



REID

Revista Internacional de Direito e Cidadania

Publicação do
Instituto Estudos Direito e Cidadania (IEDC)

Versão eletrônica da revista está disponível em
www.reid.org.br

Envio de artigos
conselhoeditorial@iedc.org.br

10

Quadrimestral
v.4 - Junho 2011



CARBON FREE

REID é uma publicação quadrimestral (junho, outubro, fevereiro) do Instituto de Estudos de Direito e Cidadania (IEDC).

Os artigos e resenhas enviados a REID são submetidos ao Conselho Editorial, que se reserva o direito de sugerir ao autor modificações de forma, com o objetivo de adequar o artigo às dimensões da revista ou ao seu padrão editorial e gráfico. A publicação de um artigo não exprime endosso do Conselho a todas as afirmações feitas pelo autor.

No que se refere aos direitos autorais, a Revista REID utiliza a licença Creative Commons 2.5 para a publicação de seus artigos. Isso significa que os artigos podem ser copiados e distribuídos, contanto que atribuído crédito à Revista.



CARBON FREE

EDITORAS

Inês Virgínia Prado Soares
Sandra Akemi Shimada Kishi

EDITOR-ASSISTENTE

José Carlos Callegari

CONSELHO EDITORIAL

Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho
Adriana Zawada Mello
Blanca Lozano Cutanda
Bruno Campos Silva
Carlos Alberto de Salles
Christian Courtis
Daniel Sarmento
Evanson Chege Kamau
Everson Paulo Fogolari
Fabiana Saenz
Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Flávia Piovesan
Geisa de Assis Rodrigues
Gerd Winter
João Bosco Araújo Fontes Jr.
João Luís Nogueira Matias

José Adércio Leite Sampaio
José Roberto Pimenta Oliveira
John Bernhard Kleba
Juliana Santilli
Lília Maia de Moraes Sales
Ligia Maria Rodrigues Carvalheiro
Marcelo Buzaglo Dantas
Marcus Orione Gonçalves Correia
Nelson Nery Junior
Oscar Vilhena
Paulo Affonso Leme Machado
Rebecca Purdom
Renata Porto Adri
Sandra Cureau
Sérgio Salomão Shecaira
Solange Teles da Silva
Tullio Scovazzi
Uendel Ugatti
Virgílio Afonso da Silva
Walber de Moura Agra
Walter Claudius Rothenburg

EDITORAÇÃO

Darcy Rudimar Varella

Revista Internacional de Direito e Cidadania / Instituto Estudos Direito e Cidadania – v.4, n. 10, Junho 2011. – Erechim, RS : Habilis, 2011. v. ; 18 x 26cm

Quadrimestral

ISSN 1983-1811

1. Direito 2. IEDC

C.D.U.: 340

Catálogo na fonte: bibliotecária Sandra M. Milbrath CRB 10/1278



www.iedc.org.br



www.habiliseditora.com.br

SUMÁRIO

5 COLABORADORES

7

REDD, WHITE, AND BLUE: IS PROPOSED U.S. CLIMATE LEGISLATION ADEQUATE TO PROMOTE A GLOBAL CARBON CREDITS SYSTEM FOR AVOIDED DEFORESTATION IN A POST-KYOTO REGIME?

Randall S. Abate

19

A TEORIA DO LIMITE FÁTICO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO OBSTÁCULO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Dhenize Maria Franco Dias

33

ANOTAÇÕES SOBRE A ZONA DE AMORTECIMENTO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL

Ricardo Magalhães de Mendonça

41

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Bruno Carneiro da Cunha Almeida

55

BENEFÍCIOS AMBIENTAIS E EM SAÚDE DA LEI PAULISTA ANTIFUMO – LEI ESTADUAL 13.541/09

Eduardo Luiz de Souza

Elizana Moreira Dias

63

A VULGARIZAÇÃO DA NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marcelo Di Rezende Bernardes

75

LUGARES DE MEMÓRIA NO CENÁRIO BRASILEIRO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Inês Virgínia Prado Soares

Renan Honório Quinalha

87

A INCLUSÃO SOCIAL DE IMIGRANTES INDOCUMENTADOS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ESTRUTURALISTA

Fabiana Galera Severo

95

TRÁFICO HUMANO COMO AMEAÇA NA POLÍTICA INTERNACIONAL

De Leon Petta Gomes da Costa

103

A MEMÓRIA E A VERDADE COMO INSTRUMENTOS DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Carlos Artur Gallo

115

AVALIANDO OS ESFORÇOS INTEGRADOS PARA ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA BAHIA

Débora Cristina da Silva Aranha

Nara Maria Santos de Menezes

127

O TRÁFICO DE MULHERES SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Vanessa Alexandre de Souza

143

A AÇÃO POPULAR AMBIENTAL ENQUANTO INSTRUMENTO HÁBIL A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

155

A NORMATIZAÇÃO DA BIOSSEGURANÇA NO BRASIL – IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

Maria Soares Camelo Cordioli

163

POLÍTICA NACIONAL DE RESÓDIOS SÓLIDOS: ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE DOS GERADORES NA CADEIA DO CICLO DA VIDA DO PRODUTO

Ana Célia Alves De Azevedo Reveilleau

175

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

COLABORADORES

ANA CÉLIA ALVES DE AZEVEDO REVEILLEAU

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP, Analista Judiciária, Integrante da Comissão de Gestão Ambiental de São Paulo do TRF3, Instrutora em Direito Ambiental na área de Formação dos Servidores do TRF3, Professora de Direito Civil e Consumidor na Faculdade das Américas-SP.

