.

¹ Conforme dados extraídos do CNJ, importante destacar que o Estado é um dos maiores litigantes no sistema de justiça, pois, de acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) há 79,7 milhões de processos em tramitação no Brasil. Os dados do CNJ apontam, ainda, que 27% deste total de processos são da área fiscal, o que significa dizer que o Poder Judiciário acaba desempenhando um papel de administrador das dívidas do Estado. Além disso, ainda na esteira do Relatório CNJ/2017, página 113, “Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 38% do total de casos pendentes e 75% das execuções pendentes no Poder Judiciário. Os processos dessa classe apresentam alta taxa de congestionamento, 91%, ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitam no ano de 2016, apenas 9 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia de 73% para 65% em 2016 (redução de 8 pontos percentuais)” (CNJ, 2017, p. 118)

Com a entrada do Código de Processo Civil, em 2015, houve a consolidação do giro interpretativo relativo à atuação do Poder Judiciário², onde determinou-se que o juiz de direito deveria promover todas as formas de auto-composição indireta, notadamente a conciliação e mediação, a qualquer tempo e momento do processo, de forma a dar uma solução satisfatória às partes. De especial menção, os artigos 139, inciso V, e 359 do referido Código trazem justamente disposições específicas sobre a temática, instando o juiz a utilizar-se das formas autocompositivas.

Desta forma, consagraram-se as então denominadas formas alternativas para composição de conflito, inserindo-as, inclusive, no sistema judicial e, também, como elementos concretizadores do acesso à justiça, conforme já mencionado.

Calha salientar que a mediação e a conciliação ainda que possam obter resultado equivalente – especificamente, no que se refere à solução de conflitos sem socorrer-se, obrigatoriamente, da via judicial, promovendo assim uma alternativa aos métodos tradicionais – ambos os institutos não se confundem, vez que a doutrina e as disposições legais aplicáveis ao tema fixam critérios distintivos, seja a partir do tipo de conflito; da intervenção de terceiro imparcial ou, ainda, do objetivo do método.

Nessa busca, dois são os grandes critérios em torno dos quais giram as tentativas de classificação: o modo de atuação do terceiro imparcial e o tipo de conflito envolvido. Assim, os autores que se concentram no primeiro critério tendem a considerar que o mediador atua simplesmente como facilitador nas negociações, enquanto o conciliador adota uma postura mais ativa, podendo inclusive propor alternativas ou exatamente o contrário, afirmando que o papel do conciliador limita-se a induzir as partes a “envolver-se ativamente na resolução do problema”. Já os teóricos que se concentram no segundo critério tendem a afirmar que a mediação está ligada a conflitos mais amplos (que chamamos neste trabalho de multidimensionais ou de múltiplos vínculos), enquanto a conciliação está ligada a conflitos mais restritos (que chamamos de unidimensionais ou de vínculo único) (Costa, 2003, p. 173). (grifo do autor)

Ainda, na esteira do art. 165, §§ 2º e 3º, do CPC, faz-se menção ao papel exercido pelo conciliador e pelo mediador, a partir da existência ou

² Afirma-se aqui haver uma consolidação, uma vez que já existiam práticas tendentes à mediação anteriores ao CPC, como exemplo, cite-se a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça de Justiça, publicada em 29 de novembro de 2010, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. O objetivo da Resolução é consolidar os meios de prevenção e solução de litígios, estabelecendo como praxis os instrumentos alternativos à judicialização, buscando reduzir o excessivo demandismo presente no sistema brasileira, além de contribuir para a concretização do acesso à justiça e a composição das controvérsias.

não de vínculo anterior entre as partes, atuando o conciliador nos casos em que tal vínculo inexistente, e o mediador quando houver relação prévia com os envolvidos.

O conciliador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo pontual entre as partes e o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo continuado entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (Guia prático da mediação... TJSP, 2016, p. 7)

Além disso, conforme ressalta Cahali, ao tratar do objeto de cada método, na tentativa de diferenciá-los

O foco na mediação é o conflito, e não a solução. Na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito. E com tratamento às partes, pretende-se na mediação o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada” (Cahali, 2013, p. 41).

Uma vez estabelecido, em breve linhas, a diferenciação entre conciliação e mediação, debruçar-se-á sobre os aspectos da mediação e sua aplicação pela Administração Pública, a partir do recorte material adotado para o presente trabalho.

2.1. Definição e aplicação da mediação judicial e extrajudicial

A mediação, aqui tratada em seu aspecto extrajudicial e judicial, representa uma peça-chave quando se trata de estabelecer as formas pelas quais o litígio pode resolver-se sem que haja, obrigatoriamente, a presença de um órgão ou autoridade estatal. Do ponto de vista prático, e conforme entendimento doutrinário, a mediação além de auxiliar na resolução de conflitos, atua também na autonomia do indivíduo que torna-se partícipe e co-decisor direto de suas próprias demandas.

Para além das vantagens da mediação (e das outras formas de autocomposição) que serão posteriormente analisadas, deve-se mencionar o caráter preventivo que se estabelecem a partir destas novas formas compositivas, uma vez que se aprende a lidar com as questões conflituosas do cotidiano.

A definição legal de mediação, trazida pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei 13.140/2015 assim estabelece “Atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”

Sob uma perspectiva doutrinária, assim expressam Moraes e Spengler (2008, p. 22)

A mediação é um método alternativo que não há adversários, apenas consiste na intermediação de uma pessoa distinta das partes, que atuará na condição de mediador, favorecendo o diálogo direto e pessoal. O mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo, e quando este existe, apresenta-se total satisfação dos mediados.

Ainda para Dias ao estabelecer a correlação entre mediação e pacificação social

Trata-se de técnica dialógica, não adversarial, cuja proposta aos participantes é a realização de um acordo final, como conclusão do entendimento intersubjetivo de suas pretensões. Para isso, é imprescindível a distinção das posições aparentes dos participantes e de seus verdadeiros interesses durante o processo. O entendimento da causa geradora do conflito é requisito para eficácia do acordo. Ademais, a resolução da controvérsia no fator original do problema contribui para pacificação social, no sentido de evitar o nascimento de outros conflitos na mesma relação social. (Dias, 2016, s/p)

A definição de mediação judicial parte das mesmas premissas da extrajudicial, contudo, dela se diferencia à medida em que ocorre no bojo de um processo gerido por órgão judicial, consoante se depreende do Código de Processo Civil.

Agora bem, as principais características da mediação extrajudicial podem ser assim elencadas, seguindo o entendimento de Moraes (1999), sem prejuízo de outras que possam também qualificar o processo mediador:

- a) privacidade: uma vez que são as próprias partes, com a interveniência ou não de terceiro, que irão tentar resolver o conflito gerado entre ambas, a privacidade resta preservada, quando comparada com os sistemas processuais tradicionais que, via de regra, são públicos e de consulta geral por qualquer cidadão. A privacidade ainda permite que as partes, desde que em comum acordo e observada as exigências legais, possam estabelecer os critérios para o cumprimento e execução do que resulte avençado.
- b) economia: há clara economia no que tange aos custos financeiros e de tempo, também quando comparados com as vias tradicionais judiciais, dado que as partes podem fixar, de modo célere, os aspectos principais que devem ser abordados na mediação, além de não se submeterem aos prazos processuais legalmente determinados. A economia financeira resulta da desnecessidade de contratar advogado ou defensor habilitado

e de poder dispensar provas e perícias que, em muitas ocasiões, podem acabar demandando o pagamento de especialistas, isso sem falar do ônus obrigatório relativo às custas judiciais.

c) reaproximação das partes: a mediação tem o condão de restaurar as relações entre os envolvidos, promovendo a pacificação e a distensão social. As demandas judiciais, ao contrário, podem terminar por exacerbar ou alterar as relações que haviam sido forçadas pelas partes, acarretando, em algumas ocasiões, efeitos adversos que acabam comprometendo um possível restabelecimento da convivência familiar, profissional ou social dos que se encontram em um conflito. Conforme ressalta Dias (2016, s/p)

A mediação busca o estreitamento ou restabelecimento das relações sociais em virtude do entendimento mútuo das pretensões dos sujeitos do conflito pela comunicação entre eles. Neste aspecto, os desejos são integrados de maneira que não haja perdedor-ganhador, mas vencedor-vencedor. O acordo será, portanto, pleno de eficácia, pois que construído de acordo com a vontade dos participantes. É responsabilidade dos envolvidos a tomada da decisão, seja pelo acordo ou não.

d) autonomia das decisões: conforme já mencionado, um dos aspectos citados recorrentemente pela doutrina, é que a mediação reforça a autonomia do indivíduo, uma vez que será ele o responsável pela decisão a ser tomada, ainda que haja, a presença de um terceiro. Não há na mediação a figura de uma autoridade que, muitas vezes, pode “minar” a participação mais ativa das partes, ao observar as liturgias e preceitos inerentes e aplicáveis ao processo judicial. A autonomia conjuga-se com a responsabilidade pela decisão, tornando a parte um autêntico sujeito de direito e não mero espectador de um processo do qual ele mesmo pode-se sentir excluído.

e) equilíbrio das relações entre as partes: a mediação ao tender ao diálogo e aproximação das partes, pode gerar um equilíbrio maior entre as mesmas, quando se compara com a via judicial. Tal equilíbrio pode dar-se, inclusive, na forma oral e mais pessoal de tratamento e na igualdade que os envolvidos, geralmente, assumem no momento das etapas mediadoras.

No que se refere às características da mediação no âmbito judicial, pode-se, a partir de seus princípios de regência, considerá-las como premissas estruturantes do instituto, a saber: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e boa-fé. Tais princípios coadunam-se com as disposições do CPC, em seu artigo 166, que estabelecem como princípios da mediação os seguintes: independência, imparcialidade, confidencialidade,

autonomia da vontade, oralidade, informalidade e decisão informada. Especificamente em relação à imparcialidade assim manifesta Santos (2013, p. 159)

a imparcialidade é atributo indispensável à figura do mediador. Traz uma postura de equidistância deste terceiro em relação às partes e ao resultado que possam chegar. O mediador não atua junto aos mediados no sentido de favorecerê-los, mas sim, de auxiliá-los na tarefa da pacificação autocompositiva do conflito. O desinteresse pelo mérito das questões que lhes são abrangidas todas as informações produzidas no procedimento, tanto as provenientes de reuniões privadas como ventiladas nas reuniões conjuntas.

Analizadas as características da mediação extrajudicial e judicial, deve-se mencionar o papel exercido pelo mediador, como parte intrínseca da função que lhe é atribuído pelas próprias partes. De modo geral, o mediador deverá atuar de modo a: i) favorecer o intercâmbio de informação; ii) ajudar a cada parte a entender a visão da contraparte; iii) promover o diálogo entre as partes; iv) modificar o nível de expressão emocional, buscando racionalidade; v) auxiliar na busca de alternativas realistas que possibilitem o acordo; vi) gerar flexibilidade; vii) mudar o foco do passado para o futuro; viii) estimular as partes a identificarem os interesses e necessidades particulares de cada um, entre outros.

Ainda, na esteira do pensamento de Calmon (2007, p. 123) pode-se afirmar que “É papel do mediador ser facilitador, criador de canais de comunicação, tradutor transmissor de informações, reformulador, diferenciador de posições e interesses, criador de opções e agente de realidade.”

Uma das questões relevantes relacionadas com o atuar do mediador é, justamente, estabelecer quem pode exercer tal rol, enquanto agente promotor da justiça, da pacificação social e da resolução de conflitos. De modo esquemático, apresenta-se na tabela abaixo os principais requisitos estabelecidos para que se possa qualificar um mediador, no âmbito judicial e extrajudicial, tomando-se como referência o CPC/2015 e a Lei de Mediação.

NOVO CPC	LEI DE MEDIAÇÃO
Capacitação mínima por meio de curso (art. 167, §1º, CPC)	Extra: qualquer pessoa que tenha a confiança das partes e seja capacitada (art. 9º.)
Requerimento de inscrição no cadastro nacional e no cadastro de TJ ou TRF	Pessoa graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo MEC e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela ENFAM ou pelos Tribunais

Efetuado o registro – inclusão na lista da Comarca, Seção ou Subseção Judiciária onde irá atuar (art. 167, § 2º, CPC)	Apenas poderão exercer suas funções perante o Poder Judiciário conciliadores e mediadores devidamente capacitados e cadastrados pelos Tribunais, aos quais competirá regulamentar o processo de inclusão e exclusão no cadastrão (art. 3º, do CECMJ – Res. 125/10 CNJ)
---	--

A escolha do mediador, quando trata-se de meio extrajudicial, ocorre, obviamente, por escolha das partes, ainda que se espera que o escolhido saiba realizar efetivamente suas atribuições, ostentando as qualidades intrínsecas ao papel que lhe cabe, conforme já analisado. No que tange à mediação judicial, na esteira do disposto nos artigos 168 e 149 do CPC, atuam como verdadeiro auxiliares da justiça e devem cumprir os requisitos apontados alhures.

4. A MEDIAÇÃO PÚBLICA E SUA APLICAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, considerou-se que a utilização de instrumentos considerados alternativos à solução de controvérsias pela via judicial não poderia ser realizada quando se tratasse de matérias e/ou partes afeitas à Administração Pública, uma vez que tratava-se de direitos indisponíveis que não admitiam qualquer espécie de negociação, transação ou mediação.

Além da mediação, entendia-se que a Administração Pública – aí incluída seus órgãos e agentes – não poderia furtar-se à apreciação e análise dos fatos, interesses e direitos pelo Judiciário, mesmo tratando-se de outras formas, tais como arbitragem e conciliação, ou seja, não poder-se-ia aplicar os métodos alternativos, mesmo que consensuais, quando estivesse presente matéria vinculada à Administração Pública, especialmente em seu sentido estrito, por tratar-se, repise-se de direitos indisponíveis.

Neste sentido, calha mencionar o entendimento de Bandeira de Mello (2006, p. 743) ao analisar a aplicação da Lei nº 9.307/96, à luz dos seus arts. 1º e 25, e sua correlata aplicação pela Administração Pública³

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa

³ Em sentido contrário, e já perfilando entendimento que poderia a arbitragem ser aplicada pela Administração Pública assim manifestava Freitas (2006, p. 709) “...não vislumbro inconstitucionalidade na adoção da arbitragem como alternativa, seja porque (i) o princípio da indisponibilidade do interesse público não é absoluto, existindo previsão de foro amigável na Lei nº 8.987/1995, art. 23, XV, (ii) seja porque – argumento insuperável – o laudo arbitral bem dado não contraria o interesse público, sob pena de vício, e (iii) seja porque permanece vedada qualquer arbitragem sobre direitos indisponíveis”

interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas extra commercium. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos –, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares. Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.

Contudo, diante da consolidação de tais meios alternativos à judicialização dos conflitos – devido, em grande parte, à necessidade de concretizar o primado do acesso à justiça enquanto à premissa não só do acesso per se, mas também da celeridade, transparência e consensualidade – e com a renovação e revisão das normas relativas ao tema, em especial, os art. 3º, caput e §§ 1º e 2º e art. 32, caput e II, da Lei 13.140/2015, deu-se nova roupagem à inter-relação mediação, conciliação e arbitragem e direitos e interesses da Administração Pública, abrindo passo à possibilidade de sua aplicação, ainda que, todavia, subsistam dúvidas em relação a dita aplicação, dada a fluidez da lei e a necessidade de regulamentação, segundo interpretação doutrinária, dos dispositivos relacionados diretamente com os conflitos derivados de relações emanadas ou que envolvam a Administração Pública.

Tal se dá porque a Lei 13.140/2015, em seus artigos 32 a 40, trata especificamente dos meios alternativos a aplicar-se para a Administração Pública ao determinar a criação de Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito das Advocacias Públicas para dirimir conflitos entre seus órgãos e entidades, além de considerar a possibilidade de avaliação da admissibilidade no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público. Portanto, deixou a cargo de futura regulamentação a criação de tais Câmaras, bem como disposições sobre funcionamento, composição, etc. Assim, “a opção da legislação (art. 32 a 40 da Lei nº 13.140/2015), portanto, não foi implantar claramente a mediação na administração pública, mas instituir um conjunto de mecanismos de autocomposição, do qual a mediação é uma espécie que pode ser ou não implantada.” (Dias, 2016, s/p).

Deve-se mencionar que, mesmo antes do advento da Lei n. 13.140/2015, já havia um reconhecimento normativo, dado, muitas vezes, no âmbito da Administração Pública estadual e municipal que permitia a utilização dos métodos alternativos, caso do Plano Diretor do Município de São Paulo, por intermédio de sua Lei Municipal nº16.050/14, especificamente no que tange

às questões da participação e solução de conflitos em matéria de habitação. Vale a pena transcrever *ipsis literis* o artigo, vez que efetiva a possibilidade do uso da mediação

Art. 293. As ações prioritárias na Habitação são:

[...]

XIV - debater, de modo participativo e integrado com os demais entes federativos, mecanismos para prevenir e mediar conflitos fundiários urbanos, buscando soluções negociadas e alternativas de moradia para as famílias despejadas;

Art. 305. As ações prioritárias no Sistema de Equipamentos Urbanos e Sociais são:

[...]

XIX - expandir as ações e equipamentos para a mediação e a solução pacífica de conflitos.⁴

Ou ainda a utilização de arbitragem no bojo de contratos de parceria público-privados, como bem nos reporta Caldas e Casado Filho (2014, p. 490) ao analisar a lei mineira 11.079/2004

Não obstante o posicionamento de autorizada doutrina quanto à não-aplicação da arbitragem quanto aos bens públicos de modo geral, no estudo em tela conclui-se perfeitamente cabível, lícito e constitucional sua utilização em relação ao patrimônio público disponível, principalmente nas questões de cunho meramente econômico-financeiro e monetário decorrentes dos denominados contratos administrativos, cuja previsão, v. g., já se verifica expressa no art. 11, III, da Lei 11.079/2004, segundo o qual o edital de licitação poderá prever o emprego da arbitragem para a solução dos conflitos contratuais entre o contratado e a Administração Pública.

Agora bem, a Lei 13.140/2015 expande o raio de utilização da mediação e outras formas de solução de conflitos para a Administração Pública federal, dirimindo a celeuma sobre a possibilidade de sua aplicação e estabelecendo, expressamente, os pressupostos para sua efetividade na seara pública. Contudo, deve-se ressaltar que tal aplicação decorre de nova interpretação dada às

⁴ No mesmo sentido, na anterior lei 13.430/02 que instituía o Plano Diretor do Município de São Paulo, revogada pela Lei 16.050/14, citada in verbis, havia a Seção V (Dos Conflitos de Interesses) do Capítulo III (Do Processo de Planejamento Urbano Municipal) do Título IV (Da Gestão Democrática do Sistema de Planejamento Urbano) que, em seus arts. 288 e 289, assim dispunha:

Art. 288 - Os conflitos de interesses expressos por diferentes grupos em determinada área que não envolvam legislação de Uso e Ocupação do Solo nem infrinjam lei vigente poderão ser resolvidos por meio de Acordo de Convivência, mediado e homologado pelo Executivo;

Art. 289 - Os conflitos de interesses, expressos nos diferentes grupos em determinada área, que envolvam a legislação de Uso e Ocupação do Solo, serão mediados pelo Executivo, por meio de uma Negociação de Convivência que poderá gerar proposta de alteração da legislação a ser encaminhada à Câmara Municipal pelo Executivo.

expressões indisponibilidade e supremacia do interesse público que, em geral, eram empregadas como mote para invalidar a utilização dos meios alternativos, tais como a arbitragem, mediação e conciliação.

Na esteira da concepção tradicional dos princípios da indisponibilidade do interesse e da conseqüente supremacia que durante longo tempo sustentou a atuação da Administração Pública, entendia-se, conforme mencionado alhures, que não se poderiam solucionar os conflitos de natureza pública sem recorrer às vias judiciais. A releitura e a interpretação conforme a Constituição trazida pela doutrina em relação aos referidos princípios abriu novo horizonte a partir do advento da Lei de 2015

A Constituição, e não mais a lei, vincula a Administração à juridicidade; a definição do que é interesse público sai do arbítrio do administrador e passa a emanar a partir de juízos de ponderação proporcional, a depender dos interesses envolvidos; a discricionariedade converte-se num sistema de graus de vinculação à juridicidade e a noção de um Poder Executivo unitário converte-se em um conjunto de autoridades administrativas independentes, consistentes nas agências reguladoras. O interesse público, portanto, à vista da consagração dos direitos fundamentais e da democracia como verdadeiros pilares do Estado democrático de Direito, não resiste mais à definição anteriormente citada, que mais servia para justificar a sua supremacia. (Eidt, 2015, p. 1157-1158)

E é, justamente, com fulcro nesta interpretação que se deve analisar o artigo 3º. da Lei 13.140/2015 ao dispor que o objeto de mediação pode atingir “direitos indisponíveis que admitam transação”, ou seja, aqueles que possuam um conteúdo ou natureza econômica ou, ainda, que sejam passíveis de serem dimensionados por um aspecto econômico. Assim é o entendimento de Pereira e Giovanini (2017, p. 1157-1158) ao analisar a aplicação da arbitragem nos conflitos em que a Administração pública seja parte

tratando-se de conflito exclusivamente patrimonial e que verse sobre matéria que poderia ser resolvida pelas próprias partes, sem a imprescindível intervenção estatal, então a arbitragem será cabível. Exemplo disso são as ações de interesses eminentemente patrimoniais e cujo objeto tenha cunho econômico, ou cujo inadimplemento possa ser reparado, compensado ou combatido por medidas com conteúdo econômico.

No mesmo sentido, assim expõe Mello

Ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, a Administração Pública não está dispondo do interesse público, e muito menos renunciando ao seu atendimento. Sob o ponto de vista material, a atividade desenvolvida por um juiz estatal em

nada difere da desempenhada por um árbitro: ambos vão compor uma lide aplicando o direito positivo com observância das garantias inerentes ao devido processo legal – os árbitros não decidem por roleta-russa, como lembra Eduardo Talamini. Longe de desatender ao interesse público, a escolha pelo juízo arbitral pode justamente melhor satisfazê-lo, permitindo que especialistas de notória reputação na matéria em litígio solucionem a controvérsia com muito maior celeridade. (Mello, 2015, p. 59-60)

Ora, ao considerar-se a arbitragem como método alternativo de solução de conflitos passível de empregar-se pela Administração Pública na composição de suas controvérsias, abre-se espaço para que outros métodos também possam, *pari passu*, ser objeto de apreciação e aplicação pelos órgãos e entidades públicas, mormente quando se trata de direitos que envolvam matéria patrimonial e/ou que possam ser consensualmente dirimidos pelas partes, consoante apontado anteriormente. Calha aí, então, a mediação a ser incorporada pela Administração Pública direta e indireta.

A regulamentação que resta ainda pendente, e que deverá ser elaborada e adotada no marco do que dispõe a Lei 13.140/2015, remete-se a aspectos formais para que as Câmaras de resolução de conflitos possam efetivamente funcionar. Portanto, o pressuposto básico está já previsto no diploma legal, a admissibilidade também se determina a partir dos critérios da disponibilidade ou não dos direitos e interesses da Administração, restando apenas concretizar a hipótese normativamente prevista no que tange ao *modus operandi* das Câmaras.

Tal regulamentação, ainda, deverá levar em consideração todo o acervo normativo que já dispõe sobre a utilização dos meios alternativos, tais como o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação (de natureza geral), bem como outros instrumentos setoriais ou os que já são aplicados por órgãos da Administração Pública direta e indireta dos entes federados.

CONCLUSÃO

Com o advento da Lei 13.140/2015 sana-se a celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos quando envolvam interesses ou direitos da Administração Pública. A expressa previsão normativa sobre a mediação consolida práticas e referências pontuais que vinham sendo empregadas por órgãos e agentes públicos, resultando em fórmula que busca a celeridade, imparcialidade e consensualidade entre as partes, fundamentos que devem utilizar-se como concretização do postulado acesso à justiça.

A Lei *in comento* traz ainda elementos inovadores para os conflitos de natureza pública e a mediação, uma vez que prevê a criação de Câmaras de resolução que deverão ser instaladas para a correta e adequada aplicação do

diploma legal, ainda que falte regulamentação específica sobre seu funcionamento; contudo, a ausência desta não descaracteriza a possibilidade imediata da utilização daquele meio (mediação) pelos órgãos e agentes públicos desde que se trate de direitos de conteúdo patrimonial e/ou econômico, atingindo, ainda, aqueles que podem ser consensualmente resolvidos pelas partes, mesmo que uma delas tenha natureza jurídica de direito público.

Desconsiderar a importância dos meios alternativos em virtude de interpretação tradicional fundamentada na definição, já ultrapassada, de direitos e interesses indisponíveis – argumento utilizado por aqueles que assim negavam a possibilidade de resolver os conflitos na seara pública pela mediação, conciliação e arbitragem – é menosprezar uma construção voltada para a dialogicidade, a concertação e a consensualidade que deve imperar nas relações entre a Administração Pública e os particulares. Ancorar-se em uma interpretação que ignora a conexão com os mandamentos constitucionais vigentes e que pregam uma relação de paridade entre público e privado – ainda que mantidos certos privilégios e prerrogativas, inerentes à função administrativa – é simplesmente olvidar-se da finalidade da Administração Pública enquanto meio para a concretização do interesse social.

Finalmente, a mediação pública descortina novos elementos que podem trazer maior transparência e celeridade, incrementando a confiança do particular e exercendo um rol relevante para o incremento do diálogo e da pacificação social.

REFERÊNCIAS

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 159

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2013.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; CASADO FILHO, Napoleão. O contexto sinérgico da arbitragem à luz dos denominados contratos administrativos. In: COUTINHO, Ana Luisa Celino; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; KNOERR, Fernando Gustavo. (Coord.). **Direito e administração pública I**. 1ª ed., Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 479-498. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=4a8d4638b5dc1c12>, acesso em 05 mai 2016.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, n. 1. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, v. 3, p. 161-201.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito Público**, ano 2016, número 51, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>, acesso em 10 ago 2017.

EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da Administração Pública. **RPGE**, Porto Alegre, v. 36 n. 75, 2015, p. 55-74.

FREITAS, Juarez. “Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica”. In: **Curso de direito administrativo econômico**. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, vol. I, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 20ª ed., 2006.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. Arbitragem na Administração Pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. **Revista Quaestio Iuris**, vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017, pp. 1146 -1161.

Tribunal de Justiça de São Paulo. NUPEMEC - Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. **Guia prático da mediação judicial e conciliação do TJSP**. 2016, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/GuiaPraticoMedicaoJudConc.pdf>, acesso em 07 ago 2017.

Relatório Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2013.