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Monitor-bolsista da Disciplina de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba. Estagiário do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

CARLOS ARTUR GALLO

Bacharel em Direito (Uniritter) e em Ciências Sociais (UFRGS). Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração (UFRGS). Mestrando em Ciência Política (UFRGS). Bolsista do CNPq.

DE LEON PETTA GOMES DA COSTA

Analista de Inteligência e Professor de História. Mestrando em Geopolítica (Geografia Humana) pela Universidade de São Paulo (USP) e aluno do Curso de Direito da Universidade São Judas Tadeu (USJT). Pós-Graduado em Política e Relações Internacionais pela Fundação Escola de Sociologia e Política (FESP-SP). Formado em História pela Universidade Santanense (UniSant'Anna)

DÉBORA CRISTINA DA SILVA ARANHA

Coordenadora do Programa Combatendo o Abuso e o Tráfico de Crianças na Bahia e Represen-

tante do Winrock Internacional no Brasil. autora de livros e pesquisas sobre O Tráfico de Pessoas. Recebeu o Prêmio USAID/Brazil Award of Appreciation em 2006, em reconhecimento por sua contribuição ao Programa Agência no Brasil.

DHENIZE MARIA FRANCO DIAS

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP, especialista em Direito Processual pela Universidade Católica de Santos/SP e advogada.

EDUADO LUIZ DE SOUZA

Doutor em Ciências da Engenharia Ambiental (USP), Graduado em Direito (FADISC) e Enfermagem (UFSCar). Docente da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Adventista de São Paulo – UNASP.

ELIZANA MOREIRA DIAS

Enfermeira Graduada pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo – UNASP

FABIANA GALERA SEVERO

Defensora Pública Federal, com atuação profissional na área Cível da Defensoria Pública da União em São Paulo. É especialista em Direito Público e membro do Comitê Interinstitucional de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Estado de São Paulo.

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

Professora Adjunta da Universidade Federal de Sergipe, Coordenadora do Mestrado em Direito da UFS, Juíza do Trabalho (TRT 20ª Região), Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Doutora em Direito Público pela UFBA, Líder do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e Reflexos Nas Relações Sociais” da Universidade Federal de Sergipe.

INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pesquisadora de Pós Doutorado junto ao Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP), Procuradora da República em São Paulo. Membro do IDEJUST (Grupo de Estudos Sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição).

MARCELO DI REZENDE BERNARDES

Mestrando em Direito pela PUC-GO, Especialista em Direito Penal e Processual Penal, em Ciências Penais, em Direito Constitucional, Professor da PUC-GO, ESUP e da UNIP, Membro da Academia Goiana de Direito, da Academia Goianiense de Letras e da União Brasileira de Escritores, Seção de Goiás, Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ocupação Profissional: Advogado.

MARIA SOARES CAMELO CORDIOLI

Procuradora Regional da República – 1ª Região, Mestre em Desenvolvimento Sustentável, área de concentração em Política e Gestão Ambiental, pela Universidade de Brasília – UNB.

NARA MARIA SANTOS DE MENEZES

Consultora do Winrock para Avaliação do Programa CATCH, Possui 10 Anos de Experiência como Oficial de Programas de Cooperação Internacional, Prestando Apoio Técnico A Diversos Projetos No Brasil, Colômbia, Peru, em Temáticas Relativas à Proteção e Defesa de Direitos de Crianças, Jovens, Mulheres e Populações em Situação de Vulnerabilidade.

RANDALL S. ABATE

Professor Associado de Direito na Faculdade de Direito da A&M Universidade da Flórida.

RENAN HONÓRIO QUINALHA

Graduado e Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Graduando em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo

(USP). Membro do Quadro Interno do IDEJUST (Grupo de Estudos Sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição).

RICARDO MAGALHÃES DE MENDONÇA

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará e Procurador da República em Sobral/CE.

VANESSA ALEXANDRE DE SOUZA

Estudante de graduação do curso de Ciências Sociais da Faculdade de Ciências Sociais/ Universidade Federal de Goiás. Integrante do Grupo de pesquisa em relações internacionais, no projeto “Violência e relações internacionais: Tráfico de mulheres – Brasil e os organismos internacionais”, coordenado pela Profª Drª Telma Ferreira Nascimento.

REDD, WHITE, AND BLUE: IS PROPOSED U.S. CLIMATE LEGISLATION ADEQUATE TO PROMOTE A GLOBAL CARBON CREDITS SYSTEM FOR AVOIDED DEFORESTATION IN A POST-KYOTO REGIME?

Randall S. Abate*

ABSTRACT: Reducing emissions from deforestation and degradation (REDD) has emerged as an important, albeit controversial, component of negotiations for a new international climate change regime to succeed the Kyoto Protocol when it expires in 2012. Not permitted under the terms of the Kyoto Protocol, REDD involves paying developing countries to protect their tropical forests as a climate change mitigation strategy. REDD gained widespread attention by 2005 and took center stage in the months preceding the negotiation of the Copenhagen Accord in December 2009. After more than a decade of nonparticipation in international climate change compliance efforts, the United States has signed the Copenhagen Accord, which contains several provisions addressing REDD. Significant questions remain, however, regarding the manner and degree to which REDD mechanisms will be implemented. One of the most critical lingering questions is the potential use of REDD as a component of U.S. participation in a post-Kyoto climate change regime. The climate change legislation pending before Congress contains important provisions addressing REDD. If signed into law, the U.S. legislation would help promote the use of REDD as an indispensable component of an international carbon market and enable the United States to assume a long-overdue leadership role in international climate change regulation.

* Randall S. Abate. Associate Professor of Law, Florida A&M University College of Law. The author gratefully acknowledges the assistance of Bette Collazo, Farnaz Ghaffari, Yentl Martinez, Danielle Murray, Andrea Perez, and Mark Silberstein in preparing this Article.

I Introduction

“People are finally getting to the point where they understand that we can’t solve the climate change crisis without solving the deforestation crisis.”

— Jeff Horowitz,

Founder of Avoided Deforestation Partners¹

The legacy of the Kyoto Protocol² is a painful lesson in winning the battle but losing the war in addressing global climate change. Although the international community made significant reductions in greenhouse gas emissions under the terms of the Protocol, three critical regulatory gaps stymied the regime’s ultimate success. First, the Protocol did not provide an adequate international response to climate change because a significant source of the climate change problem was omitted. Deforestation and forest degradation release up to eighteen percent of annual global carbon dioxide emissions,³ yet these significant contributing forces to the climate change problem were not included within the regulatory scheme.⁴ Second, the Kyoto Protocol did not provide sufficiently effective mechanisms for developing countries to have a meaningful role in addressing global climate change.⁵ Third, and perhaps most significantly, the international community learned that any international climate change agreement without the full participation of the United States would be rendered virtually meaningless.

Reducing emissions from deforestation and degradation (REDD) is a climate change compliance strategy that involves an indispensable partnership between developed and developing countries to help ensure the continuing viability of an international climate change treaty regime to succeed the Kyoto Protocol upon its expiration in 2012. REDD involves developed countries paying developing countries to protect their tropical forests as an international climate change mitigation strategy.⁶ Therefore, REDD is a valuable mechanism to fill the first two regulatory gaps in the Kyoto Protocol by fully engaging the developing world’s participation in climate

change compliance efforts while embracing the essential roles that deforestation and forest degradation play in the fight against climate change.⁷

The third regulatory gap in the Kyoto Protocol—the nonparticipation of the United States—remains a challenge; however, recent developments offer at least some reason for hope. After more than a decade of nonparticipation in international climate change compliance efforts, the United States signed the Copenhagen Accord on January 28, 2010.⁸ The Copenhagen Accord contains several provisions that address

REDD;⁹ however, significant questions remain regarding how these REDD mechanisms will be implemented.¹⁰ One of the most critical lingering questions is the potential use of REDD as a component of U.S. participation in a post-Kyoto climate change regime. The climate change legislation pending before Congress in 2010 contains important provisions addressing REDD.

Part I of this Article traces the evolution of REDD, from its exclusion from the Kyoto Protocol to its rise to prominence on the road to Copenhagen. Part II discusses the REDD provisions in the Copenhagen Accord and considers the role of REDD+ as a vehicle to promote an international carbon market in a post-Kyoto climate change agreement. Part III describes the relevant provisions of the climate change legislation pending before Congress and considers the effectiveness of the provisions of the House and Senate versions of the legislation that address the use of REDD. This Article concludes that the pending U.S. legislation would promote an international carbon market and would provide a foundation for the U.S. to embrace a long-overdue opportunity for leadership in international climate change compliance efforts.

II. From Kyoto to Copenhagen: Redd’s Path to Prominence

During the Kyoto Protocol negotiations, REDD was considered, and ultimately rejected, for inclusion as one of the flexibility mechanisms¹¹ in the Protocol.¹² Several concerns were cited to support the exclusion of REDD from

the Protocol's regulatory framework: "Many believed that the challenges and uncertainties inherent to quantifying forest sector emissions would weaken the overall strength of the climate regime, and developing countries worried that a plan to reduce deforestation would threaten their sovereignty over land use decisions, and subsequently their right to develop."¹³

Although REDD was excluded from the Kyoto Protocol, the Clean Development Mechanism (CDM) nevertheless provided a narrow window of opportunity for the forestry sector to be considered within the Protocol's climate change compliance framework.¹⁴ The CDM allows industrialized countries to earn carbon credits from reforestation and afforestation projects in developing countries.¹⁵ To date, however, this mechanism has involved forestry projects to a very limited degree.¹⁶

Following on the coattails of the CDM's failure to promote protection and enhancement of forests, REDD seeks to ensure that the daunting scope of deforestation's impacts on climate change is no longer overlooked. "[A]nnual emissions from deforestation are approximately equivalent to the annual carbon emissions from the United States, and are a greater contributor to pollution than all of the world's cars, trains, planes, and ships combined."¹⁷ REDD's journey in international climate change diplomacy since the negotiation of the Kyoto Protocol has been a circuitous yet productive progression that has gained momentum within the past two years.¹⁸

The formal inclusion of REDD in climate change negotiations began in 2005 at the Eleventh Conference of the Parties to the Kyoto Protocol (COP 11) in Montreal.¹⁹ Spearheaded by the Coalition of Rainforest Nations,²⁰ a group of developing nations with a high percentage of tropical rainforests that support the use of carbon credits to curb tropical deforestation, REDD was proposed as a way to enhance developing nations' contribution to climate change compliance.²¹

REDD made a significant step forward at COP 13 in Bali in December 2007. REDD was expressly included as part of the Bali

Action Plan,²² which was a strategy of necessary steps in moving toward a post-Kyoto

climate change treaty in 2012. The Bali Action Plan calls for "[p]olicy approaches and positive incentives on issues relating to reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries; and the role of conservation, sustainable management of forests and enhancement of forest carbon stocks in developing countries."²³ Despite the progress on REDD in Bali, many implementation challenges remained before REDD could be integrated effectively into a post-Kyoto climate change treaty regime.²⁴