**DESENVOLVIMENTO E
SUSTENTABILIDADE**

CAPÍTULO 9

REGULAÇÃO INTERNACIONAL DO ESPAÇO URBANO E A SATISFAÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL NA ERA DA ECOGOVERNAMENTALIDADE

*Marcio Valério Effgen
Augusto Cesar Salomão Mozine*

A reflexão sobre cidade e sustentabilidade remonta ao recente processo de organização de um regime internacional de regulação da produção do espaço urbano. Como paradigma de trabalho, a cidade da modernidade, vista como espaço propício para que exista um ambiente não sustentável tanto no que se idealiza no planejamento urbano, quanto em relação ao meio natural, apresenta questionamentos face das diferenças socioeconômicas que a permeiam, dos interesses financeiros em jogo e das constatações que possibilitam a elaboração de postulados para o desenvolvimento e crescimento local. Assim, o debate urbano contemporâneo se endereça à justiça ambiental, buscando entender como a intensa participação de setores da sociedade civil na elaboração e reivindicação da cidade podem possibilitar a desconstrução dessa discrepante realidade.

O presente ensaio se propõe, sob a ótica da ecologia política crítica, discutir como a formação de uma política internacional de produção do espaço urbano se relaciona com aspectos relevantes da justiça ambiental em uma lógica do que se convencionou chamar de ecogovernamentalidade (FOUCAULT, 2015; DEAN, 1999; AGRAWAL, 2005; FREITA; MOZINE, 2015a). Nesta perspectiva, discorre-se sobre o contínuo crescimento das cidades, nas discussões políticas em ordem mundial, sua relevância, principais aspectos e sua influência na construção e efetivação de políticas internas. Por fim, resta abordada o papel desempenhado pela justiça ambiental, como um paralelo que se distancia do discurso oficial e institucional, questionando e mobilizando a sociedade na finalidade de combater as desigualdades socioambientais que a visão míope da prática institucional não contempla.

REGIMES SOBRE A PRODUÇÃO ESPAÇO URBANO SUSTENTÁVEL

Os processos de urbanização não revelam um histórico ou formato idêntico para os países ou mesmo regiões do globo. Neste sentido, critério

amplamente difundido para entendimento das peculiaridades de cada uma dessas regiões é o do histórico de seu desenvolvimento econômico e social. A abordagem da divisão entre Norte e Sul demonstra a ocorrência de contextos políticos, históricos e econômicos distintos que explicam essa discrepância. De forma generalizada, as nações do Sul, assim identificadas por apresentarem um processo de industrialização tardio, tiveram como resultado históricas desigualdades econômicas e sociais em que com o decurso do tempo acentua. Essa modernidade tardia apregoada por diversos autores (Giddens, 1991) e cujo eixo econômico voltou-se para o desenvolvimento industrial ocorreu com grandes fluxos migratórios populacionais em direção aos centros urbanos em razão da estagnação e declínio das atividades no campo.

A urbanização tardia dessas nações é feita sob um quadro distinto daquelas cujo processo de industrialização não se processou de forma rápida e intensa. De certa forma, o que se pretende é registrar é que, o contexto político e econômico dos países do Norte viabilizou uma urbanização, no qual o estado de bem estar social se materializou por alguns anos, onde embora existentes condições desiguais, o atendimento de algumas condições mínimas se fez presente. Ainda que a maioria dos países do Norte tenham um processo industrial não tão acelerado como o observado nas regiões do hemisfério sul e onde as desigualdades e os bolsões de miséria não sejam visível e esteticamente tão aparentes, contemporaneamente nota-se um quadro urbano globalizado de aumento – ressaltando as devidas proporções – do crescimento das desigualdades, precariedade nas instalações e dos bolsões de miséria (Balbim, 2016; Ferreira, 2016; Harvey, 2014) nos espaços urbanos, situações estas que de forma mais latente, eram problemáticas adstritas ao Sul.

Discorrer sobre as cidades, seu surgimento, conceitos e seus diversos modelos no percurso da história humana é tarefa de extensa demanda, cujas abordagens e significados atendem a determinados contextos que precedem o surgimento do capitalismo, mas que com este, proporciona nas cidades por um intenso processo de mudança, tornando impossível conceber as mesmas sem estas, visto que “Especificidades no processo de urbanização acompanham as diferentes fases do capitalismo colonial-industrial ou global financeiro nos países centrais ou periféricos” (Maricato, 2015, P. 17).

Assim, dado o sistema de desenvolvimento econômico vigente apresenta-se estruturado numa dinâmica de manutenção dos índices de produção e dos lucros, ocorrendo de forma globalizada. Em razão disso as cidades desempenham importante papel na disseminação dessa ideologia liberal em que o espaço torna-se objeto de apropriação irregular e desigual, em face do sistema vigente (Heynen, Kaika, Swyngedouw, 2006). O espaço urbano passa assim a ocupar extrema importância para consolidar os valores neoliberais de circulação do capital bem como reproduzir um estilo de vida urbano, demonstrando

desta forma que a cidade e sua qualidade de vida: “[...] constitui força produtiva fundamental, além de participar do processo de dominação hegemônica” (Maricato, 2015, p. 18).

Pautado por um crescimento acentuado nas últimas décadas e que resultou na consolidação da supremacia da população urbana sobre a rural, grande parte do contingente se deslocou em razão das mudanças surgidas nas relações de trabalho que permeavam o meio rural. Embora as cidades situadas no Sul tenham em seu histórico um quadro de desigualdades mais acentuado, notadamente a realidade atual demonstra que, visando atender os interesses do capital financeiro e global se constata um movimento mundial em torno de moldar as cidades aos interesses do mesmo e que resultam num aumento das desigualdades e perda da qualidade de vida (Harvey, 2014; Maricato 2016). O intenso processo de urbanização e a agenda especulativa que o caracteriza está associado à difusão de um estilo de vida urbano que é extremamente segregacionista, pautado em consolidar uma agenda urbana voltada em atender aos interesses de uma restrita parcela da sociedade com acesso aos bens de consumo, logo, uma parcela reduzida de seu contingente. Assim: “Vivemos cada vez mais em cidades divididas, fragmentada e propensa a conflitos. O modo como vemos o mundo e definimos possibilidades depende do lado da pista em que nos encontramos e a que tipo de consumismo temos acesso” (Harvey, 2014, p. 47).

Como destino de grande contingente de população mundial, a cidade representa mas não efetiva o atendimento dos interesses e da melhoria das condições de vida, num cenário em que as políticas públicas praticadas pelos governos locais associados aos interesses de mercado são voltadas em atender público e espaços específicos, revelando cenários de má distribuição ou inexistência de serviços básicos, de degradação ambiental e revelando um pernicioso quadro de não atendimento as todas as áreas do espaço urbano, resultando num mecanismo de acentuada especulação imobiliária urbana, seja no sentido da hipervalorização de determinados bairros, seja na crescente demanda observada em escala mundial de retiradas de populações de alguns bairros para atender ao empreendedorismo estatal (Harvey, 2014; Arantes; Vainer; Maricato, 2000; Maricato, 2015).

Na atualidade, a elaboração das políticas públicas urbanas verifica-se acentuada competição entre modelos de planejamento urbano e cuja primazia são daqueles que gozam de apoio e ação conjunta de diversas agências multilaterais – vide Bird e Habitat – e cujo fôlego é predominante nas cidades latino-americanas, conhecidos como planejamento estratégico. Sua abordagem define as cidades como empresas e desta forma, as políticas adotadas pelos agentes políticos devem ser idênticas aos gestores empresariais, no sentido de tornar a cidade mais competitiva. Sob esta perspectiva, clássicas e legítimas preocupações sobre a temática urbana ocupam um menor destaque nos debates, eis que: “[...] a

nova questão urbana teria, agora, como nexos central a problemática da competitividade urbana” (Arantes; Vainer; Maricato, 2000, p.76) traduz a cidade como uma entidade similar á uma empresa, cuja economia se pauta por ser complexa e globalizada e logo, devendo ser administrada para que, ao competir com demais espaços ao redor do planeta, possa atrair maiores investimentos para sua circunscrição, ressaltando propostas que possam atrair maiores interessados em se deslocarem e investirem em seus territórios.

Nesse sentido as cidades e a qualidade de vida urbana são moldadas tanto na política como nos investimentos que se pretendem, de forma parcial, na medida em que a ênfase dada por esses dois setores é diferenciada, nitidamente atribuindo um valor mercadológico aos mesmos. Com isso, a produção da política urbana em escalas internacional, nacional e local remonta a processos e mecanismos de poder vinculados a um regime de verdade – a política internacional das grandes convenções – sobre os padrões a serem adotados para a produção e reprodução do espaço. Assim, a produção das cidades se dá sob um discurso da sustentabilidade, numa ótica que pode ser relacionada com a ecogovernamentalidade, ou seja, como forma de atender a mecanismos de poder colonizadores dos espaços locais (Agrawal, 2005; Freitas; Mozine, 2015a).

Nesse contexto, para Maricato, embora as cidades ocupem um pauta assídua nos meios de comunicação, estes: “[...] raramente a toma como um produto, ou mercadoria que intermédia os conflitos entre as classes sociais” (2015, p.19) justificando sua afirmação nos interesses decorrentes do capital imobiliário e seu patrocínio das grandes mídias. No mesmo sentido, para Harvey, as cidades e a qualidade de vida que delas decorre são uma mercadoria não acessível a todos e que representam: “[...] um mundo no qual o consumismo, o turismo, as atividades culturais e baseadas no conhecimento, assim como o eterno recurso à economia do espetáculo, tornaram-se aspectos fundamentais da economia política urbana” (2014, p. 46).

Embora esse seja um contexto verificado sobre a realidade urbana, as cidades são fonte de preocupação e ainda que esse quadro de desigualdades se mantenha, os avanços em debates, práticas e regulamentação se intensificaram nas últimas décadas. Com as discussões produzidas em Estocolmo no ano de 1972 intensificou-se no plano institucional um caráter internacionalista para as políticas sobre meio ambiente e sustentabilidade, revelando que embora os países possuam fronteiras e soberania isso não ocorre em relação ao debate sustentável – eis que mesmo se tratando de países distintos trata-se de um único planeta e cuja população está em maior quantidade em espaços urbanos – essa discussão chega às cidades (Balbim, 2016).

O delineamento da pauta da sustentabilidade nos contornos contemporâneos começa nas décadas de 1960 e 1970, passando a ocupar crescente espaço no debate internacional e cuja ênfase ao se tornar tema de crescente atenção,

guarda estreito relacionamento com o modelo de desenvolvimento econômico do pós-segunda guerra e das transformações políticas, econômicas e sociais geradas pelos dois grandes conflitos, seja no âmbito interno como no externo da política internacional.

Sendo importante marco ao tornar evidente uma preocupação e a necessidade e urgência de uma ampla discussão ambiental na sociedade internacional, a Conferência de Estocolmo fomentou que outros segmentos se tornassem objeto de atenção, como as políticas urbanas. Sendo sustentabilidade um conceito em discussão, comportando diferentes argumentações, diversas também são as propostas trazidas no debate contemporâneo para sustentabilidade das cidades. Ainda que ocupem espaços relativamente pequenos às dimensões do planeta, é nas cidades que de forma mais acentuada se evidencia, a transformação do espaço promovida pelo elemento humano, bem como se observa a concentração do maior número de atores sociais.

O estilo de via urbano passou a ser uma grande preocupação no contexto das diretrizes trazidas pelas discussões oriundas de Estocolmo, o que se respaldou no intenso fluxo migratório para as regiões metropolitanas, apontando um quadro de altos índices populacionais, mas também da constatação de que em decorrência desses eventos, houve uma extensão das espaços adjacentes, evidenciando uma lógica de que: “Se a riqueza é produzida com maior intensidade na cidade e, nesta, acumulada de diversas formas, é nessa mesma cidade onde a pobreza cresce e também se acumula, assim como os custos de energia e as crises ambientais” (Balbim, 2016, p. 136).

Assim, em 1978 a Organização das Nações Unidas criou o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos, conhecido como ONU-HABITAT. Esse programa surge da conferência Habitat I realizada em 1976 da cidade de Vancouver, localizada no Canadá e que se materializou em duas outras oportunidades, 1996 e 2016, sediadas pelas cidades de Istambul e Quito e respectivamente conhecidas como Habitat II e III, destacando as duas últimas cúpulas pela gestão de importante marco regulatório, a Agenda Urbana cuja reformulação ocorreu na última edição, em 2016.

O programa, constituído do sistema das Nações Unidas, gerencia diversificada atividade relacionada com assentamentos humanos: “[...] facilitando o intercâmbio global de informação sobre moradia e desenvolvimento sustentável de assentamento humanos” (Onu-Habitat, 2018) bem como mantém atendimento visando atender as demandas apontadas pelos centros urbanos em diversos setores. A atuação da ONU-HABITAT sobre as cidades sustentáveis possui sua relevância na Campanha Urbana Mundial cujo escopo é: “[...] conscientizar a população mundial sobre a necessidade de ter cidades sustentáveis, com pouca desigualdade e com serviços básicos de qualidade”. (Onu-Habitat, 2018).

Na cúpula de 1976, a tônica na condução das rodadas e no resultado das discussões promovidas foi de que as políticas urbanas – que nesse contexto se relacionam mais ao reconhecimento e as preocupações em garantir melhores condições de moradia – são de responsabilidade estatal, não ampliando essas questões para uma atuação multilateral, revelando um aspecto ainda centralizador que encontra justificativa no ainda vigente modelo de estado de bem estar bem como da existência da Guerra Fria, contextos políticos que permitiam essa visão centralizadora. Ainda que sua realização tenha por escopo discutir melhores soluções para as questões urbanas, Balbim ressalta que:

Essa primeira conferência manteve a condenação global a migração como se esta fosse a grande vila dos problemas urbanos. E não parece ser por acaso que, a partir de então, se abriu espaço para que a segregação sócioespacial e as diferenças profundas no acesso a cidade passassem a estruturar a produção da cidade, representada, por exemplo, pelos conjuntos habitacionais periféricos construídos ainda com maior ênfase no chamado primeiro mundo e exportados como modelo para os demais países (Balbim, 2016, p. 152).

Embora a primeira conferência tenha ocorrido em 1976 e a problemática urbana já seja analisada, segundo Alves (2010) sua internalização passou a adotar agenda de destaque em 1992. A internacionalização do termo “cidades sustentáveis” e a discussão de mecanismos para sua implementação assumiu posição de destaque na agenda política a partir de 1992, quando da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, e que deu origem à Agenda 21, consolidando-se em 1996, por oportunidade da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, cujo resultado normativo foi a Agenda Habitat, tendo se tornado tema obrigatório dos grandes encontros internacionais posteriores que discutiram os rumos do desenvolvimento humano na atualidade. Interessante é o fato de que este debate internacional foi inspirado pela experiência brasileira na discussão sobre o tema (Alves, 2010).

A sustentabilidade foi absorvida por discursos globais, sendo instrumentalizada como mecanismo de poder (Malette, 2011) como uma maneira das cidades se pretenderem sustentáveis, mas em um discurso afeito a uma racionalidade de ordem econômica em detrimento da ambiental (Leff, 2006). Desta forma, a relevância da implementação do programa e da realização das conferências ocorridas em intervalos de vinte anos se relaciona com a importância de uma abordagem focada numa modalidade de espaço físico que concentra altos índices populacionais, qual seja, o espaço urbano. Nesse sentido, Ferreira evidencia que:

É claro que reações a esse processo de urbanização predadora não tiveram início logo depois da Conferência de Vancouver; embora, como de hábito,

partindo dos países centrais do capitalismo ou desenvolvidos. A gramática da sustentabilidade começou a surgir já nessa época, e iniciaram-se práticas urbanísticas voltadas à produção de uma boa cidade, entendida como aquela capaz de certo equilíbrio socioespacial e respeito ao meio ambiente, a partir de uma regulação pública mais efetiva (Ferreira, 2016, p. 77).

Segundo Mauad o gradativo interesse das Nações Unidas em mobilizar essa agenda decorre da realidade de possuírem os núcleos urbanos o contingente observado atualmente, fato que foi relevante e passa a intensificar a preocupação em mundial em 1996:

O rápido crescimento da população urbana mundial desde o fim da Segunda Guerra Mundial, e em muitos casos de maneira desordenada, expôs para a comunidade internacional os problemas enfrentados pelos centros urbanos não projetados para acolher tantos habitantes. O que parecia até então ser um problema doméstico passou a ser percebido como global e como ameaça para os objetivos de paz das Nações Unidas. Se a discussão no bojo da organização tratava do desenvolvimento dos países mais vulneráveis, das melhorias nas condições de saúde e educação da população mundial, da defesa dos direitos humanos e da paz, então a ONU teria que inserir a questão urbana na sua agenda (Mauad, 2011, p. 53).

Embora a inclusão dos assentamentos tenha ocorrido em 1976 destaca-se que somente com a Habitat II, realizada em 1996 que a questão urbana ganhou maiores contornos, principalmente quanto aos aspectos sociais decorrentes desses assentamentos, o que para Mauad (2011) se explica pelo antagonismo caracterizado na sociedade internacional, onde num contexto de guerra fria e crise do petróleo, estavam os países preocupados com temáticas que envolvessem defesa e segurança.

Pautada na inexistência de um mundo bipolarizado, mas cada vez mais urbano, a segunda conferência é marcada por uma dinâmica diferente. Sua realização se deu com a concentração e efetiva participação e discussão de um número diversificado de atores sociais que em 1976 não estiveram presentes num caráter tão evidente.

Assim, a segunda conferência se pautou por uma estratégia de descentralização e maior demonstração da efetiva participação do poder local, revelando consonância com as diretrizes trazidas pela Agenda 21, instrumento derradeiro estabelecido pela ECO-92, realizada na cidade do Rio de Janeiro. Nesse sentido, verifica-se uma natureza sistêmica entre as conferências gestadas pelo sistema Nações Unidas e cujos conceitos se tornam permeáveis para assimilação aos eventos posteriores, o que no caso da redação final dos documentos elaborados na Habitat II, se destaca que: “[...] novas evidências e novos conceitos se expandiam nesse momento de ‘desenvolvimento sustentável’” (Balbim, 2016, p.153).

O processo de descentralização na produção das políticas urbanas internacionais resultou na participação de diversos setores da sociedade, fortalecendo dessa forma discussões e práticas da sociedade civil, num caminho possível para o rompimento de uma ecogovernamentalidade centralizadora do poder (Agrawal, 2005). Na esteira dessa nova visão descentralizada na condução, notadamente pautada por uma menor regulamentação estatal nas questões imobiliárias a segunda cúpula manteve as premissas debatidas na primeira ocasião quanto à moradia. Contudo, decorrente da concepção neoliberal vigente, a questão foi abordada de forma a fomentar os interesses privados participantes, não se verificando políticas no sentido de tornar seu acesso uma prática. Assim, notadamente: “A Habitação tornou-se apenas uma mercadoria, e o setor privado – principalmente, os bancos e os fundos – foi o maior beneficiário” (Balbim, 2016, p. 153).

As questões discutidas no evento demonstram que mantiveram sua capacidade reverberação ao longo dos anos para influenciar discursos e propostas apresentadas sobre urbanismo e uma nova mentalidade na gestão dos espaços urbanos, onde além da expressiva participação popular marcada por uma diversidade de setores, a HABITAT II trouxe relevantes apontamentos bem como gerou uma maior repercussão midiática em torno da conferência (Maricato, 1997) e no caso da realidade brasileira exerceu muito influência na elaboração de marcos importantes como o Estatuto da Cidade em 2001, a criação do Ministério das Cidades em 2003 e o Conselho das Cidades em 2004 (Ipea, 2016). As mudanças que conduziram a política urbana institucional no âmbito das discussões fomentadas pelas Nações Unidas na segunda edição da Habitat em 1996 guardam estreita relação com a modificação no conceito estatal. Se as políticas formuladas em 1976 pontuavam uma atividade centralizadora do estado e com irrisória participação das organizações internacionais cuja possibilidade se deu em razão do contexto político acima mencionado, a década de noventa se caracteriza pela existência do estado mínimo, resultando de diretrizes neoliberais crescentes no começo da década de oitenta. Segundo Balbim:

O Estado-nação não foi simplesmente ‘democrático’ ao trazer a sociedade organizada e os governos locais para o centro do debate, mas tentou, de maneira implícita ou explícita, compartilhar com os demais entes o peso da rápida urbanização. [...] A segunda conferência foi marcada por cenário internacional muito mais complexo. Parte dessa complexidade veio do contexto das conferências sociais da Organização das Nações Unidas ocorridas nos anos anteriores, o que inaugurou um período de intensa mobilização da diplomacia da sociedade civil e de reconhecimento da ONU como a principal arena de resolução para problemas globais (Balbim, 2016. 153).

Como se vê, a sociedade civil obteve forte representação, essa descentralização possibilitou a fomentação do capital privado e sua ideologia, conduzindo a

questão do espaço urbano numa racionalidade mercadológica. Sobre tal afirmação há que se ressaltar que:

[...] as cidades foram reconhecidas como condutoras do crescimento global e a urbanização foi considerada como uma oportunidade. Provavelmente pela lacuna deixada pelas nações, o capital global estabeleceu um novo relacionamento nas cidades entre as forças financeiras e os espaços de acumulação. Nesse momento, o mundo também conheceu o fortalecimento do papel exercido pelos governos locais e o poder da participação popular. As políticas de direito à moradia inspiraram principalmente os bancos e as agências internacionais a trabalharem em coordenação com os governos locais (Balbim, 2016, p. 153).

Para Ferreira (2016), tendo como referência os quarenta anos que separam a primeira e a segunda edição, embora as referidas conferências tenham o mérito de terem promovido avanços no sentido de inserirem as questões urbanas – desde a década de setenta – nas discussões e ações políticas num âmbito internacional e logo, por consequência acabarem por: “[...] inserindo o combate à desigualdade socioespacial nos programas de ação de muitos governos” (Ferreira, 2016, p. 66) não possibilitaram uma mudança em termos práticos, ou seja: “[...] não se lograram avanços verdadeiramente significativos” (2016, p. 66). A governança sobre o assunto, possibilitada pela redução ou exclusividade estatal demonstra nesse momento que além, da participação da sociedade civil traz a gestão das políticas públicas voltadas para interesses de ordem privada e consequentemente concepções diferentes das discutidas em Vancouver. Em 1996, notadamente havia um consenso quanto aos objetivos principais que deveriam consolidar a agenda: “[...] ao mesmo tempo em que não necessariamente concordavam com a forma de atingir a meta. Os direitos a moradia conheceram muito rapidamente a desregulação do mercado imobiliário, da terra e do financiamento” (Balbim, 2016, p.153).

As considerações feitas acerca da predominância dos interesses econômicos – em especial o do setor imobiliário – que revelam seu poder e gerencia modelação da estrutura e das políticas públicas de investimento da cidade (Harvey, 2014, Maricato, 2015, Arantes; Vainer; Maricato, 2000) podem ser precisamente endossadas nas discussões feitas em Istambul na medida em que se verificou, em razão das crenças defendidas e reiteradas na ocasião de um estado mínimo, logrou a iniciativa privada em comandar a moderna gestão da questão da moradia, mediante a difusão das parcerias público-privadas. Neste sentido, reconhecido o estratégico papel do urbanismo e a importância da cidade como “vetor de desenvolvimento” no contexto de elaboração e manutenção dos interesses da moderna economia mundial, ou seja, Balbim ressalta:

A privatização completa dos sistemas nacionais de habitação foi vendida como concepção moderna de gestão entre os setores público e privado, que passaram a explorar novas formas de cooperação nas quais o setor privado tem papel cada vez mais dominante. A estratégia para tornar os projetos de urbanização de favelas ‘bancários’ foi torná-los atrativos para os bancos de varejo, as empreiteiras, as instituições de financiamento imobiliário, os fornecedores de serviços, as instituições financeiras e as empresas de serviços públicos. (Balbim, 2016, p. 154).

Mantida a tradição do lapso temporal que as separa, pela primeira vez num país da América latina foi selecionado para sediar a Habitat III, realizada em Quito, Equador e revelando a importância em regionalizar ainda mais a questão junto de uma participação efetiva da América Latina e Caribe por ser a segunda região mais urbanizada do globo (79,5%) (Ipea, 2016, 11).

Ultrapassados vinte anos as questões urbanas são uma constante, sendo necessário no contexto atual verificar em que medida as diretrizes firmadas em Istambul se tornaram ferramentas úteis na melhoria da realidade urbana bem como quanto aos avanços constatados em questões legislativas e das práticas urbanas. A dinâmica do evento manteve o caráter descentralizado que marcou a realização na Habitat II em 1996 ao trazer de forma efetiva o debate das questões urbanas junto aos mais diversos setores e níveis institucionais, o que na complexidade da vida urbana atual, não comporta outra abordagem, vez que com a Habitat II: “[...] tornou-se claro e obrigatório que a gestão pública deve acontecer sob a égide do planejamento e da participação social com mecanismos integrados que busquem a produção de cidades para todos” (Ipea, 2016, p. 24).

Nesse sentido, a produção das discussões foi gerada através de elaboração dos países filiados ao sistema das Nações Unidas sobre o quadro atual da realidade urbana de cada uma dessas nações, que ao final compuseram um relatório regional. As deliberações realizadas em outubro de 2016 resultaram na elaboração da Declaração de Quito bem como na elaboração da “Nova Agenda Urbana”.

Composta por 175 itens que servem de coordenadas para os países signatários, a Nova Agenda em seu item 13, explicita que as cidades as quais o novo documento pretende consolidar como resultado de uma dinâmica a ser adotada em escala global é “visualizada” por apresentar uma dinâmica de inclusão e que consiste em seus principais itens e disposições subsequentes em uma inclusão que venha gerar iguais oportunidades para todos. O documento final sustenta um direcionamento para o fim da discriminação, respeito pleno aos direitos de refugiados e migrantes, igualdade de gênero e empoderamento do sexo feminino, destacando a importância de cidades mais limpas com a redução das emissões de carbono bem como a implementação de melhores iniciativas verdes e de conectividade, em que devam os assentamentos exercer:

[...] função social, inclusive a função social e ecológica da terra, visando progressivamente alcançar uma concretização integral do direito à moradia adequada como um componente do direito a um nível de vida adequado, sem discriminação, acesso universal a água e saneamento seguros e economicamente acessíveis, assim como acesso igualitário para todos a bens públicos e serviços de qualidade em domínios como segurança alimentar e nutrição, saúde, educação, infraestrutura, mobilidade e transporte, energia, qualidade do ar e subsistência (ONU, 2016, p. 5).