The implementation challenges that critics have raised about REDD led to the creation of REDD+ as a "new and improved" way of thinking about REDD for the future. REDD's evolution into REDD+ at the Poznan negotiations in December 2008, and the Bonn negotiations in March 2009, helped propel the hope that REDD would be instrumental at Copenhagen. REDD's evolution to REDD+ involved a transition to an enhanced, broad-based approach that includes conservation, sustainable forest management, and forest carbon stock enhancement.²⁵

In addition to REDD+, two other dimensions of REDD's evolution also were active in the two years prior to Copenhagen: the World Bank Forest Carbon Partnership Facility (FCPF)²⁶ and the UN-REDD Programme.²⁷ Established in 2007 at COP 13 in Bali, the FCPF evaluates the feasibility of proposals from developing countries to receive REDD financing for climate-related projects.²⁸ To be eligible for funding and technical assistance, the developing countries must establish that they have a valid method in place to measure and monitor climate-related benefits.²⁹ Similarly, the UN-REDD Programme was developed in 2008 as a source of funding for REDD projects in developing countries.³⁰ The program, which features a multidonor fund, is a collaborative initiative of the U.N. Food and Agriculture Organization, the U.N. Development Programme, and the U.N. Environment Programme.³¹

The months leading up to COP 15 in Copenhagen in December 2009 were filled with anticipation that a new international climate change treaty would be negotiated. Part of that optimism was due to the ongoing evolution of

REDD and its status as the possible missing link to break the stalemate in international climate change negotiations. Prior to Copenhagen, forest countries worked hard to make progress toward the goal of incorporating REDD as part of a post-Kyoto climate change regime. This work has many facets, including “collaboration on laws and regulations to establish . . . a governance structure for REDD, clarifying who owns forest carbon rights . . . , and promoting REDD projects on the ground to demonstrate the ability to measure and monitor and account for forest carbon.”³² COP 15 in Copenhagen offered the promise to be the first significant step forward for REDD as a component of the future climate change regime. As Part III of this Article discusses, at least part of that promise was fulfilled.

III The Copenhagen Accord, REDD, and the Global Carbon Market

Carbon markets have developed rapidly since the Kyoto Protocol’s emissions reduction commitments entered into force in 2005.³³ During this period, mandatory carbon markets, both within and outside of the Kyoto Protocol’s compliance scheme, and voluntary carbon markets were established.³⁴ However, the mandatory regimes have been limited to regional efforts and have not drawn on avoided deforestation credits.³⁵ The most prominent among these regional carbon markets is the European Union Emissions Trading System (EU-ETS), which has received considerable attention.³⁶ In addition, within the past few years, voluntary carbon markets based on REDD have emerged and are working effectively.³⁷ The success of the EU carbon market, and the preliminary promise of voluntary carbon markets using avoided deforestation credits, offer hope that an international carbon market bolstered by the authorized use of avoided deforestation credits and the full participation of the United States could evolve in the wake of Copenhagen.

A. “REDD-Eyed” Assessment of the Copenhagen Accord

The much-anticipated Fifteenth Conference of the Parties to the Kyoto Protocol was held in Copenhagen, Denmark in December 2009. In the months leading up to the meeting, hopes were high that the conference would produce a mandatory agreement with ambitious emissions reduction targets. Within weeks of the meeting, however, major industrialized nations had already conceded that such an agreement would not be achieved at Copenhagen.³⁸ Toward the end of the meeting, many feared that even a nonbinding agreement would not be forthcoming. In the end, the Copenhagen Accord emerged as the product of two weeks of intensive negotiations. The outcome of Copenhagen generated significant debate as to whether the meeting was a positive step forward or a tremendous disappointment.³⁹

In some respects, the Copenhagen Accord represents important progress in international climate change diplomacy. First, almost all major industrialized nations, including the United States, have signed the agreement.⁴⁰ Second, references to REDD and REDD+ appear throughout its provisions.⁴¹ For example, paragraph 6 acknowledges the critical role of reducing emissions from deforestation and forest degradation to “enable the mobilization of financial resources from developed countries” to reduce global greenhouse emissions.⁴² To implement this objective, paragraph 8 provides that developed countries will provide \$30 billion in adaptation funding in the period 2010-2012 to the “most vulnerable developing countries, such as the least developed countries, small island developing States and Africa.”⁴³ Third, the Accord reflects the shift from Kyoto’s exclusive focus on mitigation to the need to address adaptation as an essential component of any post-Kyoto international climate change agreement.

Notwithstanding these positive steps, Copenhagen critics had ample grounds on which to be disappointed with the outcome of the meeting. First, no binding emission reduction targets were established and there was not even a commitment to a binding post-Kyoto treaty.⁴⁴ Second, the Accord contains little guidance regarding how to implement the REDD provisions in the agreement.

Nevertheless, the negotiations on REDD were deemed so important that some commentators regarded the progress on REDD at Copenhagen as a ray of hope in an otherwise disappointing conference.⁴⁵ Transforming that sense of hope regarding REDD's potential into an effective component of a post-Kyoto climate change treaty's compliance regime will be a tremendous challenge.