A consequência dessa densidade demográfica acarreta intensa utilização de recursos naturais bem como de combustíveis, elevadas taxas de consumo que visam atender a manutenção da estrutura urbana, gerando degradação e patente carência de sustentabilidade. Dessa forma, se o conceito de sustentabilidade não resta firmado em uma única noção, ainda menos preciso e estanque é o conceito de cidade sustentável em, que algumas experiências ao redor do mundo se apropriam desse conceito visando atender as demandas de uma realidade que associada a tecnologia, evidencia que os recursos naturais não estão disponíveis de forma ilimitada (Acsehrad, 2009).

Assim, proliferam-se as discussões sobre as cidades sustentáveis, destacando-se como esses espaços em que a vida se organiza de forma intensa tanto pode promover melhores condições de vida aos cidadãos bem como sua contribuição com a natureza em si. Logo, a reflexão sobre cidade e sustentabilidade não é simples em razão de ser a mesma, em sua formação, espaço propício para que exista um ambiente não sustentável. Porém, ideias e práticas que pretendem tornar esses ambientes sustentáveis se revelam relevantes em razão da população mundial já estar concentrada em centros urbanos. A observação das experiências ao redor do mundo demonstra que as cidades assim consideradas não possuem muitas vezes critérios e ou peculiaridades que as definam em comum, possuindo na atualidade matrizes e noções diferenciadas, o que justifica o critério difuso na qual as práticas ao redor do mundo pretendem validar tal sustentabilidade. Em resumo, se constata novamente que tal imprecisão acerca de tais conceitos é algo de extrema importância e relevância política, uma vez que a adoção de determinado conceito pode influir diretamente em setores e interesses da sociedade (Acsehrad, 2009; Alves, 2010; Teodoro, 2015).

Embora o que venha a ser considerada cidade sustentável possa ser entendido por ângulos diversos, a constatação que se observa no cenário local e internacional é uma necessidade de que os centros urbanos tentem se adequar as demandas trazidas pelos problemas ambientais nas últimas décadas. Nesse sentido, adequar-se a essa nova realidade proporciona para a cidade que busca ser sustentável, alguns atrativos, o que para alguns autores, ao atender a uma demanda em discussão, possibilitar a cidade ser encarada

como uma mercadoria. Neste sentido a organização de uma cidade têm, segundo Isabel Guerra, por vezes se enquadrar em parâmetros estabelecidos, que assim apregoa:

Há muito que se tenta organizar as cidades segundo modelos preestabelecidos, definindo os seus limites, a organização das suas funções e as responsabilidades dos diversos actores, ambição essa que originou vários modelos com mais ou menos impacto, desde as cidades lineares russas, às cidades-jardins, passando pelas cidades funcionais de Corbusier. (Guerra, 2010).

Dadas às necessidades da atualidade, esta é uma forma de dar outro viés para as cidades, o que ao longo do tempo se verificava serem fatores diversos, mas que na atualidade promove no quesito sustentabilidade grande importância, ou seja, são um produto que precisa ser constantemente adaptado às necessidades observadas. Nesse ínterim surgem as cidades sustentáveis e diversas experiências concretas que as franqueiam como tais (Acserald, 2009; Heijden, 2014; Neo, Pow, 2015).

A POLÍTICA AMBIENTAL URBANA COMO SATISFAÇÃO DE JUSTIÇA SOCIAL E AMBIENTAL

Conforme se discutiu na seção anterior, constatada a existência de uma crise ambiental, esta decorre da utilização desarrazoada dos recursos naturais e da ocupação dos espaços – naturais ou artificiais – de forma desordenada. Sua gênese reside no modelo civilizatório formulado e executado pela modernidade e cuja racionalidade técnico-econômica busca atender uma sociedade fundada numa ideologia de consumo, lucro e acumulação da riqueza. Essa constatação é resultado de padrões políticos reproduzidos em escala global; geradores de degradação e ocupação desproporcional dos espaços e cuja reprodução se processo também em dimensão globalizada (Acserald, 2010; Baggio, 2008; Guattari, 2001; Rammê, 2012).

Tanto a exploração dos recursos naturais quanto a ocupação dos espaços geográficos visam atender a uma demanda de desenvolvimento que está associada ao sistema de produção vigente, no qual os recursos naturais e ecossistemas são concebidos como coisas, para que sejam as metas econômicas e desenvolvimentistas mantidas e ou superadas (Guattari, 2001; Leff, 2006, 2016). Por este motivo, as intervenções feitas no meio ambiente são cristalizadas numa forma agressiva e sem qualquer preocupação com o os ecossistemas originais, muito menos com o elemento humano presente das relações sociais desempenhadas por eventuais aglomerações humanas dessas áreas (Acserald, 2010).

Nesse contexto, importantes mecanismos resultaram em um regime internacional de regulação urbana – pautado em uma governança mundial – cujo resultado proporcionava novos contornos ao conceito de soberania estatal no campo das políticas internacionais. Esse regime, de viés colonizador, implica na adoção de políticas para mero atendimento a diretrizes e mecanismos de poder internacionais (Freitas; Mozine, 2015b). A crise ambiental por sua vez, em face de considerações que são a seguir analisadas também gerou sua parcela de efeitos nesse processo, por via de uma governança ambiental da sustentabilidade em escala global (Leff, 2006; Barchi, 2016; Veiga, 2013).

Assim, pela via do multilateralismo e da governança mundial, tanto desenvolvimento bem como as discussões ambientais se pautaram expressivamente nesse âmbito da política internacional. Para além da justificativa de serem os efeitos da crise de interesse e ônus de todos os seres vivos, essa dinâmica de uma via institucional internacional proporciona níveis de padronização política que possibilitam que interesses não só estatais, sejam mantidos na condução das questões ambientais. Desse modo, regras de uma modernização ecológica, mesmo portadoras de críticas por não romperem com os ditames econômicos e antropocêntricos, possibilitam uma uniformidade na forma de se discutir meio ambiente e não cria rupturas com o sistema vigente (Acserald, 2010; Lima, 2003). Embora a relação com a natureza ainda seja pautada de forma padronizada e cuja essência é lhe atribuir um viés de insumo econômico e rentável, os efeitos assistidos não se revelam uniformes no impacto gerado nas populações ao redor do globo.

Dessa maneira, como resultado de uma crise ambiental global, uma significativa parcela dos núcleos humanos responde de forma mais incisiva sobre os malefícios decorrentes do sistema capitalista de produção, gerando um visível quadro de desigualdade socioambiental. Tal crise é suportada, assim, de maneiras distintas, pois com o passar dos anos evidenciou que ainda que todos os seres humanos sejam atingidos diferenciadamente pelo uso irracional dos bens naturais, toda a humanidade é levada a um quadro generalizado de degradação (Acserald, 2010; Guattari, 2001; Herculano, 2002; Leff, 2006, 2008, 2016; Rammê, 2012).

Uma primeira análise da situação apresentada parece sugerir que tais eventos envolvendo risco de degradação ambiental poderiam apenas tratar-se de casos de calamidades decorrentes de cenários ou previsões apocalípticas relacionadas ao meio ambiente, quando na verdade o cenário de precariedade, degradação e risco são decorrentes dos contornos de algumas realidades sociais, em que essa desigualdade na distribuição dos efeitos da crise ambiental está materializada. Do momento de sua inserção até o presente estágio de intensa discussão e produção política ambiental, notadamente se observa a ampliação e maior atenção sobre a temática, abrangendo os setores da sociedade de forma diversificada e plural quanto aos seus interesses, mas ainda

prevalecendo um discurso e uma prática ambiental marcada por um aspecto genérico e uniformizador (Acserald, 2010; Leff, 2016).

A medida uniformizadora e padronizada gerada pelo sistema econômico vigente, também se verifica na elaboração dos interesses na elaboração das propostas sustentáveis, criando uma perspectiva além de genérica, destoante das peculiaridades existentes em cada região do planeta e das possibilidades existentes em uma nova perspectiva a ser elaborada, bem como atuando no sentido de desqualificar e “desprezar” todas as demais formas de conhecimento e proposta que se distanciem da institucional, na definição de uma nova sustentabilidade. Conforme salienta Acserald:

A razão utilitária configurou a estratégia dita de modernização ecológica, pela afirmação do mercado, do progresso técnico e do consenso político. A ‘sociedade de proprietários’ propugnada pelo neoconservadorismo é seu norte: uma revolução da eficiência é evocada para economizar o planeta, dando preço ao que não tem preço. a razão cultural deu, por seu lado, origem a uma ação que denuncia e busca superar a distribuição desigual dos benefícios e danos ambientais. Considerando que a injustiça social e a degradação ambiental têm a mesma raiz, haveria que se alterar o modo de distribuição – desigual – de poder sobre os recursos ambientais e retirar dos poderosos a capacidade de transferir os custos ambientais do desenvolvimento para os mais despossuídos. (Acserald, 2010, p. 109).

Dessa forma, ainda que gradualmente tenha se ampliado o espectro dimensional no qual as questões ambientais para revelar não só um aspecto do meio natural e dos recursos disponíveis, se mantêm discursos e práticas cuja pauta não tratam a questão social sob uma perspectiva mínima. As perspectivas trazidas pela discussão e pelas políticas institucionais ignoram uma gestão mais crítica do sistema de desenvolvimento para demonstrar a possibilidade de uma sustentabilidade estabelecida mediante novos critérios de distribuição de riquezas e redução das desigualdades na recepção dos efeitos da crise ambiental. Neste contexto, as perspectivas pautadas numa abordagem crítica do sistema são desconsideradas e mesmo estigmatizadas, numa permanente desconstrução das mesmas, buscando atrelar as mesmas á retrocesso e perda de renda (Guattari, 2001; Leff, 2006, 2016).

A existência de discrepâncias no impacto em que alguns ecossistemas ou grupos sociais suportam em razão da expansão e manutenção de um sistema de exploração capitalista evidencia um acentuado quadro de desigualdade ambiental. Sendo constada essa realidade, deve ser analisada a disparidade ambiental em todas as dimensões nas quais o meio ambiente é considerado, inclusive a social. Na medida em que se observa que a exploração predatória dos recursos se pauta em manter uma má distribuição de riqueza, bens e não

atende uma ampla distribuição das melhorias das condições sociais, se mobilizam diversos grupos e movimentos sociais para lutar pela mudança desse quadro, sendo esses os motivos responsáveis pelo surgimento dos movimentos por justiça ambiental. (Baggio, 2008; Rammê, 2012).

Nesse contexto, a justiça ambiental é uma expressão que comporta duas vertentes que podem ter por objeto de atuação de movimentos sociais em assuntos de natureza ambiental, sendo atribuída para tratar das questões relacionadas das discussões decorrentes da contaminação ambiental ou de racismo ambiental (Schlosberg, 2013). Para Rammê (2012), no estudo das origens da justiça ambiental nos movimentos sociais americanos o racismo ambiental traz maior visibilidade quanto às problemáticas que desafiam determinadas comunidades, em grande parte formadas por negros e pobres, onde são os depósitos de todo o tipo de resíduos industriais implantados.

A logística na criação e implantação dos espaços destinados para depósito de resíduos não apresenta um caráter igualitário em sua distribuição, o que revela a ocorrência de racismo ambiental na medida em que cidades e bairros negros ou pobres são os destinos mais observados, numa demonstração de que o desenvolvimento industrial não conduz de forma equânime os efeitos decorrentes dos problemas ambientais, essa forma de racismo: “[...] exprime o fenômeno pelo qual muitas das políticas públicas ambientais, práticas ou diretivas acabam afetado e prejudicando de modo desigual, intencionalmente ou não, indivíduos e comunidades de cor” (Rammê, 2012, P. 18).

Ainda assim, as inserções trazidas pela forte inclusão de questões ambientais são bem maior no sentido de promover uma repaginada de alguns setores produtivos a uma dinâmica esverdeada do que romper e promover a discussão e a inclusão das discussões sociais sob esta perspectiva. Paralelo ao discurso oficial existe uma nova perspectiva em discutir o que venha a ser sustentável e nesse sentido as lutas sociais se tornaram também ambientais na medida em que essa desigualdade as atinge mais, causando um quadro de desigualdade social e que apenas aumenta (Acserald, 2010, Leff, 2006, 2016).

Sob esta ótica, a ecologia política e as propostas de justiça ambiental inserem em suas frentes de atuação uma a inclusão de aspectos mais abrangentes quanto à questão sustentável, dos quais os conflitos decorrentes da ocupação dos espaços e das práticas de degradação ambiental ali desenvolvidas devem ser evidenciadas ao invés de “camufladas” ou atenuadas em um discurso técnico legal no qual se pretende definir e delimitar o que venha a ser sustentável. A constatação de tais práticas e a mobilização social promovida ao longo das décadas subsequentes provocou o fortalecimento do movimento por justiça ambiental e resultando numa atenção das políticas americanas, por meio de uma maior discussão junto a uma maior interação entre as forças políticas e os grupos ambientalmente envolvidos, seja no sentido de eliminar ou mesmo mitigar tais desigualdades.

As significativas mudanças sobre justiça ambiental bem como o contexto da década de 90 em que questões ambientais tomaram fôlego na dinâmica internacional fizeram com que as desigualdades e injustiças ambientais e maior inserção das questões ambientais nas discussões ao redor do mundo, também a justiça ambiental se internacionalizou. Nesta perspectiva, a realidade brasileira assim como a realidade de outros grupamentos humanos no hemisfério sul são francas demonstrações de desigualdade ambiental, nem sempre pautados por existência de racismo ambiental nos moldes originários americanos, mas construídos em torno de uma desigualdade social que é própria desses territórios, decorrentes em grande parte do processo colonizador ao qual foram submetidos. (Acserald, 2010; Herculano, 2002).

Para Lynch (2009) inexistem possibilidades de comparação na forma como os movimentos que lutam por justiça ambiental concentram seus esforços ou se constata avanços em razão das desigualdades ambientais e cuja explicação reside no contexto político e burocrático de cada nação, bem como necessário questionar como as políticas impetradas pelos países desenvolvidos e de caráter técnico e científico tendem a conduzir interesses como na caótica das cidades latino americanas.

A crítica apontada é de que existe mais interesse em regulamentar do que monitorar pois regulamentar é mais barato e enfim, verifica-se a possibilidade de pagar e pronto, o que Balbim (2016) aponta como – paga-se uma multa do que se construiu como uma mentalidade. Lynch (2009) aponta que as modalidades de políticas em sua grande maioria verificadas pretendem mudar uma mentalidade ou tornar efetiva a administração da degradação ambiental mas sim que significa apenas que essa ciência regulamentadora seria acrescida e sim que ela seria melhor difundida, onde se verifica uma atividade passiva por parte da sociedade apenas tendo acesso as informações sobre os graus de poluição.

Acserald, ao formular um retrospecto do histórico das questões ambientais no Brasil destaca o processo de pulverização dos discursos e das práticas cuja chancela se pretendia validar como ambientais em atendimento á diversos setores da sociedade, os quais além de se revelarem em propostas questionáveis na forma como apresentadas, não traziam em suas bases formulações de essência social. Neste sentido, tem-se que:

Uma diferenciação interna ao ambientalismo mostrou-se, desde logo, diretamente relacionada ao modo como as questões do combate à desigualdade foram ou não articuladas ao conteúdo das lutas ambientais. admite-se correntemente que a conexão forte entre as questões ambiental e a econômica havia sido subestimada durante a fase inicial de constituição de entidades que remetem à proteção do meio ambiente. (Acserald, 2010, p. 105).

Para o autor demandaria efetivamente por parte dos atores inseridos em discussões efetivamente ambientais e cuja “missão” de “proteger o meio ambiente” terem formulações distintas das que guardem um viés meramente econômico. Impulsionar as discussões e questões ambientais sob a perspectiva de uma justiça ambiental não seria possível sem o inevitável processo de maturação com que a questão passou a ser analisada, em especial pelas mudanças trazidas pela década de 90.

Uma nova abordagem pautada numa maior interação entre movimentos sociais, fossem de minorias diretamente relacionadas ao mau uso dos recursos naturais ou mesmo de classes especializadas e cuja atuação se firmavam em crítica ao modelo predominante de desenvolvimento, possibilitaram junto com as articulações trazidas pela ECO-92, possibilitou que as discussões foram projetadas e passassem a dispor de visibilidade, para além dos parâmetros do discurso institucional até então vigente. Diante dessa perspectiva, assevera Acsegrad que:

É sabido que, entre analistas e atores sociais, desenvolveu-se, ao longo dos anos 1990, a impressão de que teria havido um processo de substituição do ambientalismo contestatário por um ecologismo de resultados, pragmático e tecnicista. no entanto, essa impressão não foi generalizada, dado que alguns atores – e autores – sustentam ter ocorrido, isso sim, um movimento de neutralização das lutas ambientais, empreendido por organismos multilaterais, empresas poluidoras e governos, esforço esse que teria sido bem-sucedido apenas junto ao que chamam de ecologismo desenraizado, desprovido de maiores vínculos com movimentos sociais. (Acsegrad, 2010, p. 106).

O que se possibilitou foi uma abordagem e uma nova forma de discutir as questões ambientais para além do aspecto tecnocrático, na medida em que uma discussão caracterizada por um modernidade ecológica – cuja premissa é buscar através de conhecimentos técnicos e profissionais uma validação das regras de mercado às regras de ecologia sem contudo perder seu caráter utilitarista – surge: “[...] um campo de forças, colocando em jogo a distribuição de poder sobre os recursos territorializados a partir de embates diretos ou simbólicos na disputa pela definição legítima do que é ou não ‘sustentável’” (Acsegrad, 2010, p. 106). A existência de uma injustiça ambiental que atinge de forma desigual os grupos sociais, é sob o prisma do movimento de justiça ambiental, fundado não em um único elemento mas sim de constituição diversificada e pautado pelo fato de que não pode a visão economicista se constituir numa única alternativa para o progresso, pautando nesse sentido um desprezo por outros modos de vida e múltiplos em sua maneira de se relacionar com o planeta. (Milanez; Souza, 2015).

Nesse sentido, os movimentos sociais e as formulações pautadas pela ecologia política e justiça ambiental trazem o conflito e as lutas por melhores

condições socioambientais na medida em que esses saberes e essas realidades – sejam e grupos étnicos ou minorias étnicas sejam relegadas ao interesse do capital. Dentre as causas apontadas por Rammê (2012), destaca-se as que se vinculam ao sistema capitalista que institui e propaga uma franca injustiça social ao ignorar as verdadeiras necessidades humanas em prol de um estilo de vida pautado pelo hiperconsumo que além de criar necessidades irreais à condição humana, exclui e marginaliza os grupos e indivíduos que não conseguem se inserir em tal dinâmica, gerando ainda mais desigualdade e por consequência, maiores e piores condições de vida e ocupação dos espaços residindo a segunda causa no enfraquecimento estatal em face de um sistema capitalista que na atualidade globalizado e sem fronteiras. Ainda nesse sentido, ao pontar o atendimento as regras de mercado em detrimento de direitos sociais, Rammê ressalta:

Tal flexibilização é fator decisivo para que condutas marcadas pelo preconceito ou pela recusa de reconhecimento à dignidade humana se proliferem, fazendo surgir os cenários de injustiça ambiental, sobretudo em parcelas socialmente vulneráveis da população mundial. O enfraquecimento do Estado decorre tanto da adoção de políticas públicas insatisfatórias, quanto da omissão na adoção de políticas voltadas ao enfrentamento de injustiças ambientais (Rammê, 2012, p. 63).

Sob o signo de global e contando com o enfraquecimento estatal, a soberania do mercado tende a mitigar cada vez mais as conquistas os direitos sociais em prol da manutenção das taxas de desenvolvimento. Segregação espacial e a desigualdade social na aplicabilidade das leis ambientais são respectivamente terceira e quarta causa de injustiça ambiental. As coordenadas que caracterizam a atuação por parte os atores internacionais sobre desenvolvimento sustentável e perspectivas de uma sustentabilidade efetiva se pautam justamente por promover a injustiça ambiental na medida em que as agendas e políticas não romperam com critérios econômicos (Lynch, 2009).

No caso da segregação social, em prol do atendimento das forças de mercado a ocupação dos espaços ocorre de forma desproporcional, seja no sentido de remanejar para áreas não favorecidas e carente de serviços básicos as parcelas menos favorecidas economicamente, seja no sentido ainda de serem obras dessa natureza – saneamento e melhores condições urbanísticas – só serem efetivamente observadas em áreas ocupadas setores da população com melhores condições financeiras. Além da legislação ambiental tratar de forma desigual pequenos agricultores e corporações internacionais, é a mentalidade difundida pelos setores da economia global e absorvidas como verdades absolutas sem maiores questionamentos por parte de muitos setores responsáveis pela elaboração da política pública ambiental de que agentes poluidores e medidas agressiva são um mal necessário na medida em que são enxergadas como consequências do desenvolvimento e cuja retração é

sempre encarada e difundida como piores condições de renda, desemprego e atraso econômico, o que na verdade, não corresponde à realidade, na medida em que se propagam condições cada vez mais desiguais e degradantes, tanto do aspecto social como natural. Segundo Lynch:

A ideia de justiça ambiental resulta de uma expansão da arena de preocupações com o meio ambiente no sentido de redesenhar a distribuição espacial e social de fatores ambientais positivos e negativos, partilhar as responsabilidades inevitavelmente associadas à proteção ambiental e, talvez o mais importante, definir os *loci* de tomada de decisão ambiental (Lynch, 2009, p. 71).

As elaborações que fundamentam a construção de uma justiça ambiental encontram importante sustentáculo em razão das discussões promovidas em torno do conceito de justiça. Sendo objeto de discussões e questionamentos o próprio conceito de justiça – em razão da análise promovida por novas e modernas teorias – as perspectivas trazidas pelas mesmas possibilitam entender o que é a justiça ambiental e o que a mesma pretende em sua esfera de discussão, ao constatar uma distribuição não equânime dos riscos e das degradações ambientais. Acerca das teorias da justiça, importantes formulações foram feitas por Axel Honneth (2009; 2013) e Nancy Fraser (2007; 2008) que resultam em importantes reflexões para o movimento da justiça ambiental. (Baggio, 2008; Rammê, 2012).

No que se refere ao aspecto social da ocupação e dos recursos seriam possíveis sob esta ótica. Ainda segundo Rammê (2012), a perspectiva é passível de críticas e estas residem na limitação em absorver a justiça ambiental no aspecto da redistribuição dos bens sociais mas ignorar uma ampliação da mesma, quando na verdade não são contempladas outras questões, tornando a perspectiva mais ampla para verificar as questões relacionadas a destinação dos bens naturais não humanos, ou seja, conceber a justiça sob esse âmbito limitaria em soluções de minimizar as diferenças no sentido de viabilizar uma justa distribuição mas sem dialogar com os recursos naturais no sentido de coibir sua degradação.

Nesse sentido, Lynch aponta a importância de serem as questões ambientais urbanas discutidas sob o viés da justiça ambiental, no que se refere ao espaço urbano assim reconhecido, mas também quanto aos entornos metropolitanos visto que: “[...] a poluição ambiental em determinada área, onde se põem trabalhadores e seus bairros em risco, é um problema global tanto quanto a perda da biodiversidade, a mudança climática e a destruição da camada de ozônio” (Lynch, 2009, p.71).

Dessa maneira, por se constituir um movimento originado em torno de uma prática que decorre das mobilizações dos grupos e setores que se encontram diretamente mais afetados seja por condições degradantes constatadas em seus espaços, ou mesmo pela conscientização política que decorre da

conscientização das questões ambientais surgem críticas à perspectiva trazida no âmbito desse movimento que aponta a ocorrência das desigualdades e reivindica uma distribuição equitativa dos benefícios ambientais numa busca pela compensação pelas injustiças ambientais. Neste sentido, Heynen, Kaika, Swyngedouw, sustentam a deficiência da justiça ambiental para uma avançada política na abordagem na questão ambiental urbana pois carece de maior embasamento teórico. Para os autores:

Sendo originada da práxis em oposição à pesquisa acadêmica conduzida teoricamente, fornece um diferente contexto para compreender as interações urbanas humanas/ambientais. Porque é um movimento e não uma pesquisa ou um programa em si, deve apelar explicitamente para uma ampla coalizão, quer de forma ambiental grupos de mentalidade ou de justiça social, promovendo assim a disseminação generalizada de as lutas sofreram (Heynen, Kaika, Swyngedouw, 2006, p. 9).

Sustentadores de ser e ecologia política urbana, em face das diretrizes acadêmicas que embasam o discurso e que devem fomentar as políticas públicas sobre meio ambiente urbano, para os referidos autores a carência de um aprofundamento que as questões ambientais demandam. Para os autores:

[...] embora grande parte da literatura de justiça ambiental seja sensível à centralidade das relações de poder social, político e econômico na formação processo de condições socio-ecológicas irregulares (Wolch et al 2002, MacDonald, 2002) muitas vezes não consegue entender como essas relações são parte integrante do funcionamento de um capitalista sistema político-econômico. Mais problemática, o movimento de justiça ambiental fala fundamentalmente para uma perspectiva liberal e, portanto, distributiva sobre a justiça em que justiça é vista como equidade de Rawlsian e associada à dinâmica de alocação de externalidades ambientais (Heynen; Kaika; Swyngedouw, 2006, p. 9).

Assim, a relevância dos movimentos de justiça ambiental reside na perspectiva trazidas pela associação dessas minorias marginalizadas – sejam étnicas, raciais – e constituídas por se tratarem de grupos que recebem de maneira impactante e de forma desigual os efeitos do “desenvolvimento”, na medida em que possibilitam a mobilização e a inclusão de suas pautas no contexto social, dando visibilidade as grandes diferenças bem como promovendo mobilização a fim de minimizar os impactos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto neste ensaio, entender o processo de formação da política urbana em termos de sustentabilidade permite abrir caminho para a discussão

das escalas de aplicação das políticas internacionais de produção do espaço em termos de justiça ambiental. As formas de participação da sociedade civil e em que medida se verifica sua formação em termos de uma ecogovernamentalidade no tratamento da gestão da cidade, sobretudo, enfoca em que medida a gestão urbano ambiental se aproxima em maior ou menor grau do processo neoliberal ou se alinha ao processo democrático, capaz de produzir justiça.

Com isso, é possível se estabelecer uma noção de cidadania com apropriação da produção do espaço público urbano, a partir da noção de direitos e como possibilidade de debate político. Atualmente, principalmente ao se comparar a relação entre o internacional e o local, vê-se que esse processo se encontra carregado de aspectos de liberalização econômica, baixa participação social e fragmentação do espaço público, aliados a uma cultura política de obediência e baixa força reivindicativa, o que contribui para o fortalecimento de cenários ecogovernamentais hierarquizados no debate sobre sustentabilidade urbana.

Esses cenários caracterizados por relações de exercício do poder de polícia estatal – aos mecanismos de gestão ou tecnologias de poder – com um conhecimento técnico extremamente restrito, acabam por gerar regimes de verdade capazes de sustentar ecogovernamentalidades e implantar regimes biopolíticos, como ocorre na gestão de resíduos sólidos. Neste ponto, cabe a problemática relacionada a criação de um regime internacional de produção do espaço urbano caracterizado pelas Habitats representa uma ampla normatização e homogeneização dos espaços de planejamento.

Assim, há que se discutir as práticas de gestão urbano-ambiental incluídas nessas macropolíticas sob o ponto de vista da ecogovernamentalidade, entendida como a indução de um “regime de verdade” – uma perspectiva ontológica – pelas instituições políticas, tem por fim legitimar certas ações de gestão coletiva relacionadas com o cumprimento dos objetivos de uma planificação política do planejamento dos espaços urbanos, visando a satisfação de interesses políticos, econômicos, de poder. A essa ecogovernamentalidade pode ser imputados as questões mencionadas acima de supervalorização de um “projeto neoliberal” que desloca a noção de justiça ambiental, na medida em que alija a sociedade civil em seu espectro mais amplo dos espaços de debate, formulação e fiscalização das políticas de produção do espaço urbano, gerando uma indeterminação no espaço público do debate político e sobrevalorizando o aspecto de controle policial da sociedade.

REFERÊNCIAS

ACSERALD, H. Sentidos da sustentabilidade urbana. In: ACSERALD, H. (Org.) *A duração das cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009, p. 43-70.

_____. Ambientalização das lutas sociais: o caso do movimento por justiça ambiental. In: *Estudos Avançados* V. 24 N. 68. 2010.

- AGRAWAL, A. **Environmentality: technologies of government and the making of subjects**. Durham: Duke University Press, 2005.
- ALVES, M. J. A. da S. Direito às cidades sustentáveis: Histórico, elementos e jusfundamentalidade à luz de Ronald Dworkin. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI** realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.
- ARANTES, O.; VAINER, C.; MARICATO, E. **A cidade do pensamento único: Desmanchando consensos**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- BAGGIO, R. C. **Justiça Ambiental entre redistribuição e reconhecimento: a necessária democratização da proteção da natureza**. 2008. 259 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2008.
- BALBIM, R. Diplomacia de cidades: Agendas globais, acordos locais. In: BALBIM, R. (Org.). **Geopolítica das cidades: velhos desafios, novos problemas**. Brasília: Ipea, 2016, p. 123-170.
- BARCHI, R. Educação ambiental e (eco) governamentalidade. In: **Ciência Educação**. Bauru, V. 22, N. 3, p. 635-650, 2016.
- DEAN, M. **Governmentality: Power and Rule in Modern Society**. London: Sage Publications, 1999.
- FERREIRA, J. S. W. Avanços e recuos na questão urbana rumo ao Habitat III. In: BALBIM, R. (Org.). **Geopolítica das cidades: velhos desafios, novos problemas**. Brasília: Ipea, 2016, p. 67-76.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: **Lua Nova**, São Paulo, 70: 101-138, 2007.
- _____. Redistribuição, reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, D.; IKAWA D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, direitos sociais e direitos humanos**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- FREITAS, T. M. D'A. M. de; MOZINE, A. C. S. Ecogovernamentalidade e mudança do clima no Brasil: os discursos oficiais brasileiros e o processo de regulação do clima. In: MAURÍCIO JUNIOR, A.; CUNHA, R. A. V. (Orgs.). **Direito e Regulação**. Curitiba: CRV Ltda, 2015a, p. 231-266.
- _____. Towards a lusophone political ecology: assessing 'para inglês ver' environments. In: BRYANT, R. (Ed.) **International Handbook on Political Ecology**. Chetleman: Elgar, 2015b, p. 604-618.
- FOUCAULT, m. **Microfísica do poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2015.
- GUATTARI, F. **As três ecologias**. 11. ed. São Paulo: Papirus Editora, 2001.
- GUERRA, I. O conceito permite renovar a concepção e a prática da intervenção?. In: **Cidades: Comunidades e Territórios**. N.º 20/21, p. 69-85. 2010.
- GIDDENS, A. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991.
- HARVEY, D. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HEIJDEN, J. **Governance for Urban Sustainability and Resilience**. Chetleman: Elgar, 2015.
- HEYENEN, N.; KAIKA, M.; SWYNGEDOUW, E. **In the Nature of Cities** Urban political ecology and the politics of urban metabolism. Londoand New York: Routledge, 2006.
- HERCULANO, S. Resenhando o debate sobre justiça ambiental: produção teórica, breve acervo de casos e criação da rede brasileira de justiça ambiental. In: **Desenvolvimento e Meio Ambiente**. N. 5, p. 143-149, jan/jun. 2002..
- HONNETH, A. **Luta por Conhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.
- _____. O eu o nós: reconhecimento como força motriz de grupos. In: **Sociologias**. Porto Alegre. Ano 15. N. 33. p.56-80. 2013.
- IPEA - Instituto de pesquisa econômica aplicada. **O Estatuto da Cidade e a Habitat III: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana / organizador: Marco Aurélio Costa**. – Brasília : Ipea, 2016. Verificar
- LEFF, E. **A aposta pela vida: Imaginação sociológica e imaginários sociais nos territórios ambientais do sul**. São Paulo: Vozes, 2016.
- _____. **Racionalidade Ambiental: A reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. **Saber Ambiental**. São Paulo: Vozes, 2008.

LIMA, G. C. O discurso da sustentabilidade e suas implicações para a educação. In: **Ambiente & Sociedade** - V. 6. N. 2 jul./dez. 2003.

LYNCH, B. D. Instituições internacionais para a proteção ambiental: suas implicações para a justiça ambiental nas cidades latino-americanas. In: ACSERÁLD, H. (Org.) **A duração das cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009, p. 71 - 97.

MALETTE, S. Foucault para o próximo século: ecogovernamentalidade. In: **Ecopolítica**. V.1. 2011, p. 4-25.

MARICATO, E. Contradições e avanços da Habitat II. In: GORDILHO-SOUZA, A. (Org.). **Habitar Contemporâneo: Novas Questões no Brasil dos anos 90**. Salvador: CADT/SEPLANTEC, 1997, p. 21-37.

_____. **Para entender a crise urbana**. São Paulo: Expressão popular, 2015.

MAUAD, A. C. E. **A participação dos governos locais na segunda conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos (Habitat II) e seus desdobramentos internacionais e nacionais**. 2011. 140 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais), IREL/UnB, Brasília, 2011.

MILANEZ, B.; SOUZA, L. R. C. Conflitos socioambientais, ecologia política e justiça ambiental: contribuições para uma análise crítica. In: **Anais do XI - Encontro Nacional da ANPEGE - A Diversidade da geografia brasileira: escalas e dimensões da análise e da ação**, de 9 a 12 de outubro de 2015.

NEO, H.; POW C.P. Eco-cities and the promise of socio-environmental justice. In: BRYANT, R. (ed.) **International Handbook on Political Ecology**. Chetleman: Elgar, 2015, p. 401-414.

ONU-HABITAT. Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos. **Habitat III**. Disponível em <<http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Angola.pdf>>. Acesso em 19 jan 2018.

RAMMÊ, R. S. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: Conjecturas político-filosóficas para uma nova ordem jurídico ecológica**. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

SCHLOSBERG, D. Theorising environmental justice: the expanding sphere of a discourse. Routledge: In: **Environmental Politics**. V. 22. N. 1. p.37-55. 2013.

TEODORO, P. H. M. Sustentabilidade, espaço urbano e complexidade. In: **Boletim Gaúcho de Geografia**. V. 42. N.1. p. 23-43. 2015.

VEIGA, J. E. **A desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013.

CAPÍTULO 10

DIREITO AMBIENTAL E DIREITO ECONÔMICO À LUZ DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Sandra Neder Thomé de Freitas

RESUMO: Não restam dúvidas quanto à importância da preservação do meio ambiente como garantia da sobrevivência do ecossistema. A questão que se coloca é saber se tão somente o direito ambiental pode garantir o desenvolvimento sustentável ou se há necessidade de sua imbricação com o direito econômico. No presente capítulo propomos identificar a correlação entre o direito ambiental e o direito econômico, cujo ponto pode se apresentar como pedra fundamental na garantia do desenvolvimento sustentável. Para atingir os objetivos propostos será analisado o desenvolvimento da política ambiental adotada no Brasil assim como a possibilidade da preservação ambiental caminhar, passo a passo, ao lado do desenvolvimento econômico. Como método de abordagem foi utilizado o hipotético-dedutivo e como técnica de pesquisa a documentação indireta consistente em pesquisa documental e bibliográfica disponibilizada pela doutrina, revistas, produções acadêmicas e sítios eletrônicos da *Internet*. Concluiu-se, pela pesquisa realizada, que não há como desvincular as normas do direito ambiental das normas do direito econômico para a implementação do desenvolvimento sustentável; que para que as presentes e futuras gerações tenham o direito a um meio ambiente saudável, é necessária a participação de todos os atores envolvidos; impõe-se a implementação de políticas públicas que promovam a reeducação da sociedade, e; a criação de mecanismos que diminuam as desigualdades sociais, possibilitando dessa forma a correta utilização dos recursos naturais do planeta.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Direito Ambiental. Direito Econômico. Direito Sustentável.

RESUMEN: *No hay duda en cuanto a la importancia de la preservación del medio ambiente como garantía de la supervivencia del ecosistema. La cuestión que se plantea es saber si tan sólo el derecho ambiental puede garantizar el desarrollo sostenible o si hay necesidad de su imbricación con el derecho económico. En el presente artículo proponemos identificar la correlación entre el derecho ambiental y el derecho económico, cuyo punto puede presentarse como piedra fundamental en la garantía del desarrollo sostenible. Para alcanzar los objetivos propuestos se analizará el desarrollo de la política ambiental adoptada en Brasil así como la posibilidad de la preservación ambiental de caminar, paso a paso, al lado del desarrollo económico. Como método de abordaje se utilizó el hipotético-deductivo y como técnica de investigación la documentación indirecta consistente en investigación documental y bibliográfica disponible por la doctrina, revistas, producciones académicas y sitios web de Internet. Se concluyó, por la investigación realizada, que no hay como desvincular las normas del derecho ambiental de las normas del derecho económico para la implementación del desarrollo sostenible; que para que las presentes y futuras generaciones tengan el derecho a un medio ambiente saludable, es necesaria la participación de todos los actores involucrados; se impone la implementación de políticas públicas que promuevan la reeducación de la sociedad, y; la creación de mecanismos que disminuyan las desigualdades sociales, possibilitando de esa forma la correcta utilización de los recursos naturales del planeta.*

PALABRAS CLAVE: *Medio Ambiente. Derecho ambiental. Derecho Económico. Derecho Sostenible.*

INTRODUÇÃO

A partir da Revolução Industrial e até meados dos anos 60 a preservação ambiental não era objeto de preocupação da sociedade, não tendo a importância que alcançou a partir da década de 70; o que se tinha até então era a preocupação desenfreada com o crescimento e desenvolvimento econômico não importando se a natureza e os recursos naturais seriam esgotados ou degradados. Até aquele momento o que importava era a produção em meio a práticas selvagens do capitalismo.

Com efeito o desenvolvimento sustentável é o resultado de inúmeros debates internacionais sobre a problemática do meio ambiente equilibrado, tendo sua origem na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo no ano de 1972 e cujo debate permanece vivo até a presente data, já que não se esgotaram os problemas e nem as soluções que permitam a implementação do desenvolvimento sustentável.

No Brasil o tema passou a ganhar importância a partir da década de 80, quando então foram promulgadas normas com a clara intenção de promover a proteção ambiental; todavia, foi a Constituição Federal de 1988 que, em seus artigos 170 e 225, acabou por consolidar a preservação do meio ambiente.

Em que pese as normas existentes a respeito da preservação ambiental, é fato a dificuldade de se implementá-las dada a necessidade da expansão da economia o que impõe a discussão a respeito da imbricação entre o direito ambiental e o direito econômico de forma a permitir a sustentabilidade e proteção do meio ambiente.

Para que os objetivos propostos sejam alcançados o capítulo foi dividido em cinco seções para a perfeita compressão dos resultados apresentados: o surgimento do direito ambiental; meio ambiente: definição e classificação dentro do direito ambiental brasileiro e as normas constitucionais; os desafios do desenvolvimento sustentável para economia brasileira; o desenvolvimento econômico sustentável e o direito ambiental econômico, e; conclusão.

2. ORIGENS DO DIREITO AMBIENTAL

Após a segunda guerra mundial o mundo sentiu os perigos da era nuclear fazendo surgir o temor de um novo tipo de perigo: a poluição por radiação.

A cientista e escritora Rachel Carson publicou em 1962 o livro “A Primavera Silenciosa” trazendo um novo impulso ao movimento ambientalista, alertando sobre o uso agrícola de pesticidas químicos sintéticos e destacando a necessidade de se respeitar o ecossistema em que vivemos para proteger a saúde humana. A partir deste momento a discussão sobre a preservação do

meio ambiente passa a ser pauta nas discussões mundiais pois percebe-se, finalmente, que os recursos naturais são finitos.

Na Conferência de Estocolmo ocorrida em 1972 e promovida pela ONU, a Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, dirigida pela primeira-ministra da Noruega Sr^a Gro Harlen Brundtland, apresenta resultados que foram expressos no documento intitulado *Our Common Future* (Nosso Futuro Comum, tradução livre), popularmente chamado de Relatório Brundtland.

Desta forma e pela primeira vez foi apresentada ao mundo, de forma oficial, a ideia de desenvolvimento sustentável utilizando-se os recursos naturais existentes e sem o comprometimento das futuras gerações fazendo com que os países europeus sentissem a seriedade da problemática ambiental.

A importância da Declaração de Estocolmo pode ser percebida na medida em que esta fez com que a Comunidade Econômica Europeia, e os países que a integravam, estabelecessem o primeiro plano de ação ambiental com a indicação dos objetivos e princípios que deveriam ser implementados por todos os seus integrantes, impulsionando a economia a questionar o conceito de externalidade e dar a devida importância aos eventos que não faziam parte de seu processo produtivo, dentre eles, a poluição ambiental.

A partir dessa nova dinâmica mudam-se alguns dogmas e o homem passa a ser visto como um microsistema dentro de um sistema ecológico maior, abandonando-se a visão antropocêntrica vigente até então na qual o homem seria o centro do universo, indagando-se agora, qual o tamanho de um sistema e a que tamanho pode chegar um microsistema.

Esses questionamentos fazem com que os cientistas passem a analisar com a seriedade necessária qual a capacidade de suporte do sistema ambiental começando a extrair e produzir indicadores de qualidade de vida e indicadores de qualidade ambiental, surgindo, assim um sistema interdisciplinar, que acabou por envolver diversos ramos do direito, os quais também dão sua contribuição para viabilizar uma sociedade sustentável.

Dentro deste quadro, os juristas também passam a repensar o sistema jurídico clássico já que se veem obrigados a dar respostas as novas demandas ambientais da sociedade e assim, dentre os inúmeros microsistemas existentes, surge o microsistema do direito ambiental.

A preocupação sai do campo doutrinário e passa para o campo legal com a ideia de se editar leis protetoras do meio ambiente, cujos primeiros passos acontecem nos países do chamado primeiro mundo.

Toma-se consciência de que nos países em desenvolvimento, acumulam-se um grande número de indústrias e que estas, através da utilização indiscriminada dos recursos e do crescente desenvolvimento tecnológico, provocam graves problemas ambientais, atingindo o sistema como um todo.

Interessante notar que as fontes legislativas ambientais surgiram nos países responsáveis pela maior degradação ambiental, cuja repercussão tem caráter e efeitos de dimensão internacional.

Muito embora os Estados Unidos sejam considerados um dos grandes poluidores do globo, sua preocupação legislativa com o tema ambiental não passa despercebida e que de acordo com o professor Luís Roberto Barroso:

Não parou aí a legislação norte americana sobre o tema ambiental, eis que, posteriormente, inúmeras outras leis foram editadas, tais como: emendas ao Clear Air Act (1970), o Clean Water Act (1972), o Resource Conservation and Recovery Act (RCRA) e o Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA) de 1980, modificado em 1986, que trata basicamente da responsabilização pelo dano ambiental.(Barroso, 1999,p.59)

A partir da década de 80 o Brasil também passou a demonstrar preocupação com o meio ambiente, editando textos normativos com a clara intenção de tutelá-lo vez que tal fato não ocorria anteriormente uma vez que, até então, as maiores preocupações legislativa do país estavam relacionadas a proteção da propriedade privada, esta que funcionava como verdadeira barreira à proteção ambiental, como afirmado por Edis Milaré:

A desproteção total, em parte devido à concepção individualista do direito de propriedade, que sempre constituiu forte barreira à atuação do poder público na proteção ambiental. O conjunto dos diplomas legais até então não se preocupava em proteger o ambiente de forma específica e global, dele cuidando de maneira diluída e mesmo casual e na exata medida de atender sua exploração pelo homem. (Milaré, 19992, p.09)

A proteção ambiental pátria, tem como marco de atuação real na proteção ambiental, a edição da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que objetivava a proteção ao meio ambiente, instituindo uma política nacional do meio ambiente e concedendo a legitimação necessária ao Ministério Público para a propositura da ação de responsabilização civil por danos causados ao meio ambiente, além de trata-lo como fator necessário a proteção da dignidade humana, como se depreende da leitura de seu artigo 2º:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios(Brasil, 1981)

Posteriormente foi publicada a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplinou a ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

No entanto foi a Constituição Federal de 1988 que verdadeiramente impulsionou a proliferação de grande número de diplomas legais relativos à proteção do meio ambiente possibilitando, dessa forma, que fossem promulgadas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, essas que trataram de cuidar amplamente da questão ambiental de forma autônoma, dentro de sua competência jurisdicional.

Assim tem-se como certo que desde a Revolução Industrial e até meados dos anos 60 a preservação ambiental não estava em pauta, tema este que somente passou a ter importância a partir da década de 70 se tornando a base para implementação do desenvolvimento e incremento do mundo sustentável. O que se tinha até então era uma preocupação desenfreada com o crescimento e desenvolvimento econômico não importando se a natureza e os recursos naturais poderiam ser esgotados ou degradados: o que interessava era a produção em meio a práticas selvagens do capitalismo.

3. MEIO AMBIENTE: DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DENTRO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Para que se possa classificar o Direito Ambiental, necessário se faz uma análise do conceito legal do termo meio ambiente.

3.1. Definição legal do meio ambiente

O estudo do meio ambiente busca entender a relação existente entre os seres humanos e o meio no qual vivem, visando proteger a integração do homem com a natureza e com a preservação dos recursos do planeta. O estudo é de importância ímpar, tendo em vista que o meio ambiente não é composto tão somente de seres vivos, fauna e flora, mas também de fatores externos, não naturais, que influenciam e caracterizam a vida em geral e sem os quais o planeta pode permanecer, mas com certeza a humanidade não.

O direito brasileiro emprega a terminologia “meio ambiente” para designar tudo àquilo que nos circunda. Assim sendo, inicialmente, o artigo 3º da Lei 6.938/81 traz a seguinte redação para conceituá-lo:

Art 3ª - Para fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações da ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. (Brasil, 1981)

A Carta Magna de 1988, ampliou o conceito de meio ambiente conforme transcrito no *caput* do artigo 225:

Art. 225: Todos tem 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 futuras gerações. (Brasil, 1988)

Desta forma verifica-se que a abrangência do meio ambiente acaba alcançando vários elementos, dentre os quais, os naturais, artificiais e culturais com o objetivo de proporcionar um equilíbrio no desenvolvimento sustentável das formas de vidas que habitam o planeta, em outras palavras, é dizer que a sobrevivência da vida depende de um ambiente saudável.

A ideia de desenvolvimento sustentável evidencia que a proteção do meio ambiente tem como base o próprio princípio de sustentabilidade, que Juarez de Freitas, conceitua como:

[...] trata-se de princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. (Freitas, 2012, p.41)

Diante da amplitude do tema o legislador acaba deixando o conceito jurídico de meio ambiente indeterminado, mas mesmo assim, estabelece dois objetos de tutela ambiental: o imediato, que tem a ver a qualidade do próprio meio ambiente, e o outro mediato, que tem a ver com a qualidade de vida da população.

Ao proteger a tutela ambiental a Constituição Federal de 1988 acaba elevando essa a status de um direito fundamental, conforme a visão de Antônio Benjamin:

Assim posta, a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou da literatura. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alcançado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram alcançar. (Benjamin, 2011, p.73)

3.2. O meio ambiente quanto a sua classificação

Como visto anteriormente, a definição jurídica de meio ambiente, tendo em vista sua amplitude, ficou com caráter indeterminado, cabendo aos opera-

dores do direito preencher o seu conteúdo tendo em vista que o conceito em si é regido por diversos princípios e diretrizes que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente. Sendo assim, sua classificação é necessária como forma de identificar tanto as atividades degradantes quanto o bem agredido, sempre tendo como pano de fundo a proteção e a manutenção da tutela de uma vida saudável.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro classifica o meio ambiente como sendo:

3.2.1. Meio ambiente natural

Como o próprio nome diz é aquele composto pelos recursos naturais: água, solo, fauna flora, elementos essenciais para manter o equilíbrio e a boa qualidade de vida para os seres que habitam o planeta e o meio em que vivem. A Constituição Federal no artigo 225, tratou de tutelar o meio ambiente natural impondo ao Poder Público o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos, assim como delimitando áreas de preservação e a proteção da fauna e da flora, buscando leis que coíbam as práticas que coloquem em risco o ecossistema.

3.2.2. Meio ambiente artificial

É ponto pacífico na doutrina ambientalista que o meio ambiente artificial é considerado como aquele que ocupa o espaço urbano construído, ou seja, aquele espaço que recebeu edificações de maneira geral, incluindo os equipamentos públicos, aquele que foi transformado, urbanizado pelo homem, ou ainda, a transformação daquilo que seria o meio ambiente natural no meio ambiente artificial.

Talvez por essa complexidade, já que a urbanização significa “cidades”, é que a Constituição Federal trata do meio ambiente artificial não só no artigo 225 mas em vários outros, dentre os quais o artigo 182, capítulo destinado à Política Urbana, artigo 21, inc. XX, que prevê competência da União para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;” e o artigo 5º, inc. XXIII, que trata da função social da propriedade.

3.2.3. Meio ambiente cultural

A tutela ao meio ambiente cultural esta intrinsecamente ligada a proteção da história de seu povo através da preservação de seu patrimônio cultural, o que tem importância impar relacionada a sua qualidade de vida, já que visa preservar sua identidade.

Embora pudesse ser confundido com o ambiente artificial, dele difere por carregar um valor especial relacionado a história e a identidade de um povo, sua formação, os traços que identificam sua cidadania, sendo estes fatores, princípios fundamentais na ordem jurídica brasileira.

Também é dever do Poder Público, em conjunto com a comunidade, manter a preservação e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, cabendo promover levantamentos, inventários, registros, tombamentos, desapropriações dentre outras medidas que assegurem a sua preservação.

3.2.4. Meio ambiente do trabalho

O poder constituinte originário elevou à categoria de direito fundamental a proteção à saúde do trabalhador, pois a prática antes adotada pelo capitalismo poderia afrontar o princípio fundamental da dignidade humana. E para reforçar a fiscalização, incumbe ao Sistema Único de Saúde “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.” (CF, art. 200, VIII).

A Constituição Federal também tutela os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais em seu artigo 7º, pois os protege e assegura que o meio ambiente de trabalho busque salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador.

3.3. O direito ambiental e as normas constitucionais

Houve por parte dos legisladores a preocupação em criarem normas que tutelam o meio ambiente no qual vivemos, cuja preocupação é uma tendência internacional, contudo há que se ter o cuidado em garantir que estas leis sejam eficientes e eficazes.

A educação ambiental já despontava como uma realidade possível, antes mesmo de se falar em Direito Ambiental, posteriormente constitucionalizado, já se percebia a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre o tema, desde a década de 60 os livros escolares traziam textos sobre educação florestal e sobre a proteção da fauna.

Assim, a Constituição de 1988 consolida às expectativas das futuras gerações sobre o direito de se manter o meio ambiente saudável e equilibrado cuja questão, atualmente é fundamental para o desenvolvimento e crescimento econômico, pois questiona todo e qualquer procedimento que tenha relação entre produção, homem e natureza.

Sendo assim o Direito Ambiental, atualmente, tem como objetivo principal a manutenção da ordem social e produtiva, entendendo-se sua importância, percebe-se que seu comprometimento é o de proteger o homem através da proteção do ecossistema e garantir o equilíbrio ecológico para a sobrevivência

das espécies presentes e futuras e de seu hábitat, objetivo que se encontra insculpido no artigo 225 da Carta Constitucional.

É de fato um direito que tem a eficácia como objetivo e a eficiência como meio, tendo em vista que sua meta é de desenvolver intervenções positivas contra ações degradadoras.

4. OS DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL PARA ECONOMIA BRASILEIRA

Atualmente a preservação do meio ambiente é considerada prioridade e a implementação do desenvolvimento sustentável propiciou a preservação das fontes de recursos naturais, fazendo com que as organizações passem a buscar formas de produção ou fontes de recursos que não sejam esgotáveis e, conseqüentemente, não destruam o meio ambiente causando danos irreversíveis, neste passo, Andrade, Tachizawa e Carvalho afirmam que:

A preservação do meio ambiente nos dias de hoje é considerada uma das prioridades de qualquer organização, segundo a Carta Empresarial para o Desenvolvimento Sustentável. Esse documento, preparado por uma comissão de representantes de empresas, foi desenvolvido no âmbito da Câmara de Comércio Internacional (1991), entidade está instituída com o objetivo de ajudar organizações em todo o mundo a melhorar os resultados das suas ações sobre o ambiente . (Andrade;Tachizawa;Carvalho, 2000,p.02)

Neste aspecto, muitas empresas brasileiras, também passaram a apresentar a consciência de que o emprego de um sistema de produção predador praticado ao longo do tempo poderia causar problemas ambientais irreversíveis, tornando-se, necessário agilizar a implementação de um modelo de desenvolvimento sustentável que deve ser seguido pelo setor econômico comprovando que através da sustentabilidade, é possível conciliar desenvolvimento e preservação ambiental.

A conferência de Estocolmo é um marco para o Brasil, que muito embora, já houvesse demonstrado preocupação com o meio ambiente, passou a intensificar essa preocupação a partir da referida conferência que pontuou de forma impar a vinculação entre desenvolvimento econômico e seus efeitos sobre o meio ambiente.