B. REDD+ and the Post-Copenhagen Outlook

The REDD concept is elegant in its simplicity and easy to support in principle; however, the challenge of how to implement it effectively has generated significant controversy. The devil is in the details. This controversy has generated several proposals for how REDD can be implemented to fulfill its objectives.⁴⁶ Chief among these proposals is the approach known as REDD+. One commentator effectively summarized the range of challenges reflected in REDD implementation with the following series of questions:

What financing mechanism should be used for a REDD scheme? A market-based system? A Fund? Should a ton of carbon from a forest project sold on a carbon exchange be fungible with a ton of carbon emission reductions from a factory? At what scale do you measure forest protection? At a project scale? At a national scale? Should REDD schemes be restricted to tropical forests? Or does it even make sense to limit it to forests when other systems, such as wetlands, are also critically important from a climate perspective? How do you make sure local and indigenous benefits participate so that their rights are fully respected and the financial benefits don't all get swallowed up by governments and large corporations?⁴⁷

As the leading effort to address these daunting challenges, REDD+ is the next step in the evolution of crediting avoided tropical deforestation as a climate change compliance mechanism. REDD+ is more broad based than REDD in that it also includes conservation of

carbon stocks in low deforestation countries, sustainable forest management, and afforestation and reforestation.⁴⁸ REDD+ also benefits from U.N. support, which is essential for its viability.⁴⁹ REDD+ seeks to establish a single international agency for monitoring and financing REDD activities.⁵⁰ REDD+ may, however, need to be phased in over time after REDD mechanisms are implemented.

Although long-term financing of REDD activities is not specified in the Copenhagen Accord, within two months after Copenhagen "six countries pledged \$3.5 billion over three years to fund activities needed to lay the groundwork for an eventual REDD mechanism."⁵¹ In a welcome break from its track record of disengagement from climate change diplomacy, the United States contributed \$1 billion to the \$3.5 billion pool.⁵²

Two recent international meetings addressed funding and implementation strategy for REDD+ as a potentially viable mechanism for a post-Kyoto treaty. In May 2010, fifty-two nations gathered in Oslo, Norway, for a climate change and forests conference.⁵³ The meeting was regarded as an important step forward for REDD+ negotiations as the international community prepares for the climate change treaty negotiations at COP 16 in Cancun, Mexico, in December 2010.⁵⁴ Several countries, including the United States, pledged \$4 billion for the period 2010-2012 to assist developing countries in reducing emissions from deforestation and forest degradation.⁵⁵

At the climate talks in Bonn, Germany, in June 2010, provisions for REDD were discussed in the Ad Hoc Working Group on Long-Term

Cooperative Action (AWG-LCA). The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) issued a guideline text to facilitate negotiations among parties in the AWG-LCA. These guidelines call for enhanced action on mitigation and its associated means of implementation for developed and developing countries.⁵⁶ The guidelines also recognize

the crucial role of reducing emission from deforestation and forest degradation and the need to enhance removals of gree-

house gas emission by forests, and . . . the need to provide positive incentives to such actions through immediate establishment of a mechanism including REDD-plus, to enable the mobilization of financial resources from developed countries.⁵⁷

Developing countries are encouraged to contribute to mitigation actions, pursuant to provisions of REDD+ as described in chapter VI of the guidelines, by undertaking activities such as reducing emissions from deforestation and forest degradation, conserving forest carbon stocks, instituting sustainable management practices, and enhancing carbon stock.⁵⁸ The guidelines also encourage financial assistance and investment mechanisms for developing countries.⁵⁹

As these developments demonstrate, the “evolution and progress of the new REDD+ mechanism will significantly influence the overall trajectory of international climate change policy.”⁶⁰ However, despite the valuable first step that the Copenhagen Accord may represent, and despite the promising developments that have unfolded at Oslo and Bonn in the months following Copenhagen, two significant obstacles remain in the path of the future success of REDD. First, there are some concerns and limitations associated with REDD implementation such as its impacts on indigenous peoples⁶¹ and a possible increase in forest fires from REDD implementation.⁶² Second, the ultimate success of any post Kyoto treaty regime weighs heavily on the shoulders of the United States. If the United States fails to enact cap-and-trade legislation in the wake of Copenhagen, the opportunity for an effective global carbon credits market would be all but lost.

IV How Effective is proposed U.S. Legislation in Promoting the goals of a Global Carbon Market?

For political and legal reasons, the United States has been conspicuously parked on the sidelines of the international climate change compliance regime for more than a decade.⁶³ Long-awaited progress in seeking to establish

federal and international action on climate change has been achieved under the Obama Administration, however. The Waxman-Markey Bill passed the House of Representatives in 2009 by a 219-212 vote.⁶⁴ The Kerry-Lieberman Bill, pending before the Senate as of this writing, is facing many obstacles. Both of these bills seek to “slow deforestation by allowing international [avoided deforestation] projects to receive tradable offset credits for sequestered carbon.”⁶⁵ This Part of the Article reviews the relevant provisions of the House and Senate bills and how they relate to the development of an international market for avoided deforestation credits. It concludes that both bills offer a solid foundation for U.S. leadership in promoting a global carbon market for avoided deforestation credits.

A. Summary of Proposed U.S. Climate Change Legislation

The REDD provisions in the House and Senate climate change bills offer hope that some version of U.S. climate change legislation will pass in 2010 or 2011. The reason for optimism lies in the “win-win” situation that these provisions offer to simultaneously protect the environment and boost the economy. “Beyond the obvious and most significant benefits of reducing pollution, saving our biodiversity and protecting forestdependent communities, protecting tropical forests will cut the cost of U.S. climate legislation almost in half—saving Americans billions.”⁶⁶

The relationship between tropical deforestation and domestic enterprises provides an additional hidden benefit to help secure the necessary votes for passage of climate legislation in the Senate. “[E]nding tropical deforestation will provide direct economic benefits to American farmers, cattle ranchers and timber industry workers. Illegal and unsustainable overseas ranching, soy, and timber operations are undercutting more sustainable and responsible operations, potentially jeopardizing American jobs in our heartland.”⁶⁷

In addition, both bills address rights and needs of indigenous peoples and forest-dependent

communities by requiring consultations with, and the participation of, these communities in the process.⁶⁸ There are, however, some differences in how the bills address the promotion of international offsets for avoided deforestation.

The Waxman-Markey Bill (H.R. 2454), also known as the American Clean Energy and Security Act,⁶⁹ contains several provisions that are relevant for considering its impact on the global carbon credits market. The Bill would rely on the Environmental Protection Agency (EPA) for implementation.⁷⁰

The Waxman-Markey Bill would establish a federal cap-and-trade system that would include international avoided deforestation offsets as part of its scheme.⁷¹ The Bill contains more detail than the Kerry-Lieberman Bill on the administration and implementation of REDD projects. For example, the Waxman-Markey Bill addresses the types of activities that could be funded and addresses monitoring and reporting requirements.⁷² It would also provide flexibility in determining the amount of eligible international offsets based on the EPA's assessment of domestic offsets.⁷³

The Kerry-Lieberman Bill, also known as the American Power Act,⁷⁴ has been plagued by controversy from its inception. It does not appear to be as ambitious as the Waxman-Markey Bill in promoting international offset opportunities. Nevertheless, for the reasons outlined below, the Kerry-Lieberman Bill still offers a workable start for the United States to enter the international offsets playing field.

While the Kerry-Lieberman Bill provides for substantial use of offsets as part of its cap-and-trade scheme, the benefits from those offsets would stay largely within U.S. borders.⁷⁵ The Bill would create two new agencies to administer the international offsets program: the Greenhouse Gas Emission Reduction and Sequestration Advisory Committee⁷⁶ and the International Offsets Integrity Advisory Committee.⁷⁷ Although the Bill would provide domestic benefits for U.S. forestry and landowners, it does not offer significant support for international offset credits generated from avoided deforestation in developing countries.⁷⁸

There are several limitations that the Bill imposes on international offsets and REDD projects.⁷⁹ First, international offsets are available only to developing countries that are involved in a bilateral or multilateral agreement with the United States.⁸⁰ Second, international offsets can be generated only by developing countries that adopt policies to reduce emissions across an entire sector of the nation's economy.⁸¹ Third, the REDD provision of the Bill only allows for national and subnational level REDD projects, rather than approving such offsets on a project-by-project basis.⁸² Nevertheless, taken as a whole, the Kerry-Lieberman Bill appears to be an "imperfect but necessary step in the right direction" for development of the international REDD market.⁸³

B. Proposed U.S. Legislation Would Help Advance a Global Carbon Market

The forecast for potential inclusion of avoided deforestation credits in a post-Kyoto regime remains cloudy. There are several complicating factors involved. First, the concept of REDD needs to garner an even broader base of support. For example, there are influential organizations within the environmental community, such as Greenpeace, that oppose REDD and maintain that "[i]nclusion of forest conservation in a marketbased mechanism for reducing greenhouse gas emissions would crash carbon prices by swamping the market with cheap credits."⁸⁴ For REDD to succeed the second time around and avoid being excluded as it was in the Kyoto negotiations, it is imperative that a consensus be established for a minimum baseline model of REDD that has unconditional support from the environmental community. Otherwise, a post-Kyoto treaty could return to "business as usual" and exclude REDD from its regulatory framework because it is too controversial and fraught with uncertainty.

Second, and more importantly, the implementing mechanisms and processes for REDD need to be further developed. The concept of REDD has become increasingly popular since 2005, but even its biggest supporters acknow-

ledge that it faces many challenges to be implemented effectively. Significant progress has been made in this regard in the past few years with REDD+ and building “REDD readiness”⁸⁵ in developing countries, but much work remains.

Third, as is true in seeking to regulate any international environmental law problem, adequate funding is essential to ensure success. REDD is off to a good start in this regard, but failure to pass climate change legislation in the United States could change that reality abruptly.

The Waxman-Markey and Kerry-Lieberman Bills fare well on all three of these challenges. The Bills embrace the concept of REDD as an important dimension of the U.S. approach to climate change mitigation and include provisions addressing how the United States could be involved in this aspect of climate change regulation. While the implementing mechanisms and funding for avoided deforestation projects require clarification and additional attention, they nonetheless provide an adequate foundation upon which the United States can lead the post-Kyoto regime in advancing the availability of such off-set credits in a global carbon market.

The remainder of 2010 will hold many answers for the fate of the proposed U.S. climate change legislation. Further complicating the prospect for U.S. involvement in international avoided deforestation projects is that the Kerry-Lieberman Bill could become incorporated as part of a larger clean energy bill to ensure passage of some form of climate bill. This potential manipulation could further dilute the already-limited international offset provisions of the Kerry-Lieberman Bill.

V Conclusion

In his opening remarks at the climate change and forests conference in Oslo in May 2010, Norwegian Prime Minister Jens Stoltenberg declared, “Forests are worth more dead than alive. Today we commit to change that equation.”⁸⁶ He further remarked that curbing deforestation can achieve the “largest, fastest and cheapest cuts in global emissions” of greenhouse gases.⁸⁷

REDD and REDD+ are the mechanisms to make his vision a reality in a post-Kyoto international climate change treaty.

REDD fills three regulatory gaps left by the Kyoto Protocol: (1) the need to address avoided deforestation as a compliance strategy, (2) the need to more fully engage developing countries in international climate change compliance, and (3) the need to involve the United States in the international climate change regulatory landscape. If a post-Kyoto climate change agreement fails to address avoided tropical deforestation adequately, the overall compliance goals in the agreement would be extremely difficult, if not impossible, to attain. But even if such an agreement is forged in the coming years, it would be doomed to fall short of its goals, as Kyoto did, without full participation from the United States. If enacted, the pending U.S. climate legislation would provide a critical boost to promote the use of REDD as an indispensable component of an international carbon market.