A comissão mundial do meio ambiente e desenvolvimento conforme referendado por Andrade, Tachizawa e Carvalho demonstra em seu relatório intitulado o “Nosso Futuro Comum”, que a utilização do desenvolvimento sustentável é forma de mais importante e relevante de proteção ambiental, registram ainda, a importância da participação do Brasil em Estocolmo, que levou o governo brasileiro a sentir a necessidade de institucionalizar autoridade ambiental a nível federal, passando a ter o interesse de orientar uma

política específica como forma de manter a preservação ambiental. (Andrade; Tachizawa; Carvalho, 2000)

A partir de então foram criados vários órgãos fiscalizadores, tais como a Secretária Especial do Meio Ambiente (SEMA) entre outros, em vários estados brasileiros levando a elaboração de leis e regulamentos direcionados ao controle ambiental nas três esferas de governo: Federal, Estadual e Municipal, cujos órgãos desempenham e desempenham importante função no que diz respeito ao desenvolvimento sustentável.

Em um planeta no qual os recursos são finitos, a ideia de crescimento passa a ser limitada por essa realidade, sendo esta a base de ligação entre crescimento e sustentabilidade, pois só assim será possível manter o crescimento em contínua evolução, sem causar prejuízos irremediáveis ao planeta o que danificaria, em última análise, o próprio crescimento.

Há que se pensar na efetivação de uma gestão ecológica, sem o que e como reconhecido por Andrade, Tachizawa e Carvalho, sua não ocorrência acabaria por acarretar na busca ilimitada pelo crescimento econômico o que poderia e ainda poderá desaguar em um desastre, pois vive-se em um planeta com recursos finitos, por isso mesmo é que a sustentabilidade é um critério fundamental para todas as atividades econômicas. (Andrade; Tachizawa; Carvalho, 2000,p.02)

Na visão de Kinlaw a comunidade empresarial vem desenvolvendo iniciativas que possibilitem atingir o desenvolvimento sustentável através da utilização de alguns elementos, tais como: igualdade; administração responsável; limites; comunidade global e natureza sistêmica, demonstrando, assim, sua preocupação com o desenvolvimento sustentável na área econômica. (Kinlaw, 1997, s/p)

Essa preocupação também se encontra presente entre os empresários brasileiros, que também repensaram nos elementos capazes de desenvolver uma econômica sustentável, viabilizando esse processo através do agrupamento das metas por categorias comuns, demonstrando uma preocupação com o bem estar econômico das pessoas.

Assim temos como certo que uma boa administração deve se responsabilizar pelos vários setores de sua produção, significando que na condução do processo produtivo deve-se ter como meta um resultado que causa o menor prejuízo possível ao meio ambiente e aos ecossistemas.

No desenvolvimento sustentável da economia o desafio consiste em mostrar que é possível conciliar desenvolvimento e preservação. Assim afirma Montibeller:

O crescimento das atividades econômicas e da população, nos níveis e padrões de consumo atuais, tende a degradar e destruir o meio ambiente e os recursos

naturais, levando, no futuro, a um estrangulamento das possibilidades de desenvolvimento e a um comprometimento da qualidade de vida da população. (Motibeller Filho , 2000, P.60)

Dessa forma, fica patente o quanto é necessário a criação de uma estrutura organizacional e de um planejamento estratégico, inclusive do setor econômico, como forma de implementação do desenvolvimento sustentável.

Também é essencialmente necessário que se tenham investimentos em projetos que não agridam o meio ambiente, inclusive com a ampliação da consciência ecológica nas atividades econômicas tanto no setor industrial como no setor de serviços, obtendo-se a criação de novos produtos biodegradáveis, novos negócios voltados para a preservação ecológica, limpeza do meio ambiente etc. benefícios que favorecem fortemente o meio ambiente, a economia e a sociedade em geral.

A verdade é que o homem para implementar o desenvolvimento sustentável terá que estar pronto para analisar até onde é permitida a intervenção humana, já que o uso dos recursos naturais tem seus limites, ou seja, quais os reais limites de tolerância na utilização de recursos e quais os reais limites a serem impostos a ação humana para a preservação do meio ambiente, ficando assente, a real necessidade de um planejamento, de uma gestão ecológica que permita a utilização dos recursos não renováveis.

Temos que estar consciente para o fato de que os danos já causados ao meio ambiente e aos ecossistemas do planeta, principalmente aqueles que atingiram os recursos não renováveis, só podem ser reparados se a comunidade mundial como um todo, promover uma mobilização global na tentativa de frear os prejuízos ambientais e se responsabilizar em assegurar um desenvolvimento econômico com preservação ambiental para o futuro.

A preservação do ecossistema do planeta é de responsabilidade de todos os seus habitantes e como dito por Kinlaw: “A verdade que todos precisamos enfrentar é que nem a vida humana nem tudo aquilo que vive no planeta serão sustentáveis se continuarmos esbanjando descontroladamente os seus recursos”. (Kinlaw, 1997, p. 84)

5. O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL E O DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO

A maior preocupação do direito econômico é a estabilização da economia através do desenvolvimento da produção, ou seja, a dinâmica continua na implementação do bem estar social e na função de manter a iniciativa econômica privada.

A Constituição Brasileira declinou ao tema meio ambiente papel de extrema importância, através da percepção adequada entre a integração da proteção ambiental e do desenvolvimento econômico.

O direito econômico e o direito ambiental, além de se cruzarem, abrangem elementos de identificação na preocupação em buscar uma melhoria de vida às pessoas e estão interligados na busca de um processo produtivo estável, como ensina Eladio Lecey “Com a vida moderna e seu dinamismo, em especial no âmbito econômico, se chegou à configuração de bens jurídicos que não estão ligados diretamente à pessoa, dizendo mais com o funcionamento do sistema”. (Lecey, 2006, p.39)

O direito ambiental tem como objetivo a busca constante por uma melhor qualidade de vida, o que deve acontecer, sem que isso represente um óbice ao desenvolvimento econômico, tal entendimento se encontra insculpido no artigo 170 e incisos da Constituição Federal que sintetiza o meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica, dentre tantos outros.

A expansão do desenvolvimento econômico deve ser harmônica com os princípios ambientais a fim de promover uma sociedade sustentável, cuja fiscalização com relação ao cumprimento das normas cabe ao Poder Público.

O planejamento da economia passa obrigatoriamente pelo direito econômico, envolvendo a criação de políticas sociais e culturais a fim de permitir que toda a sociedade tenha participação no desenvolvimento sustentável, conforme Derani:

O desenvolvimento econômico só pode ser compreendido integralmente quando vinculado a sua forma individualizada, expressa na garantia do desenvolvimento das expressões humanas (cultura, saúde, atividades individuais ou intersubjetivas que proporcionariam felicidade). (Derani, 2008, p.156)

A interligação entre o conceito de desenvolvimento econômico e as necessidades inerentes do direito do desenvolvimento sustentável, faz surgir o direito econômico ambiental, que acaba por regulamentar as políticas de compatibilização da atividade econômica e do uso das potencialidades humanas e do meio ambiente de forma a garantir sua preservação.

A consciência ambiental percorreu um caminho de amplas discussões desde os anos 60, ganhando força na Conferência Mundial de Meio Ambiente – Estocolmo 1972, e também na ECO 92, onde a noção de desenvolvimento sustentável ganhou força de forma oficializada.

A luta pela conscientização da importância de se aprimorar diretrizes e ações para a preservação do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável não desacelera ao contrário, a Conferência Rio + 20 realizada em junho de 2012 marcou os 20 anos da ECO-92 e teve como objetivo reafirmar o compromisso assumido na Conferência de 92 para um desenvolvimento sustentável,

reavaliando as políticas adotadas e implementando novas decisões para novos temas, estabelecendo diretrizes e orientando o desenvolvimento sustentável para os próximos 20 anos.

A sustentabilidade ambiental dita novas regras e critérios que acabam por impor a reconstrução de uma nova ordem econômica e isto porque a questão ambiental não se limita tão somente em tornar o processo produtivo baseado em necessidades das normas ecológicas aos agentes econômicos.

Na verdade, a sustentabilidade vai além, implica no reordenamento populacional, estabelecendo relações funcionais uma releitura na convivência saudável entre o campo e a cidade. A normatização da utilização do solo, por exemplo, implica na imposição de regras para a economia ambiental, já que tem como meta a poupança de recursos naturais que possam atender as necessidades das presentes e futuras gerações.

Esta é uma nova visão econômica onde a monetarização do uso dos recursos renováveis tem que ter limites, tendo em vista que o próprio meio ambiente é limitado, não importando a eficiência tecnológica empregada para a sua apropriação.

O crescimento econômico sustentável estruturado pelo direito ambiental visa, principalmente, tanto assegurar a existência de uma vida com qualidade, quanto permitir que as atividades econômicas sejam desenvolvidas utilizando-se de todos os instrumentos existentes, que adéquam o crescimento com a menor degradação ambiental possível.

Essa reeducação econômica que busca compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, não pressupõe o enfraquecimento dos princípios preservacionistas em defesa do capitalismo sem regras, aliás, como bem afirma Clarissa D'isep:

[...] o desenvolvimento sustentável enfatiza a sociabilidade do capitalismo, pois o condiciona a uma visão antropocêntrica. Tanto o “ecologismo” quanto o “capitalismo selvagem” excluem do ordenamento jurídico esta visão (antropocêntrica), que se traduz no homem (social, coletivamente abordado) e sua qualidade de vida. (D'ISEP, 2009, p. 54-55)

A Constituição Federal tratou inter-relacionar em seus artigos 170 e 225, o direito ambiental e o direito econômico revelando a preocupação do legislador em amparar o desenvolvimento sustentável dentro do ordenamento jurídico e fazendo com que o Estado atue na concretização de políticas públicas capazes de proteger o meio ambiente, sem que isso signifique negar o progresso econômico do país.

Esse progresso econômico, cujo caráter se apresenta de forma multidimensional, tem como pano de fundo um projeto social e ambiental subjacente, que

não tem a visão cega de levar o conceito de desenvolvimento sustentável desvinculado do crescimento econômico e da preservação ambiental. Essa compreensão da dimensão da possibilidade da convivência harmônica entre o direito ambiental e o econômico, fica assente na percepção de Derani:

[...] como um conjunto normativo intrinsecamente vinculado à produção econômica permite a visualização mais ampla das finalidades das prescrições normativas que agrupa. A proteção dos recursos naturais não se esgota na “vontade” de proteger a natureza, mas objetiva a manutenção de uma prática econômica socialmente desenvolvida. Esta nova designação reflete um outro modo de ver o direito ambiental. (derani, 2008, p.137)

Evidente que a preservação ambiental irá impor limitações às atividades socioeconômicas e não poderia ser de outra forma já que a falta de limites poderá causar danos irreparáveis ao ecossistema, no fundo estamos tratando da escolha em preservar direitos que não podem ser violados, sob pena de sofrermos danos irreparáveis, na verdade o maior desafio reside no fato de concretizá-los, trata-se de escolhas na garantia de direitos que possibilitem que o Direito Ambiental e Econômico se harmonizem sem qualquer tipo de violação. Não é sem razão que Norberto Bobbio afirma que:

[...] não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (Bobbio, 1992, p.20)

Esse é um novo modelo de desenvolvimento, que para ser sustentável necessita de uma constante convivência harmônica entre meio ambiente, economia e sociedade e que tem no direito e na implementação das políticas públicas a possibilidade da criação de novas soluções que estejam comprometidas com o equilíbrio ecológico, tudo dependerá de nossas escolhas.

CONCLUSÃO

A preocupação com o meio ambiente se tornou uma realidade quando a humanidade percebeu que a forma de desenvolvimento que vinha sendo adotada não era correta, pois poderia comprometer a sobrevivência do nosso ecossistema.

Nesse passo o mérito da noção de desenvolvimento sustentável foi o de reconhecer a importância da economia, para a preservação ambiental como fator de bem estar e de qualidade de vida e o mérito do Direito foi o de possibilitar a interligação entre Direito Ambiental e Direito Econômico através

da implementação de normas e diretrizes que pudessem de forma harmoniosa estabelecer soluções para a manutenção do desenvolvimento sustentável possibilitando o equilíbrio do ecossistema.

Evidente que esse novo conceito de desenvolvimento impõe limites que esbarram no ideal de sustentabilidade, pois busca o ideal de desenvolvimento econômico com a utilização de práticas menos degradadoras possíveis, o que pode não agradar a todos.

Essas normas e diretrizes que visam possibilitar a harmonização da implementação do desenvolvimento sustentável ambiental com o crescimento econômico, ainda caminham por águas turvas no que se relaciona a sua aplicabilidade e isto porque, enquanto não houver um redirecionamento da visão do atual modelo de desenvolvimento econômico a degradação ambiental continuará ocorrendo de forma irreparável.

Para tanto, é necessária uma mudança de paradigma acerca da visão do sistema econômico com relação ao uso dos recursos naturais, já que estes são finitos.

Também não podemos exigir que em nome do desenvolvimento sustentável se ponha de lado o crescimento econômico das nações.

Assim fica claro que não podemos encarar nenhum direito ou princípio como absoluto. Tanto a economia quanto o meio ambiente possuem características complexas e ao mesmo tempo similares, eis que, com o passar do tempo ambos primaram por níveis de sustentabilidade que tendem a proteger o meio ambiente e a ordem social econômica, dessa forma sua melhor utilização, depende de esforço e comprometimento de toda a humanidade em caráter global.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, R. B; TACHIZAWA, T; CARVALHO, A. B. *Gestão Ambiental – Enfoque Estratégico Aplicado ao Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: MAKRON Books, 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira. *Revista trimestral de direito público*, nº 2, Editora Malheiros, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.) *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. Parte II.

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

BRASIL. Constituição Federal de 1988

_____. LEI 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981 - Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências

_____. LEI 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985 - Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências

D' ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômica e a ISO 14000*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FAZOLLI, Silvio Alexandre. **Bem Jurídico Ambiental: Por uma Tutela Coletiva Diferenciada**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo, 2012.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- KINLAW, D. C. **Empresa competitiva & ecológica: estratégias e ferramentas para uma administração consciente responsável e lucrativa**. São Paulo: MAKRON Books, 1997.
- KINLAW, Dennis C. **Empresa competitiva e ecológica: desempenho sustentado na era ambiental**. Tradução Lenke Peres Alves de Araújo; revisão técnica Heitor José Pereira. São Paulo: Makron Books, 1997.
- LECEY, Eladio. **A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica**, in: Direito ambiental em evolução, vol 1, organização Vladimir Passos de Freitas, 2º ed., 4ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- MOTIBELLER FILHO, G. **As teorias clássicas do desenvolvimento econômico examinadas sob a ótica ecológica**. O mito do desenvolvimento sustentável. Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Santa Catarina: Editora da UFSC, 2001.
- Rio + 20. Disponível em <www.rio20.gov.br>. Acesso: 05 jan. 2018
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAPÍTULO 11

A PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE MARINHA NAS ÁREAS ALÉM DA JURISDIÇÃO DOS ESTADOS: NEGOCIAÇÕES E ESTRATÉGIAS

*Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá Leitão
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne*

RESUMO: Existem lacunas no que se refere à proteção jurídica da biodiversidade marinha nas áreas além da jurisdição nacional dos Estados: isso se apresenta em diversos instrumentos jurídicos sobre o tema. O presente trata, portanto, das questões envolvidas nessa problemática, tendo-se como ponto de partida a constatação de tais omissões normativas. Analisa-se, a partir disso, as negociações internacionais realizadas com o fim de suprimir o hiato normativo. Trata-se de um estudo hipotético-dedutivo, pesquisa teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória. Em aspecto conclusivo, evidencia-se que há ainda um longo caminho a ser percorrido nas discussões para que se chegue a um efetivo acordo, contudo, é de extrema importância e urgência que ele seja elaborado.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção da Biodiversidade Marinha. Áreas além da Jurisdição dos Estados. Negociações e estratégias.

RESUMÉ: Il existe des lacunes dans la protection juridique de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale des États: cela est présenté dans plusieurs instruments juridiques sur le sujet. Le présent document aborde donc les questions liés à ce problème, en commençant par la constatation de telles omissions normatives. A partir de là, les négociations internationales menées dans le but d'éliminer le vide réglementaire sont analysées. Il s'agit d'une étude hypothétique-déductive, théorique, bibliographique, descriptive et exploratoire. En conclusion, il est évident qu'il reste encore beaucoup à faire dans les négociations pour parvenir à un accord effectif. Cependant, il est extrêmement important et urgent qu'il soit élaboré.

MOTS-CLÉS: Protection de la biodiversité marine. Zones situées au-delà de la juridiction nationale des États. Négociations et stratégies.

INTRODUÇÃO

A preocupação com a soberania dos Estados sobre os oceanos tem acompanhado há muito a evolução do Direito do Mar. O processo de criação e desenvolvimento desse ramo do Direito Internacional foi e ainda é eminentemente consuetudinário, concebido desde o século XVI. O Direito do Mar clássico baseava-se na aceitação generalizada pela Comunidade Internacional do princípio da liberdade dos mares, o qual concebia o mar como

*res communis omnium*¹, cuja própria natureza impedia que fosse objeto de ocupação e de posse².

O espaço marinho que não estava submetido à soberania estatal era denominado genericamente de alto mar. Tudo o que restava fora das então reduzidas águas interiores e mar territorial gozava do regime de liberdade de uso, conduzido pelo princípio do *mare liberum*. Esse princípio foi primeiramente proposto por Hugo Grotius³, que afirmava que o mar não é suscetível de apoderação por parte de nenhum Estado, qualificando-o como *res communis*, (que não se confunde com *res nullius*⁴) e, em virtude disso, todos os países teriam direito a navegar livremente pelos oceanos.

No que concerne ao alto mar, especificamente, seu regime jurídico foi objeto de uma ampla codificação na Conferência de Genebra, de 1958. Fruto desta foi o Convênio do Alto mar, do mesmo ano, cujas disposições se relacionam à Parte VII da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar⁵. O mesmo define tal espaço marinho como um conceito por exclusão: o que não fizer parte do mar territorial ou das águas interiores será alto mar⁶.

¹ Termo latino que deriva da lei romana, precedendo os conceitos atuais dos bens comuns e da herança comum da humanidade. Conceituado como: “[...] coisa destinada ao usufruto público e sobre a qual nenhuma pessoa, ou Estado, poderá reivindicar qualquer título de posse”. in PEREIRA, Antônio Celso Alves; PEREIRA, João Eduardo de Alves. A liberdade do alto mar – antecedentes históricos dos artigos de 87 a 90 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar in **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2014. (Coleção relações internacionais). ISBN 978-85-7631-505-6. p. 227-228. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf>.

² VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Capítulo 19, escrito pelo Dr. Carlos Jiménez Piernas, Catedrático de Direito Internacional Público da Universidade de Alcalá.

³ BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. **A importância de Hugo Grócio para o Direito**. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiGhI6l3LDdAhVFhJAKHfVYBakQFjAFegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fseer.ufrgs.br%2Fppgdir%2Farticle%2Fdownload%2F66015%2F39966&usg=AOvVaw2uuFyT-IKMG5dNF-74FQyV>>, p. 389; e BILLÉ, Raphaël; CHIAROLLA, Claudio; DRUEL, Elisabeth, ROCHETTE, Julien. *De la possibilité d'un accord international sur la gouvernance de la biodiversité marine dans les zones au-delà de la juridiction nationale*. Paris: Institut du développement durable et des relations internationales, n°07/13 septembre 2013 | biodiversité. ISSN 2258-7535, p. 6. Disponível em: <https://www.iddri.org/sites/default/files/import/publications/study0713_gouvernance-haute-mer_fr.pdf>.

⁴ Expressão latina que significa coisa sem dono”, “coisa de ninguém” ou “um bem vacante sobre o qual cada um dos seus utilizadores age à sua vontade, fora dos limites do Direito e do qual o primeiro que possuísse os meios se poderia apossar”. DINH, Nguyen Quoc et al. *apud* PEREIRA, Antônio Celso Alves; PEREIRA, João Eduardo de Alves. A liberdade do alto mar – antecedentes históricos dos artigos de 87 a 90 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar in **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2014. (Coleção relações internacionais). ISBN 978-85-7631-505-6. p. 227. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf>.

⁵ VELASCO, Manuel Diez de. op. cit., capítulo 22, escrito pelo Dr. Manuel Diez de Velasco Vallejo, Catedrático (Emérito) de Direito Internacional Público e Privado da Universidade de Cantabria.

⁶ Art. 1º: “Entende-se por “alto-mar” todas as partes do mar que não pertencem ao mar territorial ou águas internas de um Estado.” (sic) Decreto Legislativo nº 45 de 1968. Autoriza o Presidente da República a dar adesão do Governo brasileiro a quatro Convenções sobre o Direito do Mar, concluídas em

Ocorre que a Convenção de 1982 não reconhece a soberania de nenhum Estado sobre os recursos genéticos marinhos existentes nas áreas além da jurisdição nacional, apesar de considerar os recursos minerais dali oriundos como patrimônios da humanidade. Tal instrumento resta omissos quanto à qualificação jurídica dos recursos marinhos vivos e o seu patrimônio genético nesses espaços. Estabelece, em verdade, princípios legais sobre a pesca e a cooperação⁷.

Diante deste hiato normativo, deu-se início a uma série de discussões internacionais sobre a governança da biodiversidade marinha nas áreas além da jurisdição nacional, em que as lacunas regulamentares e de governança do sistema jurídico atual foram identificadas pela maioria dos Estados como um problema essencial. Para outros, que não reconhecem a existência dessas lacunas, seria suficiente apenas a melhor aplicação dos instrumentos já existentes. No entanto, o processo de aplicação mais eficaz da normativa existente seria igualmente simplificado se as lacunas em matéria de regulamentação e de governança a respeito da biodiversidade além da jurisdição nacional dos Estados (BBNJ na sigla em inglês) fossem preenchidas com a adoção de um acordo de implementação da CNUDM⁸.

Nesse sentido, há duas tendências de negociações: as diplomáticas e as econômicas⁹. A primeira, defendida pela maior parte dos países em desenvolvimento, considera tais recursos como patrimônio da humanidade, enquanto a segunda, oposta pelos países desenvolvidos, defende a total liberdade de exploração destes recursos¹⁰.

Em virtude da evolução dos debates acerca da temática, em 2004, a Organização das Nações Unidas estabeleceu a criação de um grupo de trabalho *Ad Hoc* com o fito de elaborar um instrumento jurídico destinado à conservação e

Genebra, a 29 de abril de 1958. Diário Oficial da União 18/10/1968. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-45-15-outubro-1968-346852-publicacaooriginal-1-pl.html>>.

⁷ MATTOS, Adhebal Meira. **O Novo Direito do Mar, Amazônia Azul e Pré-Sal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 75, 1980, pp. 41-51. ISSN: 2318-8235. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/rfdusp/article/view/66890/69500>>.

⁸ BILLÉ, Raphaël; CHIAROLLA, Claudio; DRUEL, Elisabeth, ROCHETTE, Julien. op. cit., p. 22.

⁹ VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. **A proteção jurídica dos recursos genéticos marinhos situados além da jurisdição dos Estados costeiros**. Dissertação (Mestrado) apresentada à Escola Superior Dom Helder Câmara. Orientador: Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte. Minas Gerais – Brasil. 2013. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/uploads/MARISTELAAO-LIVEIRAVALADAO.pdf>>.

¹⁰ Nesse sentido, a Rússia e os Estados Unidos, os quais se contrapõem à elaboração de um instrumento legalmente vinculante, aduzem que somente os recursos situados sob a soberania de algum Estado podem sofrer regulação normativa. in EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN. *A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*. Nova Iorque: International Institute for Sustainable Development (IISD), v. 25, n. 172, 07 set 2018, p. 1. Disponível em: <<http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25172e.pdf>>.

ao uso sustentável dos recursos marinhos em alto mar. As reuniões vêm ocorrendo desde 2006, ocasião em que se aprovou um plano provisório de trabalho. Tais discussões decorrem, sobretudo, da adoção da Agenda de Desenvolvimento Sustentável para 2030, que busca fortalecer a paz mundial por meio de seus 17 objetivos de desenvolvimento sustentável. Estes objetivos, sobretudo o de número 14, incluem a conservação e o uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos¹¹ para o desenvolvimento sustentável¹².

Depois de encerrados os trabalhos do Grupo *Ad Hoc*, a discussão sobre a elaboração do documento destinado à proteção da BBNJ ficou a cargo do *Preparatory Committee (PrepCom)*¹³ que segue mediando as negociações¹⁴.

Diante do cenário atual, é indiscutível que a ausência de uma norma de *ius cogens* relativa à proteção da BBNJ compromete a própria existência de tais recursos naturais para a geração presente e para as posteriores, sendo evidente que a ação conjunta dos Estados por um interesse compartilhado, qual seja, os recursos oriundos dos oceanos, há de ser enfatizada no acordo emergente, em que será imprescindível a cooperação¹⁵ entre os Estados, as organizações internacionais, os indivíduos e quaisquer demais sujeitos do direito internacional¹⁶. O que se busca, novamente, é chegar a um consenso entre os Estados

¹¹ Veja-se a introdução do objetivo 14: “Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, mares e recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável”. Tal objetivo se coaduna perfeitamente com a noção de proteção da biodiversidade marinha nas áreas além da jurisdição dos Estados, estabelecendo metas a serem alcançadas nos próximos anos, até 2030.

¹² ZUFFO, Milena Maltese. **Panorama das discussões sobre biodiversidade além da jurisdição nacional**. Academia Nacional de Estudos Transnacionais-ANET. Disponível em: <<http://portalanet.com/wp/wp-content/uploads/2018/03/Panorama-das-Discuss%C3%B5es-sobre-Biodiversidade-AI%C3%A9m-da-Jurisdic%C3%A7%C3%A3o-Naciona.pdf>>.

¹³ Na resolução 72/249 de 24 de dezembro de 2017, a Assembleia Geral concordou em convocar uma Conferência Intergovernamental sob os auspícios da ONU para considerar recomendações do Comitê Preparatório (*PrepCom*), visando desenvolver o instrumento o mais rápido possível. in IISD Reporting Services. **BBNJ Briefing Note. Summary of the Organizational Meeting for the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 16-18 April 2018**. Disponível em: <http://enb.iisd.org/oceans/bbnj/org-session/brief/bbnj_org_session.pdf>.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction**. 2017. Disponível em: <<http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom.htm>>.

¹⁵ Nesse esteio, Peter Häberle avança e propõe um Estado Constitucional Cooperativo que “vive de necessidades de cooperação no plano econômico, social e humanitário, assim como - falando antropológicamente - da consciência de cooperação (internacionalização da sociedade, da rede de dados, opinião pública mundial, das demonstrações com temas de política externa, legitimação externa).” HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN: 978857147-624-0, p. 19.

¹⁶ SOUZA, Henrique Santos Costa de. **A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e a obrigação de cooperação**. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* [online].

para que seja possível vislumbrar a predisposição das principais potências em ceder nos pontos que afetam os interesses econômicos, tais como a restrição quanto à exploração, transferência de tecnologia e compensação pecuniária pela exploração dos recursos.

É nesta conjuntura que se justifica o artigo proposto¹⁷, o qual visa a analisar a evolução das discussões e das negociações internacionais que culminarão com a implementação do instrumento normativo que regulará a proteção da biodiversidade nas áreas além da jurisdição nacional dos Estados.

1. AS NEGOCIAÇÕES INTERNACIONAIS ACERCA DA BBNJ: DICOTOMIA NORTE-SUL?

Os espaços marinhos situados além da jurisdição dos Estados representam em torno de 50% da superfície terrestre, abrigando uma inestimável diversidade de formas de vida fundamentais para a humanidade, seja no que se refere à produção de metade do oxigênio e 30% da captura do dióxido de carbono, seja para a produção de alimentos, ou até para a indústria farmacêutica. Todavia, apesar dos avanços em matéria de governança mundial relativa aos oceanos, metade do planeta, com extrema importância para a vida humana e para a biodiversidade como um todo, ainda não dispõe de normas regulatórias a nível mundial.

Considerando a evidência dos riscos em manter tal espaço marinho sem regulação jurídica específica, constatou-se a necessidade urgente¹⁸ de estabelecimento de um acordo global durante a 56ª sessão plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 17 de novembro de 2004. Foi então que a AGNU editou a Resolução 59/24, em que, na Parte X, trata do ambiente marinho, dos recursos marinhos, da biodiversidade marinha e da proteção dos ecossistemas marinhos vulneráveis¹⁹.

2015, vol.3, n.6, pp.300-322. ISSN 2304-7887. Disponível em: <http://scielo.iics.una.py/scielo.php?pid=S2304-78872015000600300&script=sci_abstract>.

¹⁷ Ressalte-se que a pesquisa ora apresentada tem como lapso temporal de investigação o intervalo compreendido entre janeiro de 2018 e janeiro de 2019. Foram abrangidos, portanto, os documentos encontrados sobre o tema publicados até esse período.

¹⁸ Quanto à constatação dos riscos: “48. [...] insta os Estados a darem atenção urgente à promoção, à adoção e à implementação de acordos de cooperação, particularmente no nível regional em áreas de alto risco [...] 67. Toma nota da segunda parte do aditamento ao relatório do Secretário-Geral sobre os oceanos e a CNUDM, que descreve as ameaças e os riscos para ecossistemas marinhos vulneráveis e ameaçados e para a biodiversidade em áreas fora da jurisdição nacional [...]” in ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolution adopted by the General Assembly on 17 November 2004- 59/24. Oceans and the law of the sea*, p. 10-13. (tradução do autor). Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_59_24.pdf>.

¹⁹ _____. *Resolution adopted by the General Assembly on 17 November 2004- 59/24. Oceans and the law of the sea*, p. 13-14. (tradução do autor). Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_59_24.pdf>.

Após a constituição do Grupo *Ad Hoc*, realizou-se a primeira reunião em Nova Iorque, referente à 61ª sessão da Assembleia Geral da ONU, ocasião em que foi aprovado um plano provisório de trabalho²⁰. Nesse encontro foi assinalado que o embasamento legal, para versar sobre as questões concernentes à preservação da biodiversidade marinha nos espaços situados além da jurisdição dos Estados, poderia ser a partir da própria CNUDM, bem como nos princípios constantes na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Convenção sobre a Diversidade Biológica.

Em tal reunião, apesar das posições divergentes entre a necessidade de regulamentação ou conveniência de manter a normatização como estava, destaca-se o reconhecimento da remanescente incerteza científica sobre o meio ambiente marinho e a adoção do critério da precaução na gestão das atividades realizadas nos mares²¹.

Nesse mesmo sentido posicionaram-se diversas organizações não-governamentais (ONGs), que ressaltaram a indispensabilidade de criação de um regime específico de governança para as áreas além da jurisdição dos Estados, devendo a exploração dos recursos oceânicos pautar-se pelos princípios da precaução, da sustentabilidade e da equidade. Foi sugerida também a criação de uma rede mundial de zonas marinhas protegidas: algumas estritamente protegidas e outras de usos múltiplos.

A segunda reunião do Grupo aconteceu em 2008, correspondente à 63ª sessão da AGNU, em Nova Iorque. Houve diversas exposições de ordem técnica sobre os temas oceânicos e foi reconhecido que os mares desempenham um papel fundamental para a manutenção da vida na Terra²².

Houve também uma discussão a respeito dos recursos genéticos, localizados nas áreas além da jurisdição dos Estados, havendo opiniões conflitantes sobre se esses recursos integrariam o patrimônio comum da humanidade, sujeito ao regime da Área, ou se pertenceriam ao regime de alto mar²³.

Nesse sentido, vale assinalar a sutil diferenciação entre alto mar e Área. Nas áreas além da jurisdição nacional dos Estados, os fundos marinhos e oceânicos,

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2006- 61/222. Oceans and the law of the sea*, p. 16. (tradução do autor). Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/222&Lang=E>.

²¹ _____. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 29 de diciembre de 2014-69/245. Los océanos y el derecho del mar*, p. 34. (tradução do autor). Disponível em: <http://www.subpesca.cl/portal/616/articles-901_Res_69_245.pdf>.

²² _____. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 29 de diciembre de 2014-69/245. Los océanos y el derecho del mar*, p. 2. (tradução do autor). Disponível em: <http://www.subpesca.cl/portal/616/articles-901_Res_69_245.pdf>.

²³ _____. *Carta de fecha 16 de marzo de 2010 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta*, p. 16. (tradução do autor). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/277/23/PDF/N1027723.pdf?OpenElement>>.

bem como o subsolo e correspondentes recursos, compreendem o que se conhece como “Área”, os quais se inserem em uma discussão para qualificá-los enquanto “patrimônio comum da humanidade”. O alto mar, mais especificamente, seria a camada de água acima desses espaços e a vida ali existente. Não obstante, são ambas parte do que se conhece como áreas além da jurisdição nacional dos Estados e fazem parte de um único e interconectado oceano mundial.

A terceira reunião, de 2010, correspondeu à 65ª sessão da Assembleia Geral da ONU, em Nova Iorque. O foco desse encontro foi a necessidade de maior cooperação entre os Estados, sobretudo entre os desenvolvidos e os em desenvolvimento, com destaque em relação às pesquisas sobre os fundos marinhos, além da imprescindibilidade de realização de um estudo de impacto ambiental para a extração dos recursos marinhos, devendo-se adotar uma metodologia global²⁴. Nessa reunião concluiu-se ainda que a utilização sustentável dos oceanos e de seus recursos era um fator essencial para a manutenção da vida no planeta.

Ressalta-se a discrepância entre os presentes quanto à competência da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (AIFM), sendo defendido por alguns que os recursos existentes na Área deveriam ser administrados pela Autoridade, enquanto outras delegações afirmaram que não caberia àquele órgão o controle específico da exploração dos recursos minerais, estando os recursos genéticos englobados na disciplina do alto mar.

A quarta reunião do grupo correspondeu à 66ª sessão da Assembleia Geral da ONU, em 2011, também em Nova Iorque. Houve recomendações para que se desse início a um processo no âmbito da ONU objetivando a minuta de um marco jurídico direcionado à conservação e ao uso sustentável da BBNJ, através de acordo multilateral com base na CNUDM²⁵.

Nesse sentido, algumas delegações observaram que as ameaças antropogênicas para a diversidade biológica marinha seguem aumentando tanto em áreas de jurisdição nacional quanto fora delas, de modo que alguns ecossistemas alcançaram pontos críticos e, a menos que sejam adotadas medidas decisivas, muitos deles não poderão contribuir para satisfazer as necessidades das gerações presentes e futuras²⁶.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta de fecha 16 de marzo de 2010 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta*, p. 9. (tradução do autor). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/277/23/PDF/N1027723.pdf?OpenElement>>.

²⁵ _____. *Carta de fecha 30 de junio de 2011 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta*, p. 2 (tradução do autor). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/397/67/PDF/N1139767.pdf?OpenElement>>.

²⁶ _____. *Carta de fecha 30 de junio de 2011 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta*, p. 3 (tradução do autor). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/397/67/PDF/N1139767.pdf?OpenElement>>.

De um modo geral, reconheceu-se que a situação abordada se encontra crítica, em níveis não aceitáveis. Quanto às discrepâncias sobre a necessidade ou não de elaboração do novo instrumento jurídico vinculante, para os defensores desse posicionamento, a criação desse novo regime permitiria aplicar, de forma mais eficaz, os mecanismos existentes, entre eles os que dizem respeito às zonas marinhas protegidas e as avaliações de impacto ambiental, bem como a respeito dos novos mecanismos que viessem a ser criados.

Já as delegações que se opõem a essa posição consideraram desnecessária a criação de um acordo de aplicação, afirmando que já existe um marco jurídico suficiente para regular as questões levantadas, de maneira que a problemática se restringiria à melhora da aplicação dos meios já existentes. Outras delegações assinalaram que seria necessário aprofundar os estudos, com a finalidade de identificar as lacunas existentes²⁷.

A quinta reunião aconteceu em 2012, correspondendo à 67^a Assembleia Geral da ONU, ocasião em que se destacou o valor da biodiversidade marinha para a segurança alimentar, fomento da saúde e desenvolvimento científico²⁸.

A sexta reunião ocorreu em 2013, referente ao 68^o período de sessões da AGNU e o sétimo encontro do Grupo *Ad Hoc* se deu em 2014, na sede da ONU²⁹. Nesse mesmo ensejo também foi debatido sobre a viabilidade de elaboração do novo instrumento jurídico, ocasião em que as delegações indicaram que a questão da viabilidade se relaciona muito mais ao compromisso e à vontade política do que ao caráter jurídico em si da questão, visto que o instrumento internacional é viável sob os pontos de vista técnico, prático e legal. Foi afirmado, ademais, que a maioria dos Estados possui vontade política para decidir o começo das negociações sobre o novo acordo³⁰.

Finalmente, no ano de 2015, ocorreu o nono e último encontro do Grupo *Ad Hoc*. Nele foram apresentadas as recomendações com a finalidade de se elaborar um documento jurídico referente à regulação das questões concernentes aos espaços marinhos além da jurisdição dos Estados³¹.

²⁷ NUNES, Wolmer Rogério da Cunha. op. cit., p. 103.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta de fecha 8 de junio de 2012 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta*, p. 4 (tradução do autor). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/397/67/PDF/N1139767.pdf?OpenElement>>.

²⁹ NUNES, Wolmer Rogério da Cunha. op. cit., p. 107.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta de fecha 5 de mayo de 2014 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta*, p. 15 (tradução do autor). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/320/51/PDF/N1432051.pdf?OpenElement>>.

³¹ _____. *Carta de fecha 13 de febrero de 2015 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo Especial Oficioso de Composición Abierta*, p. 2-3 (tradu-

Dessa maneira, os trabalhos do Grupo *Ad Hoc*, ao longo de tantos anos, contribuíram para evidenciar os debates referentes à preservação da biodiversidade marinha e à governança na Área e no alto mar. Foram apontadas as linhas essenciais para a elaboração de um instrumento internacional juridicamente vinculante relacionado à CNUDM.

Quando do encerramento das atividades do Grupo *Ad Hoc*, com fundamento nos documentos por ele produzidos, a discussão sobre a elaboração do referido acordo passou para o *PrepCom*³². O referido Comitê possui um abundante cronograma de atividades desde a sua implementação. Para o ano em curso, há diversos encontros marcados: 1) 15 de janeiro de 2019: 28º oitavo encontro dos Estados membros da CNUDM; 2) 24 a 25 de janeiro de 2019: evento de parceria de diálogo com várias partes interessadas e fortalecimento de capacidade (no âmbito do Processo Regular para Relatórios e Avaliação Globais do Estado do Ambiente Marinho, incluindo os Aspectos Socioeconômicos); 3) 28 de janeiro a 15 de março de 2019: sete semanas de reuniões da Comissão sobre os Limites da Plataforma Continental, em sua 49ª sessão, que culminará em novembro de 2019 com a 51ª sessão desta Comissão³³.

Anteriormente, o *PrepCom* realizou diversos outros eventos, lembrando-se de que o Grupo *Ad Hoc* havia recomendando que o Comitê elaborasse um informe antes do final de 2017. Em 24 de dezembro daquele ano o *PrepCom* preparou nova resolução³⁴, em que decidiu que a conferência se reunirá durante quatro períodos de sessões com uma duração de dez dias de trabalho cada um, e que o primeiro período de sessões ocorrerá no segundo semestre de 2018, o segundo e o terceiro períodos de sessão ocorrerão em 2019 e o quarto no primeiro semestre do ano seguinte³⁵.

Portanto, os trabalhos do Comitê seguem em andamento ao menos até 2020. Em termos gerais, no âmbito das discussões levantadas, observa-se ainda

ção do autor). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/397/67/PDF/N1139767.pdf?OpenElement>>.

³² NUNES, Wolmer Rogério da Cunha. op. cit., p. 113.

³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Calendar of meetings for 2019 (Updated on 13 December 2018)*. UNITED NATIONS HEADQUARTERS | INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY- UNITED NATIONS HEADQUARTERS. Disponível em: <http://www.un.org/Depts/los/reference_files/calendar_of_meetings.htm>.

³⁴ _____. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 24 de diciembre de 2017 Instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*. Disponível em: <<http://undocs.org/es/a/res/72/249>>.

³⁵ _____. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 24 de diciembre de 2017 Instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*, p.2. (tradução do autor) Disponível em: <<http://undocs.org/es/a/res/72/249>>.

um entendimento polarizado entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, no que tange à exploração de recursos genéticos marinhos. Passa-se, a seguir, a apontar os principais pontos de divergência que ocasionam tal dicotomia.

1.1. O conflito de interesses entre países desenvolvidos e em desenvolvimento

Conforme examinado, as discussões nas Nações Unidas ocorrem desde 2004 e, nesses longos anos, decidiu-se que será desenvolvido um instrumento internacional juridicamente vinculante destinado à proteção das áreas além da jurisdição nacional dos Estados. O *PrepCom*, encarregado de fazer as principais recomendações à AGNU sobre o projeto do texto, começou suas atividades em 2016, finalizando suas propostas no final de 2017³⁶.

O âmago da discussão se pauta pelo conflito de interesses. De início poder-se-ia distinguir, por um lado, os países em desenvolvimento que são detentores de privilegiadas condições naturais (conhecido como “o Sul”) e, da outra parte, os países desenvolvidos que ostentam tecnologia adequada ao aproveitamento desses recursos (denominado como “o Norte”).

Essa dicotomia entre as vontades das potências do Norte e do Sul é histórica. Desde as negociações da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar que os Estados em desenvolvimento demonstram sua vontade de promover um reequilíbrio equitativo dos benefícios decorrentes da exploração dos recursos naturais mundiais. Frente à superioridade técnica dos poucos Estados desenvolvidos que lhes permitiriam obter os benefícios da comunitarização dos recursos, a principal reivindicação dos países em desenvolvimento era a ampliação dos direitos soberanos dos Estados costeiros, com a outorga de diversas competências no mar territorial e na ZEE³⁷.

A maioria dos Estados em desenvolvimento (o chamado “Grupo dos 77”) se mostrava favorável à fixação de uma área além do mar territorial em que os Estados costeiros pudessem exercer direitos econômicos sobre os recursos exploráveis. Essa posição garantiria que esses países tivessem o controle e a jurisdição sobre os seus recursos naturais marinhos.

³⁶ MONACO, Andre; PROUZET, Patrick. op. cit., p. 48-49.

³⁷ Veja-se, nesse sentido, que a ONU tem se servido da nomenclatura que distingue países desenvolvidos, em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Segundo a ONU, os países menos desenvolvidos são Estados de baixa renda que enfrentam graves impedimentos estruturais ao desenvolvimento sustentável. Eles são altamente vulneráveis a choques econômicos e ambientais e possuem baixos níveis de ativos humanos. in ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Economic Analysis & Policy Division*. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/dpad/least-developed-country-category.html>>.

Essa colocação confrontava a dos países marítimos conservadores da Europa Ocidental e dos Estados Unidos, uma vez que para eles seria mais satisfatória a designação de uma estreita faixa de mar territorial, sem qualquer outra área em que houvesse soberania dos Estados costeiros³⁸.

Novamente, como já se considera costumeiro, os interesses dos países de economia cêntrica foram sobrepostos aos interesses dos países periféricos.

No atual cenário, nessa nova negociação envolvendo a BBNJ, há um dever a ser exercido pela Sociedade Civil com o fim de estabelecer uma sociedade mais justa e solidária, evitando a irradiação dos interesses imperialistas e hegemônicos dos países ricos. O entendimento do que significa segurança, nesses tempos, devido ao processo de globalização em andamento, implica em uma estratégia de defesa dos compromissos internacionais assumidos em foros especiais³⁹.

Existem, pois, duas tendências de negociações diplomáticas e econômicas quanto à exploração dos recursos naturais nos espaços além da jurisdição nacional dos Estados: a primeira, defendida pela maior parte dos países em desenvolvimento, que consideram os recursos oriundos da BBNJ como patrimônio da humanidade e acreditam na possibilidade de coexistência entre as liberdades de alto mar e o regime de patrimônio comum⁴⁰; a segunda, oposta pelos países desenvolvidos defende a total liberdade de exploração destes recursos⁴¹, afastando a possibilidade de coexistência, por ser um entrave aos direitos de propriedade de patentes⁴².

Os Estados desenvolvidos também sustentam a posição de que os recursos genéticos marinhos estão fora do âmbito de regulamentação da CNUDM, de maneira que os benefícios advindos de sua exploração pertencem aos países bioprospectores e não devem ser partilhados. Eles sustentam que deve haver uma regulamentação análoga à da pesca comercial em alto mar, além da jurisdição nacional, imperando a “lei do mais forte”, econômica e tecnologicamente⁴³.

As nações em desenvolvimento recomendam que, por analogia, os recursos genéticos sejam assemelhados aos recursos minerais marinhos e regulados

³⁸ MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; GIRÃO, Edwiges Coelho. **A soberania dos estados sobre seus recursos naturais: o regime internacional da biodiversidade e o direito do mar**. Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, 2016, p. 80. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4517/3395>>.

³⁹ MATTOS, Adherbal Meira. Os novos limites dos espaços marítimos nos trinta anos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. *in op. cit.*, p. 52-53.

⁴⁰ EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN. *A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*. Nova Iorque: *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, v. 25, n. 106, 11 abr. 2016a, p. 8. (tradução do autor) Disponível em: <<http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25106e.pdf>>.

⁴¹ VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. *op. cit.*, p. 89.

⁴² NUNES, Wolmer Rogério da Cunha. *op. cit.*, p. 116.

⁴³ VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. *op. cit.*, p. 91-100.

na mesma medida, de forma que a CNUDM e a AIFM regulamentem a bioprospecção de tais recursos e a repartição dos proventos de forma igualitária. Se assim ocorresse, os direitos de propriedade dos recursos extraídos não pertenceriam ao Estado ou ao bioprospector, mas a toda a coletividade global.

Tendo em conta a raridade de muitas espécies existentes na Área, vários ambientalistas demonstraram temer que um aumento no tráfego de barcos ocasione a diminuição das taxas de sobrevivência dos recursos genéticos marinhos e que o manejo inadequado nas atividades de bioprospecção destrua habitats extremamente sensíveis em sua extração. Desse modo, estão engajados na esperança de que a CNUDM regule a exploração dos recursos, promovendo uma abordagem integrada, guiada pela precaução e pela proteção de ecossistemas marinhos com características tão peculiares⁴⁴.

Vale ressaltar que a o entrave quanto à proteção internacional da biodiversidade marinha foi gerada, de um lado, pelos Estados desenvolvidos que geralmente têm recursos biológicos escassos, e do outro, por Estados em desenvolvimento, muitas vezes dotados de recursos em abundância. Essa divisão entre os interesses pertinentes a uns e outros contribuiu para a consolidação da dicotomia conhecida como “Norte-Sul”, tradicional nas negociações ambientais⁴⁵. Ou seja, sempre que há negociações referentes à concessão ou repartição de benefícios, são postos em consideração os interesses de cada Estado, os quais se agrupam segundo as suas próprias necessidades e objetivos. A dicotomia surge, portanto, dos conflitos entre os posicionamentos defendidos.

Há de se esclarecer, contudo, que tal divisão “Norte-Sul”, apesar de didática e representativa em termos históricos pode ser considerada como reducionista na atualidade, pois, sob um panorama geral, tal separação está tão mais atrelada a questões econômicas e sociais do que ao posicionamento geográfico em si. Ademais, não se pode generalizar e pressupor que todos os países desenvolvidos visam ao crescimento econômico e industrial acima da preservação ambiental, visto que há exceções como a Suécia.

Assim mesmo, subsiste a necessidade de que os interesses dos países em desenvolvimento a respeito da repartição dos benefícios monetários resultantes da exploração dos recursos, seja equilibrado com os interesses das nações economicamente desenvolvidas a respeito da exploração e bioprospecção desses recursos para o desenvolvimento de produtos.

⁴⁴ Ibidem, p. 101.

⁴⁵ BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. A Proteção internacional da diversidade biológica. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org). **Proteção internacional do meio ambiente**, série Direito Ambiental- vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009, capítulo 6, p. 152. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11334/1/protECAInternacional-domeioambiente.pdf>>.

As negociações caminham lentamente, mas todas as partes envolvidas têm conhecimento prático claro das discussões. Pelo andamento dos debates, percebe-se que alguns países desenvolvidos serão resistentes às propostas de regime que possam interferir nas liberdades do alto mar, enquanto muitas nações em desenvolvimento seguem lutando pela partilha de benefícios. Vale assinalar que, no que concerne à repartição dos benefícios, tem-se percebido maior avance nos debates. Em contrapartida, quanto à regulação da exploração, vê-se mais resistência por parte dos países que já exploram determinadas zonas.

Apesar disso, de um modo geral, há uma evidente evolução no debate a respeito da possibilidade de criação de um acordo juridicamente vinculante, sobre a regulamentação das áreas além da jurisdição dos Estados e da proteção da BBNJ, passando das discussões destinadas ao esclarecimento e à exposição dos pontos de vista, ocorridos durante os trabalhos do Grupo *Ad Hoc* à efetiva negociação que vem acontecendo com o *PrepCom*, tendo sido demonstrada a vontade política em dar continuidade ao debate, mesmo com as divergências⁴⁶. O quadro exige uma análise mais detida para que se averigüe se a apropriação dos referidos recursos coincide com princípios internacionais ambientais, especialmente da equidade, da cooperação internacional e, principalmente, do desenvolvimento sustentável⁴⁷.

1.2. O princípio da cooperação internacional e a conciliação de interesses: preservação ambiental vs. interesses econômicos

As discussões têm demonstrado que a investigação científica na Área é significativa e realçaram a necessidade de cooperação internacional sobre o tema, além do benefício aos países em desenvolvimento, que poderia constituir-se, inicialmente, como o compartilhamento de conhecimento científico⁴⁸.

Desde o advento da criação da AIFM, pela CNUDM, essa Autoridade constitui a pedra fundamental do regime jurídico internacional da Área. Para garantir que o uso dos fundos marinhos e oceânicos internacionais beneficiem efetivamente toda a humanidade, defende-se, há tempos, a institucionalização da cooperação internacional nessa matéria.

Nos termos da Convenção de Montego Bay, constituem objetivos da política da Autoridade para as atividades na Área o fomento do desenvolvimento harmonioso da economia mundial e o crescimento equilibrado do comércio internacional, bem como a promoção da cooperação internacional a favor do desenvolvimento geral de todos os países, especialmente os Estados

⁴⁶ NUNES, Wolmer Rogério da Cunha. op. cit., p. 117-118.

⁴⁷ VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. op. cit., p. 102-104.

⁴⁸ Ibidem, p. 98.

em desenvolvimento, com vista as assegurar o aproveitamento dos recursos da Área, a gestão ordenada, racional e segura desses recursos, a ampliação das oportunidades de participação em tais atividades, a participação da Autoridade nas receitas e transferência de tecnologia à Empresa⁴⁹ e aos Estados em desenvolvimento, a prevenção da monopolização das atividades na Área, o aproveitamento do patrimônio comum da humanidade em benefícios da humanidade em geral, entre outros⁵⁰.

Tais finalidades visam a garantir, entre outros, o aproveitamento racional e sustentável dos recursos da Área para beneficiar toda a comunidade global, a ampliação das oportunidades de acesso às atividades nesse espaço marinho, aumento da disponibilidade dos minerais ali encontrados e a formação de preços justos e estáveis para esses recursos, além da proteção dos países em desenvolvimento prejudicados com a produção mineral⁵¹.

Dessa forma, em virtude do sensível aumento da preocupação internacional a respeito da proteção do meio ambiente, vislumbra-se na cooperação internacional um meio de busca pela conciliação de interesses.

O Direito Internacional do Meio Ambiente Marinho constitui a base sobre a qual devem se apoiar os esforços nacionais para oferecer proteção e valorização de modo sustentável ao meio ambiente marinho, incluindo os seus recursos naturais. Disso se depreende que há uma urgente necessidade de elaboração de novas estratégias para a gestão cooperativa dos mares, oceanos e zonas costeiras em nível nacional, regional e global. Esses instrumentos de cooperação devem estar apoiados concomitantemente nos princípios de precaução e de prevenção.

Outrossim, a cooperação internacional para a proteção ambiental deve impulsionar a obrigação de transferências de tecnologia relevante e de meios financeiros necessários para que os Estados em desenvolvimento também possam contribuir efetivamente para os objetivos ambientais internacionais⁵².

A AIFM tem realizado *workshops* no sentido de tratar sobre as perspectivas para a cooperação internacional no que tange à pesquisa científica nos

⁴⁹ A Empresa deve ser responsável pelas operações comerciais da Autoridade e, como tal, realizar suas próprias atividades de mineração, como um primeiro passo, com outras entidades em *joint ventures*. (tradução do autor) in AUTORITÉ INTERNATIONALE DES FONDS MARINS. *L'Autorité Internationale des fonds marins: Structure et fonctionnement*. Disponível em: <http://www.ressources-marines.gov.pf/wp-content/uploads/sites/24/2018/01/l_autorite_internationale_des_fonds_marins_structure_et_fonctionnement.pdf>.

⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Diário Oficial da União 14/03/1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

⁵¹ TRINIDADE, Antônio Augusto Cançado. op. cit., p. 81-100.