In the wake of the Deepwater Horizon catastrophe in the Gulf of Mexico in May 2010, the timing could not be better for the United States to not only enter the international climate change playing field, but assume a long-overdue leadership role in defining its future. International offsets for avoided deforestation must be a part of the United States’ participation in this challenge. Regardless of the details of the language that ultimately appears in the U.S. climate legislation, the fate of the post-Copenhagen era in international climate change diplomacy rests largely within U.S. control. Kyle Danish, head of the climate change practice at Van Ness Feldman in Washington, D.C., remarked on this reality:

[T]he likelihood that the climate negotiations can progress from the accord blueprint to a fully elaborated program may be a function of further developments in the United States. Other countries have limited incentives to follow through on mitigation commitments without corresponding action by the United States. And the financial assistance program relies significantly on participation by the United States.⁸⁸

The same can be said about the fate of the role of REDD in a post-Kyoto climate change treaty. All eyes are on the United States to provide muchneeded leadership on this issue.

Notas

¹ Rhett Butler, *Forest Conservation in U.S. Climate Policy: An Interview with Jeff Horowitz*, MONGABAY.COM, Feb. 5, 2010, http://print.news.mongabay.com/2010/0205-adp_forests_redd.html?print (internal quotation marks omitted).

² Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, U.N. Doc. FCCC/CP/1997/7/Add1, Dec. 10, 1997 (1998) [hereinafter Kyoto Protocol], available at <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>.

³ NICHOLAS STERN, *THE ECONOMICS OF CLIMATE CHANGE: THE STERN REVIEW*, at xxv (2006), <http://siteresources.worldbank.org/INTINDONESIA/Resources/226271-1170911056314/3428109-1174614780539/SternReviewEng.pdf>.

⁴ Although forest projects are eligible to earn tradable credits under the Clean Development Mechanism (CDM) in the Kyoto Protocol, such projects are limited to afforestation and reforestation and do not include avoided deforestation. See Bernard Schlamadinger et al., *Should We Include Avoidance of Deforestation in the International Response to Climate Change?*, in *TROPICAL DEFORESTATION AND CLIMATE CHANGE* 53, 53 (Paulo Moutinho & Stephan Schwartzman eds., 2005); see also CLÉMENT CHENOST ET AL., *BRINGING FOREST CARBON PROJECTS TO THE MARKET* 8-9, available at http://www.unep.fr/energy/activities/forest_carbon/pdf/Guidebook%20English%20Final%2019-5-2010%20high%20res.pdf (last visited Sept. 19, 2010) (explaining why CDM forestry projects represent only 0.4% of all registered CDM projects).

⁵ The CDM sought to engage developing countries by authorizing emissions reduction partnerships between developed and developing nations; however, the mechanism was too narrow and plagued by administrative complexity to achieve broad-based participation. For a discussion of the CDM and some of the criticisms that have been lodged against it, see generally Ann E. Prouty, *The Clean Development Mechanism and Its Implications for Climate Justice*, 34 COLUM. J. ENVTL. L. 513 (2009); Michael Wara, *Measuring the Clean Development Mechanism's Performance and Potential*, 55 UCLA L. REV. 1759 (2008); ANITA TALBERG & LESLIE NIELSON, DEP'T OF PARLIAMENTARY SERVS., PARLIAMENT OF AUSTL., *THE KYOTO PROTOCOL'S CLEAN DEVELOPMENT MECHANISM* 15-20 (Apr. 23, 2009), http://www.aph.gov.au/library/pubs/bn/2008_09/KyotoProtocol_CDM.pdf; Emma Paulsson, *A Review of the CDM Literature: From Fine-Tuning to Critical Scrutiny?*, 9 INT'L ENVTL. AGREEMENTS: POL. L. & ECON. 63 (2009).

⁶ See *About REDD+*, UN-REDD PROGRAMME, <http://www.un-redd.org/AboutREDD/tabid/582/language/en-US/Default.aspx> (last visited Sept. 4, 2010). REDD seeks "to create a financial value for the carbon stored in forests, offering incentives for developing countries to reduce emissions from forested lands and invest in low-carbon paths to sustainable development." *Id.*

⁷ In addition to serving as a potent mechanism to promote climate change compliance, REDD also offers valuable co-benefits. Addressing climate change while offering valuable cobenefits has been referred to as the "quadruple dividends" of REDD because REDD offers:

[C]limate dividends by sequestering carbon; environmental dividends by bolstering watersheds and filtering air and groundwater; biodiversity dividends by providing habitat for over two thirds of the world's ground based species of plants and animals; and economic dividends, through sustainable land and forest management to improve the livelihoods of forest-dependent communities, many of which are among the world's poorest.

See *Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation (REDD) - An Interview with Don Kanak, Chairman World Wildlife Fund Forest Carbon Initiative*, CARBON INNOVATORS NETWORK, Apr. 2010, <http://www.carboninnovators.net.au/sites/carboninnovators.net.au/files/images/10.4%20REDD%20-%20an%20interview%20with%20Don%20Kanak.pdf> [hereinafter Interview with Don Kanak].

⁸ See Alex Morales, *U.S. Signs On to Copenhagen Climate Accord, Pledges to Cut CO₂*, BLOOMBERG, Jan. 29, 2010, <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=amKfFOaRgQyA>.