⁵² TOLEDO, André de Paiva. *La protection juridique internationale de la biodiversité marine*. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.13, n.27, p.31-62. set./dez. 2016. p. 35-36. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/924/516>>.

fundos oceânicos. Entre os temas abordados, sobre os quais se buscou maior cooperação científica internacional, se incluíam: 1) a determinação dos níveis de biodiversidade, abrangência de espécies e taxas de fluxo genético nas províncias de nódulos abissais; 2) os processos de distúrbio e recolonização que seguem à ressedimentação da pluma de sedimentos causada pela mineração e à criação das faixas de mineração; 3) os impactos da pluma de sedimentos causada pela mineração nos ecossistemas da coluna d'água (enriquecimento de nutrientes, carga de sedimentos, enriquecimento de ferro e intoxicação por metais pesados); e 4) a variabilidade natural nos ecossistemas das províncias de nódulos⁵³.

No contexto atual, em que os países estão cada vez mais integrados, sobretudo devido à globalização, depara-se com a questão da pluralidade de ordens jurídicas. O Direito Internacional está inserido no epicentro dessa temática⁵⁴.

A pluralidade de ordens jurídicas tem recebido diversas denominações, a exemplo do transconstitucionalismo. Isso representa a preocupação que tem hoje, o Direito Constitucional de cada país, com a ascensão do Direito Internacional. Esse fenômeno consiste na coexistência de normas e de decisões de distintas matrizes, com ambição de regência do mesmo espaço social, ocasionado uma série de consequências relacionadas à convergência ou à divergência de sentidos entre as normas e as decisões de origens diversas. As ordens jurídicas plurais, assim, convergem e concorrem na regência jurídica de um mesmo espaço. Em razão disso, surgem as influências recíprocas, o diálogo e, por vezes, divergências.

Os países, sob a pressão dos desafios transfronteiriços gerados pela globalização, têm a expansão quantitativa do Direito Internacional, exigindo, em troca, por desconfiança e temor de falsos comprometimentos, a ocorrência de procedimentos internacionais para assegurar a correta interpretação e implementação das normas produzidas.

Por sua vez, há também o advento do fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito Internacional, em que o Direito Internacional mimitiza institutos normalmente reservados ao Direito Constitucional, como, por exemplo, a criação de tribunais, a proteção de direitos fundamentais, *rule of law*, acesso direto de indivíduos e até o julgamento de sujeitos no campo penal.

Desponta, nesse contexto, o chamado neoconstitucionalismo, que preconiza a interpretação da Constituição vinculada aos princípios, defendendo a irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento jurídico,

⁵³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *op. cit.*, p. 150-151.

⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). 2012, vol. 106/107, p. 498. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67955/70563>>.

sugerindo até mesmo o ativismo judicial para efetivar os valores constitucionais. Ademais, esse fenômeno aceita a abertura da Constituição às normas internacionais, para impor-se diante dos desafios sociais, econômicos, ambientais e políticos pelos quais passam os Estados.

Sobre essa nova tendência entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, assevera Peter Häberle que o entrelaçamento das relações internacionais adquiriu intensidade, extensão e profundidade, de maneira que o Estado Constitucional ocidental necessita reagir adequadamente. Propõe-se, portanto, o conceito de Estado Constitucional Cooperativo, em que a cooperação será uma parte da identidade do Estado Constitucional, assim como fará parte de sua identidade o próprio Direito Internacional, no entrelaçamento de relações supranacionais e internacionais, na percepção da cooperação e da responsabilidade internacional, bem como no campo da solidariedade. Para o autor, a cooperação tem início com contatos pontuais, passando pela negociação e culminando com “um estar à disposição do outro”⁵⁵.

Marcha-se, pois, rumo a um Estado Constitucional Cooperativo, em que as questões dos países deixam de ser cada vez menos isoladas e passam a ser compartilhadas e conhecidas a nível global. Insurgem a solidariedade e a cooperação como elementos basilares para a resolução de conflitos de interesses, buscando o consenso e a conciliação. Há uma revolução oculta ocorrendo no Direito internacional que exige cada vez mais a substituição do interesse particular dos Estados, acompanhado dos direitos soberanos correlativos, pela noção de interesse coletivo, a partir do qual são devolvidas as funções estatais.

Está no espírito da CNUDM e é evidenciado ao longo de todo o texto, o princípio da cooperação. Ele traça uma obrigação geral para os países de proteger e de preservar o espaço marinho, o que deve ser traduzido como o exercício de uma competência funcional do Estado, vinculado a um interesse maior em nome da coletividade humana⁵⁶.

Ressalte-se que o fomento do princípio da cooperação internacional não significa o desprezo pela soberania estatal dos países. Os oceanos não conhecem fronteiras, oferecendo um vasto espaço propício à cooperação internacional.

A cooperação é um princípio, intrínseco à noção de solidariedade, que fortalece a soberania estatal e norteia a ordem internacional atual, baseada na interdependência entre as nações que coexistem vinculadas pela coordenação, procurando solucionar questões que transcendem os espaços jurisdicionais.

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN: 978857147-624-0, p. 22-39.

⁵⁶ VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. op. cit., p. 110.

Apesar desse cenário mais interligado e propício ao coletivismo e ao comunitarismo, o individualismo é uma característica ainda muito presente nas relações internacionais e as negociações da CNUDM refletem tal realidade.

O apelo ao princípio da cooperação internacional em matéria de espaços marinhos decorre do fato de que os oceanos constituem uma via extremamente relevante e indispensável de comunicação no planeta, dentre tantos outros atributos como fonte de vida e de recursos diversos, elevado valor econômico e presença essencial para a regulação do clima no globo.

As complexas negociações ao redor da definição de um regime jurídico para os espaços além da jurisdição nacional dos Estados, seja dos recursos não vivos ou dos recursos vivos, vêm percorrendo árduos e longos caminhos, o que explicita a difícil incumbência de concretização do princípio da cooperação entre as nações.

Todavia, a incapacidade de responder de forma autônoma e isolada aos desafios contemporâneos, convoca os países acolher a cooperação, seja nacional, regional ou globalmente.

Apesar disso, o dever de cooperar, por si só, é genérico e não fornece orientações suficientes para ilustrar como será estabelecido e estruturado um possível regime sobre o uso sustentável e a proteção dos recursos genéticos marinhos. O fato de inexistir ainda um regime jurídico regulatório requer que seja negociado um novo acordo internacional vinculante, ainda que haja forte oposição de alguns países⁵⁷.

A cooperação internacional para a produção de regimes ambientais baseados em constatações e trabalhos científicos, bem como a pressão das sociedades civis, internas e internacionais, são expoentes que têm colaborado sobremaneira para que os Estados passem a assumir novas obrigações ambientais internacionais, até mesmo adotando posicionamentos distintos dos historicamente sustentados⁵⁸.

Assim, é perceptível que tanto a CNUDM quanto os demais acordos internacionais sobre Direito do Mar e biodiversidade marinha, invocam a cooperação técnica e científica, contemplando dispositivos detalhados relativos à cooperação na transferência de tecnologia, no intercâmbio de informações, pesquisa e treinamento.

Entretanto, a cooperação para a proteção da BBNJ segue em processo de formação e consolidação. A elaboração de um regime que institua os

⁵⁷ VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. op. cit., p.108-110.

⁵⁸ SCHMIDT, Larissa. **A repartição de benefícios decorrentes do acesso à diversidade biológica e ao conhecimento tradicional no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica- CDB, da Organização Mundial de Propriedade Intelectual- OMPI e da Organização Mundial de Comércio- OMC.** Universidade de Brasília- Faculdade de Direito. Brasília, outubro de 2009 (tese de Doutorado), p. 270. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6971/1/2009_LarissaSchmidt.pdf>.

termos da proteção da BBNJ deve ser orientada pela harmonia e pela cooperação entre os Estados em âmbito internacional⁵⁹. Por meio da noção de cooperação e de solidariedade entre os países, espera-se que a iminente demanda pela preservação ambiental se sobreponha cada vez mais aos interesses econômicos individualistas.

1.3. A orientação dos princípios ambientais e de Direito Internacional como ponto de partida

Conforme visto até o momento, o cenário que se apresenta é de discussões e debates intensos, sobretudo devido à divergência de interesses entre os países envolvidos na elaboração do novo acordo sobre a proteção da BBNJ. Após destacada a imprescindibilidade da cooperação internacional como mecanismo apto a integrar os países e conciliar suas opiniões e necessidades na maior medida possível, aponta-se também os princípios do Direito Ambiental e do Direito Internacional como norteadores nesse processo de negociação.

É concebível vislumbrar nos princípios um meio para a resolução de controvérsias porque, segundo Marcelo Neves, os princípios atuam como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de casos, sem que sejam elas reduzidas a opções discricionárias. Os princípios opulentam o processo argumentativo entre as partes, abrindo-o para diversos pontos de partida⁶⁰.

Nesse esteio, considera-se que a Convenção de Montego Bay elencou, em seu espírito, cinco princípios principais: a paz, a soberania, a liberdade, a cooperação e a partilha.

O princípio da paz ecoa em diversos dispositivos da Convenção. Um dos mais expressivos é a “designação do alto mar para fins pacíficos”. A soberania, por sua vez, continua sendo a base principal do Direito Internacional Público e do Direito do Mar por meio de suas duas manifestações sobre as áreas marítimas adjacentes e a soberania sobre os navios que arvoram sua bandeira. Contudo, já foi acima assinalado que a compreensão desse princípio vem se modificando frente às transformações globais ocorridas nos últimos anos.

O princípio da liberdade foi instituído para que se expressasse em toda a sua plenitude no alto mar, sendo encontrado também em outras áreas marítimas, incluindo aquelas sob a plena soberania dos Estados costeiros. Novamente, entende-se que tal liberdade vem sendo apreendida de modo diverso daquela instituída durante As negociações da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar.

⁵⁹ VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. op. cit., p.111.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. ISBN: 978-S5-7827-059-1. p. XVII-XVIII.

Já o princípio conciliatório sobrevive entre os dois antagonismos: liberdade *vs.* soberania, traduzindo-se na cooperação, presente em muitas das disposições da CNUDM.

O quinto princípio elencado consiste em compartilhar. Está presente em várias disposições da Convenção de Montego Bay, sendo mais conhecida aquela que estabelece o patrimônio comum da humanidade. No entanto, a partilha vai mais longe, uma vez que a CNUDM a associa à navegação e à exploração das riquezas do mar aos Estados sem litoral, aos Estados geograficamente desfavorecidos, mas também e especialmente aos Estados em desenvolvimento. O compartilhamento também diz respeito à ordem pública, cuja tarefa é confiada em alto mar a navios de guerra para a luta contra crimes da lei de nações como a pirataria. Finalmente, este princípio é expresso na solidariedade marítima, a expressão mais nobre que é a salvaguarda da vida humana no mar e cuja organização não encontra equivalência em outros ambientes⁶¹.

Ocorre que, no contexto contemporâneo, tem-se a emergência de uma nova ordem, definida pela complexidade crescente da governança dos mares, em que se identifica uma corrida dos países emergentes para os oceanos⁶². Surgem, portanto, três novos princípios, refundadores da governança dos oceanos: o princípio do conhecimento, o princípio da realidade e o princípio da cidadania.

O princípio do conhecimento se traduz no fato de que todos os interlocutores se reúnem para enfatizar que a proteção da biodiversidade marinha requer uma abordagem apropriada e qualitativa baseada em análises científicas. O corolário desse princípio do conhecimento é o da liberdade de pesquisa científica, a qual não deve ser questionada no contexto do alto mar, sobretudo quanto às negociações da BBNJ.

Já o princípio da realidade requer que seja abandonada a esfera ideológica do conceito de desenvolvimento sustentável para associá-lo sistematicamente à gestão de meios e de recursos. A primeira consequência disso é a rejeição do preservacionismo defendido pelas ONGs ocidentais anglo-saxônicas. O princípio da realidade significa que existem várias questões a serem resolvidas, como quem as decide, por meio de qual programa científico, quem as monitora e

⁶¹ FILLON, Jean-Louis. *Rapport des auditions et synthèse- Quelle gouvernance pour les océans au XXI^e siècle? La gouvernance des océans. Maison des océans – 30/05/2017, Institut océanographique*, p. 3 (tradução do autor). Disponível em: <<http://www.institut-ocean.org/images/articles/documents/1496759937.pdf>>.

⁶² BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; BARROS, Jorge Gomes do Cravo; MAZZEGA, Pierre; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Correndo para o mar no antropoceno: a complexidade da governança dos oceanos e a estratégia brasileira de gestão dos recursos marinhos**. Revista de Direito Internacional-UniCEUB. Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 12, nº 01, 2015, p. 150-168. Direito do Mar e Direito Marítimo: aspectos internacionais e nacionais. ISSN 2237-1036, p. 150. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/3556/pdf>>.

quem as controla? Se aplicado a estudos de impacto ambiental, surgem questões análogas, em particular as do limiar a partir do qual deve ser iniciado um estudo. Quem terá o poder de aceitar ou recusar com base nos resultados dos estudos?

O princípio da realidade, finalmente, assume que se adota uma abordagem empírica para a liberdade dos mares, preservando, principalmente, a liberdade de navegação e sobrevoo em águas internacionais (Zona Econômica Exclusiva e alto mar) e liberdade de investigação científica em alto mar.

Por sua vez, o princípio da cidadania se apresenta na conjuntura de que as sociedades do futuro estarão cada vez mais sob a influência direta dos cidadãos, particularmente em virtude do advento e ascensão das redes sociais. Em um futuro imediato, seu uso tem várias consequências, em particular, o avanço de ONGs que podem se reunir instantaneamente para tratar de um assunto e mobilizar a opinião pública. A governança compartilhada ou multipolar é, portanto, um dado inevitável.

A governança marítima também deverá que levar em consideração a sensibilidade ambiental da opinião pública. Há muito a ser feito até que se obtenha um melhor conhecimento das questões marítimas, começando pela educação básica e pelos campos culturais.

Finalmente, a cidadania é compreendida pela aceitação da governança pelo corpo social. Esta condição deve ser comparada com o seu complemento necessário, o princípio do compromisso responsável das organizações ou responsabilidade⁶³.

Indo além do arcabouço principiológico acima explanado, há de se mencionar também os princípios fundamentais sobre a proteção do meio ambiente marinho, com destaque para o princípio da precaução. O mesmo demonstra uma evolução por parte da teleologia jurídico ambiental de proteção dos mares, pois se progrediu de medidas preventivas, referentes a riscos ou impactos já conhecidos ou esperados, para parâmetros de precaução, os quais reconhecem a incerteza e as possíveis limitações do saber científico, suscitando deliberações em prol do meio ambiente até em ocasiões em que as informações científicas sobre a situação fática ambiental não sejam conclusivas, certas ou suficientes e haja indícios de possíveis graves efeitos danosos sobre o meio e sobre a saúde dos seres humanos ou dos animais e vegetais⁶⁴.

⁶³ FILLON, Jean-Louis. op. cit., p. 4-5 (tradução do autor).

⁶⁴ ROLIM, Maria Helena Fonseca de Souza. A CONVEMAR e a proteção do meio ambiente marinho: impacto na evolução e codificação do Direito do Mar – as ações implementadas pelo Brasil e seus reflexos no Direito Nacional, p.356-357 in **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2014. (Coleção relações internacionais). ISBN 978-85-7631-505-6. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf>.

Sobre o princípio da precaução, Paulo Afonso Leme Machado preconiza que a implementação do princípio da precaução não almeja imobilizar as atividades humanas, mas visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza. A precaução tem por característica uma ação antecipada diante de riscos ou de perigos, indicando decisões a tomar nos casos em que os efeitos não sejam plenamente conhecidos. É um princípio que se volta à prevenção de prejuízos ambientais sérios ou irreversíveis em situações de incertezas⁶⁵.

No caso da proteção da BBNJ, o princípio da precaução parece ter aplicação plenamente adequada, visto que, nesse contexto, exige-se uma atuação jurídica internacional com o fim maior de prevenir situações de dano ambiental marinho ainda não completamente mensuráveis. Não se trata de proteger as áreas de alto mar para impedir atuações humanas, mas de regular e estipular em que medida tais atuações poderão ocorrer, objetivando a manutenção, a longo prazo, dos ecossistemas marinhos presentes nesses espaços.

Há uma extensa quantidade de declarações e de recomendações não cogentes, ou seja, de *soft law*⁶⁶, que enunciam o princípio da precaução e prepararam a implementação de tratados internacionais que aderiram explícita ou implicitamente o tal princípio, transformando-o em direito positivado internacionalmente.

A Convenção de Montego Bay não apresenta em seu texto, de maneira explícita, o princípio da precaução, contudo, é inquestionável que tal princípio se aplica à situação que ora se investiga, qual seja, a da urgência de proteção da BBNJ. Acredita-se que a hermenêutica sobre a interpretação ampla da questão muito possivelmente emergirá nos tribunais internacionais⁶⁷.

Nesse sentido, o próprio Tribunal Internacional do Direito do Mar⁶⁸ já se utilizou do princípio da precaução para respaldar suas decisões. Foi o que ocorreu no caso *Southern Bluefin Tuna*⁶⁹. Em rápida síntese, houve um

⁶⁵ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. ISBN 85-7420-739-X, p. 63-67.

⁶⁶ É um instituto cujas regras, em geral, não demandam obrigatoriedade de cumprimento naquilo que dispõem, sugerindo padrões de conduta a serem seguidos. Não geram penalidade quando do seu descumprimento, ou seja, não possuem coercitividade. in DINIZ, Ana Clara. **Os direitos das crianças no âmbito internacional: uma perspectiva Soft Law e Hard Law**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. V. 8, nº 2, Juiz de Fora, jul-dez de 2017. ISSN 2177 3726. p. 390. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/247-texto_do_artigo-458-1-10-20171213.pdf>.

⁶⁷ ROLIM, Maria Helena Fonseca de Souza. op. cit., p. 361-363.

⁶⁸ Órgão jurisdicional previsto no Direito Internacional que atua como mecanismo de solução de controvérsias marítimas. Está previsto na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, sobretudo no Anexo VI- Estatuto do Tribunal Internacional do Direito do Mar. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

⁶⁹ É uma espécie do peixe atum (*Thunnus maccoyii*).

desentendimento entre a Nova Zelândia e a Austrália, de um lado, e o Japão de outro, a respeito de um programa de pesca de atum que era executado experimentalmente por autoridades japonesas.

Austrália e Nova Zelândia reclamaram, aduzindo que o Japão estava realizando pesca unilateralmente, não cumprindo com o dever de cooperação para a conservação daquela espécie. Foi requerido, em sede de medida provisória, que a pesca realizada por aquele país ocorresse em conformidade com o princípio da precaução até o fim da controvérsia.

O Tribunal, nessa situação, não estava respaldado por subsídios suficientes que fornecessem certeza científica quanto às medidas de conservação, mas decidiu que deveria ser adotada uma medida urgente para evitar futuros danos e degradação da população do pescado. Assim, explicitou ser de competência do Tribunal a emissão de medidas provisórias vinculativas para preservar os respectivos direitos das partes, ou para impedir danos graves ao ambiente⁷⁰.

Assim, o TIDM fixou um limite para a pesca experimental com o fito de precaver danos vindouros ao *Southern Bluefin Tuna*. Sua recomendação indicou uma conscientização dos direitos ambientais e dos deveres dos países perante o Direito Internacional moderno, fundamentada no padrão de prevenção de danos severos ao meio ambiente marinho, conforme se lê do art. 290 da Convenção de Montego Bay⁷¹.

Esse padrão de prevenção de danos amplia os fundamentos para que as medidas provisórias possam ser utilizadas com o objetivo de precaver prejuízos nocivos aos espaços oceânicos. No caso em questão, tanto o Japão quanto a Austrália e a Nova Zelândia foram solicitados a se abster dos programas de pesca experimentais que envolviam a exploração daquela espécie de atum⁷².

Vale ainda realçar a importância que têm os princípios da sustentabilidade e da justiça ambiental, nesse contexto. O desenvolvimento sustentável é uma diretriz emergencial mundial e exhibe repercussões robustas no espaço

⁷⁰ ECOLOGY LAW QUARTERLY. *Southern Bluefin Tuna Case: Australia and New Zealand v. Japan*. Volume 28 | Issue 2; Article 11, June 2001, p. 465. (tradução do autor). Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1969&context=elq>>.

⁷¹ Artigo 290. “[...] Se uma controvérsia tiver sido devidamente submetida a uma corte ou tribunal que se considere, *prima facie*, com jurisdição [...], a corte ou tribunal poderá decretar quaisquer medidas provisórias que considere apropriadas às circunstâncias, para preservar os direitos respectivos das partes na controvérsia ou impedir danos graves ao meio marinho, até decisão definitiva.[...]” in BRASIL. **Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Diário Oficial da União 14/03/1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

⁷² SADELEER, Nicolas. Comentários sobre o status no Direito Internacional de três princípios ambientais. in VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org). **Proteção internacional do meio ambiente**, série Direito Ambiental- vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009, capítulo 3, p. 74-75. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11334/1/protECAInternacionalDomeioambiente.pdf>>.

marítimo, pois, no decorrer da História, os oceanos sempre estiveram relacionados ao desenvolvimento da economia mundial.

A sustentabilidade se manifesta pela capacidade que possuem os diversos sistemas do planeta, incluindo as economias e os sistemas culturais humanos, de resistirem e se conservarem, interagindo e se adaptando às condições ambientais em constante transformação. A superação da visão antropocêntrica de que os recursos do meio ambiente são infinitos, e que podem ser explorados e extraídos ilimitadamente para atender as necessidades e aos desejos humanos, é essencial, tendo em vista que o desperdício de recursos, a pobreza, a falta de responsabilidade ambiental e a ignorância ecológica são grandes motivos dos problemas ambientais na contemporaneidade⁷³.

Por derradeiro, o princípio da justiça ambiental é um conceito que engloba um grupo de princípios e de práticas que permitem o amplo acesso a informações e conhecimento asobre o meio ambiente e a participação na definição de políticas públicas concernentes ao tema. Todavia, a desigualdade dos recursos econômicos, científicos e tecnológicos entre os Estados demonstra a difícil aplicação dos princípios da igualdade, da solidariedade e da justiça. Para alcançá-lo, tem-se o desafio de impedir que a perquirição por interesses superiores e comuns da humanidade seja negociada a partir interesses econômicos individualistas, o que remete, em certo modo, ao princípio da cooperação⁷⁴.

2. RUMO A UM ACORDO INTERNACIONAL SOBRE BIODIVERSIDADE MARINHA SITUADA ALÉM DA JURISDIÇÃO DOS ESTADOS

É a interferência desordenada nos mares, bipolarizada na poluição dos oceanos e na utilização excessiva dos recursos vivos marinhos que gera o desequilíbrio ecológico e a degradação das condições ambientais oceânicas, atingindo número indeterminado de pessoas, as quais são afetadas de modo difuso em seus interesses legítimos de uso dos mares.

Os espaços marinhos são, então, um ambiente profícuo que enseja a reflexão sobre a questão dos direitos difusos em virtude da pluralidade de atores na conjuntura internacional.

O advento do futuro instrumento legal acerca da proteção da BBNJ se coaduna com a noção de interesses difusos porque desponta em um contexto em que a titularidade do interesse não pertence a uma pessoa individualmente – qualquer lesão constitui lesão a toda a coletividade e a satisfação de um único titular implica a satisfação de todos; refere-se a um bem indivisível. A

⁷³ VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. op. cit., p. 117-121.

⁷⁴ Ibidem, p. 125-127.

proteção da biodiversidade marinha nas áreas além da jurisdição dos Estados se enquadra perfeitamente nessa definição, pois, muito além dos interesses econômicos sobre a BBNJ⁷⁵, está o superior interesse de preservá-la, evitando a ocorrência de danos irreversíveis que podem afetar as futuras gerações, como a perda de capital natural. Portanto, a tutela da biodiversidade marinha nesses espaços é categoria de interesse difuso, uma vez que diz respeito a titulares dispersos na coletividade.

Os impactos prejudiciais da agressão aos oceanos atingem de modo indeterminado diversos países unidos meramente por situações de fato, como pertencer à mesma localidade. O reconhecimento da natureza difusa do interesse das nações no equilíbrio dos ecossistemas oceânicos não impede que, em sentido amplo, tais interesses, essencialmente difusos, como o referente ao meio ambiente, possam ser enquadrados na categoria de interesse público. Em verdade, incluir o tema no âmbito dos interesses difusos é avistar uma profusa tutela jurídica para os oceanos⁷⁶.

Destarte, a minuta do novo acordo está em completa consonância com a adoção da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, sobretudo com relação ao objetivo 14, em que se visa a prevenir e reduzir significativamente a poluição marinha de todos os tipos, gerir sustentavelmente e proteger ecossistemas marinhos e costeiros, minimizar e abordar os impactos da acidificação do oceano, regular a pesca predatória, aprimorar a conservação e o uso sustentável dos oceanos e seus recursos através da implementação do Direito Internacional, entre outros⁷⁷. Não se pode, portanto, negar a devida proteção à biodiversidade marinha, sobretudo nas áreas além da jurisdição nacional dos Estados.

Estima-se que esses espaços oceânicos cobrem cerca de sessenta por cento da superfície terrestre. Uma vez que existe vida em todo o oceano, as áreas além da jurisdição nacional representam cerca de noventa e cinco por cento do habitat ocupado pela vida na Terra em todas as suas formas. A biodiversidade dessas áreas inclui mais das principais formas de vida do que todos os ecossistemas terrestres, contudo, as principais características do oceano estão mudando significativamente como resultado das mudanças climáticas e de mudanças relacionadas à atmosfera, o que ameaça a vida existente nos mares. Além disso, a captura predatória de peixes afeta os ecossistemas marinhos de diversas formas, causando a redução da população de peixes alvo da pesca e reduzindo a complexidade do habitat natural desses animais.

⁷⁵ Importante assinalar que, no quadro da Convenção, a discussão faz referência muito mais à apropriação e à perda dos recursos.

⁷⁶ ROLIM, Maria Helena Fonseca de Souza. op. cit., p. 363-365.

⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/RES/70/1, 2015, p. 28-29 (tradução do autor). Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>>.

Assim, a BBNJ, mesmo havendo já regulação nesse sentido, vem suportando a descarga e a emissão indevidas de substâncias perigosas, como metais pesados e poluentes orgânicos persistentes, bem como a eliminação de resíduos sólidos nesses espaços e as descargas de óleo, tanto enquanto descargas operacionais como em decorrência de desastres marítimos, que ocorrem quando navios estão embarcados.

Portanto, a maior ameaça para o mar vem de uma falha em lidar rapidamente com os problemas múltiplos que foram mencionados acima. Muitas partes do oceano, incluindo algumas áreas além das fronteiras nacionais, têm sido gravemente deterioradas. Se os problemas não forem solucionados com urgência, existe um drástico risco de que eles se combinem para produzir um ciclo destrutivo de degradação em que o oceano não mais poderá fornecer muitos dos benefícios dos quais os seres humanos atualmente usufruem⁷⁸.

Portanto, há de se caminhar, com extrema urgência, rumo a um acordo internacional com vistas a regulamentar e garantir a efetiva proteção da biodiversidade marinha nas áreas além da jurisdição dos Estados.

2.1. A estrutura do acordo: *hard law vs. soft law*

É inegável, portanto, que a situação concernente à BBNJ é crítica. Sabe-se que o direito internacional se caracteriza pela voluntariedade, explícita ou implícita, da comunidade de países a respeito dos instrumentos jurídicos existentes. Em havendo voluntariedade, há a possibilidade de não assunção de um compromisso, o que não implicaria na obrigação de prestar deveres.

Diante desse quadro, poder-se-ia indagar sobre qual regime jurídico se considera mais adequado quando da elaboração do novo acordo? Uma norma internacional como *soft law* que, simplificadamente, se diferencia das normas jurídicas tradicionais porque são menos constringentes, seriam regras que não são juridicamente obrigatórias, ou vinculantes. É um direito mais flexível, cuja maior característica positiva é a busca do entendimento comum. Por outra via, há o *hard law*, normas com poder sancionador efetivo, de caráter vinculativo⁷⁹.

Acredita-se que, quanto às áreas além da jurisdição dos Estados e especificamente quanto à BBNJ, os interesses econômicos são imensuráveis, assim como é a importância ambiental, em contrapartida. Como há dependência de

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The conservation and sustainable use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction- A technical abstract of the first global integrated marine assessment*. Nova Iorque, 2017. eISBN 978-92-1-361370-2, p. 1-31 (tradução do autor). Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/global_reporting/8th_adhoc_2017/Technical_Abstract_on_the_Conservation_and_Sustainable_Use_of_marine_Biological_Diversity_of_Areas_Beyond_National_Jurisdiction.pdf>.

⁷⁹ NUNES, Wolmer Rogério da Cunha. op. cit., p. 136-137.

tecnologia avançada para que sejam avaliados os impactos oriundos da exploração dos recursos disponíveis no ecossistema marinho, se trata de um ramo de regramento dificultoso mediante uma *hard law*, sendo mais conveniente a aplicação de uma lei flexível, adaptável na situação de evolução tecnológica e com maior probabilidade de adesão, principalmente dos países desenvolvidos, possuidores de alta tecnologia e com interesses econômicos robustos.

Por meio de uma *soft law*, será possível vincular um número maior de Estados-partes ao novo instrumento internacional, pois serão atraídos pelo fato de lhes ser demandada somente relativa ou pouca assunção de compromissos, o que resulta, de qualquer maneira, em uma concordância com termos e dispositivos propostos no acordo, além do reconhecimento quanto à regulação da matéria.

Desse modo, a nova norma poderá obter um maior nível de efetividade, em virtude do cumprimento do tratado estabelecido e o que isso simboliza e reflete em termos de opinião pública⁸⁰. Não se sabe com certeza, porém, qual será o grau vinculante atribuído ao novo acordo. O que se tem conhecimento é que, em geral, nas resoluções emanadas pelo Grupo *Ad Hoc*, na ocasião das sessões da AGNU, se utilizou, sobremaneira, da expressão “desenvolvimento de um instrumento internacional juridicamente vinculante”⁸¹ (diga-se *hard law*) para se referir à elaboração do novo acordo sobre a proteção da BBNJ.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os temas debatidos, tanto no âmbito do Grupo *Ad Hoc* quanto no *Prep-Com*, demonstraram os interesses dissonantes entre os países desenvolvidos, emergentes e subdesenvolvidos. Independentemente da urgência e da criticidade da situação, não se pode obrigar nenhum Estado a aceitar disposições aprovadas pela maioria das nações, tendo em vista o respeito ao princípio da soberania. Mesmo no que concerne à proteção da BBNJ, questão de extrema importância, não há como convencer, mediante força, nenhum país a aderir ao novo acordo.

A maior dificuldade a ser enfrentada na definição de um regime jurídico para a exploração dos espaços além da jurisdição nacional dos Estados e de seus componentes é a conciliação de interesses divergentes e, principalmente, a formação de uma consciência jurídica global que permita a reconstrução do Direito Internacional, deixando de ser voltado aos Estados, individualmente,

⁸⁰ Ibidem, p. 118-130.

⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolution adopted by the General Assembly on 19 June 2015. 69/292- Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/187/55/PDF/N1518755.pdf?OpenElement>>.

e passando a basear-se em um novo paradigma, qual seja, o do ingresso da humanidade no centro de todo o ordenamento jurídico internacional. Isso só poderá ser alcançado a partir do diálogo entre a tecnologia e a ética e da constatação da necessidade de interdependência, de solidariedade e, sobretudo, da afirmação de valores éticos na orientação das relações internacionais⁸².

O futuro das áreas situadas além da jurisdição nacional dos Estados pode ser alterado caso haja uma mudança de atitude real nas relações entre os sujeitos da comunidade internacional, os quais, através da adoção de uma postura distinta em relação ao meio ambiente, poderão chegar a um consenso na governança global dos mares, direcionada a uma gestão sustentável e à partilha de benefícios. A sustentabilidade somente será atingida quando os problemas sociais forem enfrentados e quando houver o compartilhamento de riquezas. Esse é um desafio que somente pode ser concebido a partir de um compromisso ético de toda a humanidade⁸³.

Almeja-se que seja de fato desenvolvido um regime eficaz de conservação e de uso sustentável da BBNJ, inclusive por meio de um regime justo e equitativo de acesso e de compartilhamento de benefícios oriundos dos recursos genéticos marinhos. A partir de estudos voltados à constatação dos danos causados nos oceanos, poder-se-á estabelecer mecanismos vinculantes de responsabilização dos Estados, bem como medidas de prevenção e de precaução, como a fiscalização incisiva dos espaços marinhos.

O maior anseio que se pode aqui expressar é o de que a proteção ambiental marinha seja sobreposta aos interesses econômicos; que a prudência e a precaução com a natureza sejam priorizadas para garantir o direito intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, contribuindo para a consolidação e o fortalecimento da paz, da segurança, da cooperação e das relações amigáveis entre os Estados.

Por fim, ressalta-se que as reuniões do *PrepCom* prosseguem em andamento até o ano de 2020⁸⁴ e, enquanto perdurarem as negociações, permanecer-se-á investigando o curso dos debates e as alterações fáticas que porventura venham a surgir.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Larissa Maciel do; SILVA, Jana Maria Brito. **Regime internacional de proteção dos fundos marinhos e o interesse do Brasil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7b62f4f7d6b4bad3>>. Acesso em 10 nov 2018.

⁸² NUNES, Wolmer Rogério da Cunha. op. cit., p. 132-139.

⁸³ VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. op. cit., p. 129-131.

⁸⁴ EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN. *A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*. Nova Iorque: *International Institute for Sustainable Development* (IISD), v. 25, n. 178, 17 set 2018, p. 2. Disponível em: <<http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25178e.pdf>>.

AUTORITÉ INTERNATIONALE DES FONDS MARINS. *L'Autorité Internationale des fonds marins: Structure et fonctionnement*. Disponível em: <http://www.ressources-marines.gov.pf/wp-content/uploads/sites/24/2018/01/1_autorite_internationale_des_fonds_marins_structure_et_fonctionnement.pdf>. Acesso em 16 jan 2019.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; BARROS, Jorge Gomes do Cravo; MAZZEGA, Pierre; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Correndo para o mar no antropoceno: a complexidade da governança dos oceanos e a estratégia brasileira de gestão dos recursos marinhos**. Revista de Direito Internacional- UniCEUB. Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 12, nº 01, 2015, p. 150-168. Direito do Mar e Direito Marítimo: aspectos internacionais e nacionais. ISSN 2237-1036. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/3556/pdf>>. Acesso em 31 mar 2018.

_____. A Proteção internacional da diversidade biológica. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org). **Proteção internacional do meio ambiente**, série Direito Ambiental- vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009. p. 148-159, capítulo 6. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11334/1/protecaointernacionaldomeioambiente.pdf>>. Acesso em 10 nov 2018.

BEIRÃO, André Panno. “Segurança no mar”: que segurança? *in Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: FUNAG, 2014. (Coleção relações internacionais). ISBN 978-85-7631-505-6. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf>. Acesso em 10 nov 2018.

_____. ; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2014. (Coleção relações internacionais). ISBN 978-85-7631-505-6. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf>. Acesso em 10 nov 2018.

BLAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. **A importância de Hugo Grócio para o Direito**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS. Edição digital, Porto Alegre, volume XI, número 2, 2016. P. 386-406. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiGh1613LDdAhVFhJAKHfVYBakQFjAFegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fseer.ufrgs.br%2Fppgdir%2Farticulo%2Fdownload%2F66015%2F39966&usq=AOvVaw2uuFyT-IKMG5dNF74FQyV>>. Acesso em 10 set 2018.

BILLÉ, Raphaël; CHIAROLLA, Claudio; DRUEL, Elisabeth, ROCHETTE, Julien. *De la possibilité d'un accord international sur la gouvernance de la biodiversité marine dans les zones au-delà de la juridiction nationale*. Paris: Institut du développement durable et des relations internationales, n°07/13 septembre 2013 | biodiversité. ISSN 2258-7535. Disponível em: <https://www.iddri.org/sites/default/files/import/publications/study0713_gouvernance-haute-mer_fr.pdf>. Acesso em 09 set 2018.

BRASIL. Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Diário Oficial da União 14/03/1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 nov 2018.

_____. Decreto Legislativo nº 45 de 1968. Autoriza o Presidente da República a dar adesão do Governo brasileiro a quatro Convenções sobre o Direito do Mar, concluídas em Genebra, a 29 de abril de 1958. Diário Oficial da União 18/10/1968. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-45-15-outubro-1968-346852-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 10 set 2018.

COMMISSION EUROPÉENNE. *Recommandation de DÉCISION DU CONSEIL. Bruxelles*, 04 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/FR/COM-2017-812-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>>. Acesso em 09 set 2018.

COMMISSION OCÉAN MONDIAL. *L'avenir de notre océan- Prochaines étapes et priorités. Rapport* 2016. Disponível em: <https://www.some.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2016/03/GOC_2016_Report_FRENCH.FINAL_.pdf>. Acesso em 09 set 2018.

DINIZ, Ana Clara. **Os direitos das crianças no âmbito internacional: uma perspectiva Soft Law e Hard Law**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. V. 8, nº 2, Juiz de Fora, jul-dez de 2017. ISSN 2177 3726. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/247-texto_do_artigo-458-1-10-20171213.pdf>. Acesso em 29 nov 2018.

EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN. *A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*. Nova Iorque: International Institute for Sustainable Development (IISD), v. 25, n. 106, 11 abr. 2016a. Disponível em: <<http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25106e.pdf>>. Acesso em 12 nov 2018.

_____. *A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*. Nova Iorque: International Institute for Sustainable Development (IISD), v. 25, n. 170, 05 set. 2018. Disponível em: <<http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25170e.pdf>>. Acesso em 20 nov 2018.

_____. *A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*. Nova Iorque: *International Institute for Sustainable Development* (IISD), v. 25, n. 171, 06 set 2018. Disponível em: <<http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25171e.pdf>>. Acesso em 20 nov 2018.

_____. *A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*. Nova Iorque: *International Institute for Sustainable Development* (IISD), v. 25, n. 172, 07 set 2018. Disponível em: <<http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25172e.pdf>>. Acesso em 20 nov 2018.

_____. *A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*. Nova Iorque: *International Institute for Sustainable Development* (IISD), v. 25, n. 176, 13 set 2018. Disponível em: <<http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25176e.pdf>>. Acesso em 20 nov 2018.

_____. *A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*. Nova Iorque: *International Institute for Sustainable Development* (IISD), v. 25, n. 178, 17 set 2018. Disponível em: <<http://enb.iisd.org/download/pdf/enb25178e.pdf>>. Acesso em 20 nov 2018.

LAW QUARTERLY. *Southern Bluefin Tuna Case: Australia and New Zealand v. Japan*. Volume 28 | Issue 2; Article 11, June 2001, p. 465. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1969&context=elq>>. Acesso em 12 nov 2018.

FILLON, Jean-Louis. *Rapport des auditions et synthèse- Quelle gouvernance pour les océans au XXIe siècle? La gouvernance des océans*. Maison des océans - 30/05/2017, Institut océanographique. Disponível em: <<http://www.institut-ocean.org/images/articles/documents/1496759937.pdf>>. Acesso em 12 nov 2018.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução de Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN: 978857147-624-0.

IISD Reporting Services. *BBNJ Briefing Note. Summary of the Organizational Meeting for the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 16-18 April 2018*. Disponível em: <http://enb.iisd.org/oceans/bbnj/org-session/brief/bbnj_org_session.pdf>. Acesso em 12 set 2018.

LEAL, César Barros; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Droits de l'Homme et Environnement*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. 224 p. ISBN: 978-85-420-1084-8.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. ISBN 85-7420-739-X.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement*. Paris: *Institut Du développement durable et des relations internationales*, n° 03/03, 2003. (lès Notes de l'Iddri, n° 4). Disponível em: <<https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/337934460.pdf>>. Acesso em 11 set 2018.

_____; OLIVEIRA, Carina Costa de. *Os limites dos termos bem público mundial, patrimônio comum da humanidade e bens comuns para delimitar as obrigações de preservação dos recursos marinhos*. Revista de Direito Internacional- UniCEUB. Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 12, n° 01, 2015, p. 109. Direito do Mar e Direito Marítimo: aspectos internacionais e nacionais. ISSN 2237-1036. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/3556/pdf>>. Acesso em 31 mar 2018.

MARINHO, Maria Edelvacy P.; MONTALVERNE, Tarin Cristino Frota. Sistema de patentes e repartição de benefícios envolvendo a biotecnologia marinha. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (Org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: FGV, Direito, 2012. ISBN: 978-85-63265-21-0. p. 273- 296. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10355/Instrumentos%20Jur%C3%ADdicos%20para%20Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel.pdf>>. Acesso em 10 nov 2018.

MATTOS, Adherbal Meira. *Direito Internacional Público*. 4ª edição- Revista e Atualizada. São Paulo: Quartier Latin, 2010. ISBN: 85-7674-492-9.

_____. *Os novos limites dos espaços marítimos nos trinta anos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar in Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: FUNAG, 2014. (Coleção relações internacionais). ISBN 978-85-7631-505-6. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf>. Acesso em 10 nov 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENEZES, Wagner. **Direito do mar: desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. ISBN: 978-85-8238-107-6. Disponível em: <http://www.araaeseditores.com.br/media/ksv_uploadfiles/d/i/direito_do_mar.pdf>. Acesso em 31 mar 2018.

_____. **O Direito do Mar**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão- FUNAG, 2015. ISBN: 978-85-7631-548-3. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1119-O_Direito_do_Mar.pdf>. Acesso em 31 mar 2018.

MONACO, Andre; PROUZET, Patrick. **Gouvernance des mers et des océans**. *Collection mer et océan*. Londres: ISTE Editions Ltd, 2015. ISBN: 978-1-78406-006-0 (e-book). Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=_YRIDwAAQBAJ&pg=PA39&lpg=PA39&dq=zones+hors+de+la+jurisdiction+des+%C3%A9tats&source=bl&ots=hIy2ZtFf5&sig=ZXUlnRrd8nCUWMDEHSwBFv0GQYU&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewi14oawsMjeAhVKDJAKHRIWAYkQ6AEwA3oECAIQAQ#v=onepage&q=zones%20hors%20de%20la%20jurisdiction%20des%20%C3%A9tats&f=false>. Acesso em 10 nov 2018.

MONT'ALVERNE, T. C. F.; GIRAO, E. **A soberania dos estados sobre seus recursos naturais: o regime internacional da biodiversidade e o direito do mar**. *Universitas Jus*, v. 27, p. 77-87, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4517/3395>>. Acesso em 10 set 2018.

_____. Acesso e repartição de benefícios dos recursos genéticos marinhos brasileiros: incompatibilidade entre o regime jurídico internacional e a nova lei da biodiversidade? *in Meio Ambiente Marinho e Direito: a gestão sustentável da investigação, da exploração e da exploração dos recursos marinhos na Zona Costeira, na plataforma continental e nos fundos marinhos*. Organização de Carina Costa de Oliveira ... [et. al.] Curitiba: Juruá, 2018. 594p.- v.2. ISBN: 978-85-362-7580-2.

NAPOLITANO, Silvina Sandra Gonzáles. **Lecciones de Derecho Internacional Público**. 1ª edição. *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*: Errepar, 2015. ISBN: 978-987-01-1817-6.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. ISBN: 978-55-7827-059-1.

NUNES, Wolmer Rogério da Cunha. **A efetividade do Direito Ambiental Internacional na proteção da Biodiversidade Marinha nas áreas além da Jurisdição Nacional**. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientação: Sergio Augustin. Caxias do Sul, 2017. 156 f. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/2858/Dissertacao%20Wolmer%20Rog%C3%A9rio%20da%20Cunha%20Nunes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 21 mar 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar- Anexo VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar**. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/TM1.pdf>>. Acesso em 30 mar 2018.

_____. **Carta de fecha 16 de marzo de 2010 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/277/23/PDF/N1027723.pdf?OpenElement>>. Acesso em 11 nov 2018.

_____. **Carta de fecha 30 de junio de 2011 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/397/67/PDF/N1139767.pdf?OpenElement>>. Acesso em 11 nov 2018.

_____. **Carta de fecha 8 de junio de 2012 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/397/67/PDF/N1139767.pdf?OpenElement>>. Acesso em 11 nov 2018.

_____. **Carta de fecha 5 de mayo de 2014 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/320/51/PDF/N1432051.pdf?OpenElement>>. Acesso em 11 nov 2018.

_____. **Carta de fecha 13 de febrero de 2015 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Copresidentes del Grupo de Trabajo Especial Oficioso de Composición Abierta**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/397/67/PDF/N1139767.pdf?OpenElement>>. Acesso em 11 nov 2018.

_____. **Calendar of meetings for 2019 (Updated on 13 December 2018)**. UNITED NATIONS HEADQUARTERS | INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY- UNITED NATIONS HEADQUARTERS. Disponível em: <http://www.un.org/Depts/los/reference_files/calendar_of_meetings.htm>. Acesso em 10 jan 2019.

_____. **The 2030 Agenda for Sustainable Development**. A/RES/70/1, 2015. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>>. Acesso em 31 mar 2018.

_____. *The conservation and sustainable use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction- A technical abstract of the first global integrated marine assessment*. Nova Iorque, 2017. eISBN 978-92-1-361370-2. Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/global_reporting/8th_adhoc_2017/Technical_Abstract_on_the_Conservation_and_Sustainable_Use_of_marine_Biological_Diversity_of_Areas_Beyond_National_Jurisdiction.pdf>. Acesso em 12 nov 2018.

_____. *Resolution adopted by the General Assembly on 19 June 2015. 69/292- Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/187/55/PDF/N1518755.pdf?OpenElement>>. Acesso em 12 nov 2018.

_____. *Recommendations of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction to the sixty-ninth session of the General Assembly*. 23 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/biodiversityworkinggroup/documents/AHWG_9_recommendations.pdf>. Acesso em 11 set 2018.

_____. *Letter dated 23 September 2013 from the Co-Chairs of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to the President of the General Assembly*. Nova Iorque: ONU, 2013. (A/68/399). Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/484/70/PDF/N1348470.pdf?OpenElement>>. Acesso em 11 set 2018.

_____. *Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*. 2017. Disponível em: <<http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom.htm>>. Acesso em 11 set 2018.

_____. *Resolution adopted by the General Assembly on 17 November 2004- 59/24. Oceans and the law of the sea*. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_59_24.pdf>. Acesso em 11 nov 2018.

_____. *Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2006- 61/222. Oceans and the law of the sea*. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/222&Lang=E>. Acesso em 11 nov 2018.

_____. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 29 de diciembre de 2014-69/245. Los océanos y el derecho del mar*. Disponível em: <http://www.subpesca.cl/portal/616/articles-901_Res_69_245.pdf>. Acesso em 11 nov 2018.

_____. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 24 de diciembre de 2017- Instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional*. Disponível em: <<http://undocs.org/es/a/res/72/249>>. Acesso em 11 nov 2018.

_____. *Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982*. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1994/11/19941116%2006-01%20AM/Ch_XXI_06a_p.pdf>. Acesso em 29 nov 2018.

_____. *Conferencia de las partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Nassau, 28 de novembro a 9 de dezembro de 1994. Disponível em: <<https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-01/official/cop-01-17-es.pdf>>. Acesso em 29 nov 2018.

_____. *Economic Analysis & Policy Division*. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/dpad/least-developed-country-category.html>>. Acesso em 29 nov 2018.

ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Strategic Plan for the Organization for the six-year period 2018 to 2023*. Resolução A.1110(30), adotada em 06 de dezembro de 2017 (Agenda- item 7). Disponível em: <<http://www.imo.org/en/About/strategy/Documents/A%2030-RES.1110.pdf>>. Acesso em 31 mar 2018.

_____. *Application of the Strategic Plan of the Organization*. Resolução A.1111(30), adotada em 06 de dezembro de 2017 (Agenda- item 7). Disponível em: <<http://www.imo.org/en/About/strategy/Documents/A%2030-Res.1111.pdf>>. Acesso em 31 mar 2018.

PEREIRA, Antônio Celso Alves; PEREIRA, João Eduardo de Alves. A liberdade do alto-mar - antecedentes históricos dos artigos de 87 a 90 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar *in Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: FUNAG, 2014. (Coleção relações internacionais). ISBN 978-85-7631-505-6. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf>. Acesso em 10 nov 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). 2012, vol. 106/107, p. 497-524. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67955/70563>>. Acesso em 02 set 2018.

ROLIM, Maria Helena Fonseca de Souza. A CONVENMAR e a proteção do meio ambiente marinho: impacto na evolução e codificação do Direito do Mar - as ações implementadas pelo Brasil e seus reflexos no Direito Nacional *in* **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2014. (Coleção relações internacionais). ISBN 978-85-7631-505-6. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf>. Acesso em 12 nov 2018.

SADELEER, Nicolas. Comentários sobre o status no Direito Internacional de três princípios ambientais. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (org). **Proteção internacional do meio ambiente**, série Direito Ambiental- vol. 4. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009, capítulo 3, p. 74-75. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11334/1/protocaointernacionaldomeioambiente.pdf>>. Acesso em 12 nov 2018.

SCHMIDT, Larissa. **A repartição de benefícios decorrentes do acesso à diversidade biológica e ao conhecimento tradicional no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica- CDB, da Organização Mundial de Propriedade Intelectual- OMPI e da Organização Mundial de Comércio- OMC**. Universidade de Brasília- Faculdade de Direito. Brasília, outubro de 2009 (tese de Doutorado). Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6971/1/2009_LarissaSchmidt.pdf>. Acesso em 12 nov 2018.

SOUZA, Henrique Santos Costa de. **A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e a obrigação de cooperação**. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* [online]. 2015, vol.3, n.6, pp.300-322. ISSN 2304-7887. Disponível em: <http://scielo.iics.una.py/scielo.php?pid=S2304-78872015000600300&script=sci_abstract>. Acesso em 02 set 2018.

TOLEDO, André de Paiva. **La protection juridique internationale de la biodiversité marine**. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.13, n.27, p.31-62. set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/924/516>>. Acesso em 09 set 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A nova dimensão do Direito Internacional Público**. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003. Volume I, 289p - (Coleção Rio Branco). ISBN 85-7631-012-0. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/277-A_nova_dimens%C3%A3o_do_direito_internacional_publico_vol_i.pdf>. Acesso em 09 set 2018.

VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira. **A proteção jurídica dos recursos genéticos marinhos situados além da jurisdição dos Estados costeiros**. Dissertação (Mestrado) apresentada à Escola Superior Dom Helder Câmara. Orientador: Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte. Minas Gerais - Brasil. 2013. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/uploads/MARISTELAAOLIVEIRAVALADAO.pdf>>. Acesso em 09 set 2018.

VARELLA, Marcelo D. **A necessidade de repensar os mecanismos de responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na Zona Econômica Exclusiva do Brasil**. Revista de Direito Internacional- UniCEUB. Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 12, nº 01, 2015, p. 241. Direito do Mar e Direito Marítimo: aspectos internacionais e nacionais. ISSN 2237-1036. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/3556/pdf>>. Acesso em 31 mar 2018.

VELASCO, Manuel Díez de. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 16ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. ISBN: 978-84-309-4595-5.

ZANELLA, Tiago V. **Os tratados internacionais de direito do mar e seus efeitos sobre terceiros estados**. Revista de Direito Internacional- UniCEUB. Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 12, nº 01, 2015, p. 86. Direito do Mar e Direito Marítimo: aspectos internacionais e nacionais. ISSN 2237-1036. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/3556/pdf>>. Acesso em 31 mar 2018.

ZANIN, Renata Baptista. **O Direito do Mar e a Legislação Brasileira: a influência da Convenção de Montego Bay na Constituição Federal**. Revista Brasileira de Direito Constitucional- RBDC nº 16- jul/dez 2010. ISSN: 1678-9547 (impressa) - 1983-2303 (eletrônica). Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/228/221>>. Acesso em 31 mar 2018.

ZUFFO, Milena Maltese. **Panorama das discussões sobre biodiversidade além da jurisdição nacional**. Academia Nacional de Estudos Transnacionais-ANET. Disponível em: <<http://portalnet.com/wp/wp-content/uploads/2018/03/Panorama-das-Discuss%C3%B5es-sobre-Biodiversidade-A1%C3%A9m-da-Jurisdic%C3%A7%C3%A3o-Naciona.pdf>>. Acesso em 18 nov 2018.

A presente obra pretende contribuir para os debates relativos às investigações científicas realizadas pela Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança” e, também, das atividades da Cátedra Jean Monnet da Faculdade de Direito da UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais, a partir dos estudos feitos por seus membros – procedentes de instituições nacionais e estrangeiras – e convidados externos. Os textos que fazem parte deste livro reúnem renomados autores e jovens pesquisadores que tratam de aspectos relevantes relacionados com a sustentabilidade, a partir de sua concepção do *triple bottom line* incrementada pelos 5 P’s (planeta, pessoas, prosperidade, paz e parceria) que alicerçam a Agenda 2030, bem como com instigantes questões vinculadas à efetividade da Justiça em tempos de crise, imbricando-se no tão prolapado tema da globalização/integração regional e sua governança. Nesse sentido, espera-se que a obra possa contribuir e enriquecer as discussões que têm sido feitas sob a influência da globalização no alcance da sustentabilidade e da promoção da justiça segundo uma governança regulatória pacificadora dos conflitos sociais.



Integração, Estado e
Governança



Co-funded by Erasmus+
Chair Jean Monnet
Programme of European
Union

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

**ARRAES**
EDITORES