⁹ See United Nations Framework Convention on Climate Change Conference of the Parties, Copenhagen, Den., Dec. 7-18, 2009, *Copenhagen Accord*, ¶¶ 6, 8, 10, U.N. Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1 (Dec. 18, 2009) [hereinafter Copenhagen Accord].

¹⁰ For a discussion of these implementation concerns, see *infra* Part III.B.

¹¹ The flexibility mechanisms in the Kyoto Protocol are: (1) emissions trading in article 17, (2) joint implementation in article 6, and (3) the Clean Development Mechanism in article 12. Kyoto Protocol, *supra* note 2, arts. 6, 12, 17.

¹² Crystal Davis, *Protecting Forests To Save the Climate: REDD Challenges and Opportunities*, EARTH TRENDS, Apr. 23, 2008, <http://earthtrends.wri.org/updates/node/303>.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Afforestation refers to anthropogenic conversion of non-forested areas into forested land that has not been forested for at least fifty years, whereas reforestation refers to such conversion of nonforested areas that have not been forested since December 31, 1989. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio, *Seeing the Forest for the Treaties: The Evolving Debates on Forest and Forestry Activities Under the Clean Development Mechanism Ten Years After the Kyoto Protocol*, 31 FORDHAM INT'L L.J. 634, 643 (2008).

- ¹⁶ See CHENOST ET AL., *supra* note 4, at 8-9 (explaining why CDM forestry projects represent only 0.4% of all registered CDM projects).
- ¹⁷ See Butler, *supra* note 1 (quoting Jeff Horowitz).
- ¹⁸ For a comprehensive summary of the evolution of REDD from Kyoto to Copenhagen, see generally VIVIENNE HOLLOWAY & ESTEBAN GIANDOMENICO, CARBON PLANET WHITE PAPER: THE HISTORY OF REDD POLICY (2009), http://www.carbonplanet.com/protected_downloads/white_papers/The_History_of_REDD.pdf.
- ¹⁹ See Butler, *supra* note 1.
- ²⁰ See generally COALITION FOR RAINFOREST NATIONS, <http://www.rainforestcoalition.org> (last visited Sept. 4, 2010).
- ²¹ See Butler, *supra* note 1.
- ²² See United Nations Framework Convention on Climate Change Conference of the Parties, Bali, Indon., Dec. 3-15, 2007, *Bali Action Plan*, art. 1(b)(iii), U.N. Doc. FCCC/CP/2007/6/Add.1 (Mar. 14, 2008), <http://unfccc.int/resource/docs/2007/cop/3/eng/06a01.pdf>.
- ²³ *Id.*
- ²⁴ See Steve Zwick & Katherine Hamilton, *REDD Hot in Bali—and Very Confusing*, EARTH NEWS, Dec. 28, 2007, <http://www.earthportal.org/news/?p=766> (“[B]ecause of the challenges of commoditizing REDD activities into the general carbon markets, several groups have proposed that REDD activities be separated from the current Kyoto carbon markets.”). One example, proposed by Greenpeace, is “Tropical Deforestation Emission Reduction Units,” which would treat REDD credits as separate from those earned under the Clean Development Mechanism. *Id.* Other implementation concerns involve “the negative impacts REDD payments might have on forest-dependent communities, primarily through further weakening of their land and resource rights” and “complex links with agriculture” that could impact food supply and other agricultural products. *REDD: Protecting Climate, Forests, and Livelihoods*, INT’L INST. FOR ENV’T & DEV., <http://www.iied.org/natural-resources/key-issues/forestry/redd-protecting-climateforests-and-livelihoods> (last visited Aug. 31, 2010).
- ²⁵ CHARLIE PARKER ET AL., GLOBAL CANOPY PROGRAMME, THE LITTLE REDD+ BOOK 14 (2009), http://www.globalcanopy.org/themedata/file/PDFs/LRB_lowres/lrb_en.pdf; HOLLOWAY & GIANDOMENICO, *supra* note 18, at 4. For a detailed discussion of REDD+ and its possible role as a component of a post-Kyoto climate change treaty, see *infra* Part III.B.
- ²⁶ For more information about the World Bank Forest Carbon Partnership Facility, see *About the FCPF*, FOREST CARBON PARTNERSHIP, <http://www.forestcarbonpartnership.org/fcp/node/12> (last visited Aug. 31, 2010).
- ²⁷ *About REDD+*, *supra* note 6.
- ²⁸ See *About the FCPF*, *supra* note 26.
- ²⁹ *Id.*
- ³⁰ See *REDD: Protecting Climate, Forests, and Livelihoods*, *supra* note 24.
- ³¹ *Id.*
- ³² See *Interview with Don Kanak*, *supra* note 7.
- ³³ In 2010, the value of the global carbon market climbed to \$170 billion, up thirty-three percent from 2009. *Global Carbon Market Worth \$170 Billion in 2010, Up 33 Per Cent*, CPI FIN., Feb. 3, 2010, <http://www.cpifinancial.net/v2/print.aspx?pg=news&aid=4234>.
- ³⁴ CHENOST ET AL., *supra* note 4, at 24. For a discussion of the evolution and functions of voluntary carbon markets, see generally Michelle Passero, *The Voluntary Carbon Market: Its Contributions and Potential Legal and Policy Issues*, in LEGAL ASPECTS OF CARBON TRADING: KYOTO, COPENHAGEN, AND BEYOND 517-33 (David Freestone & Charlotte Streck eds., 2009).
- ³⁵ CHENOST ET AL., *supra* note 4, at 32 (noting that the European emissions trading system does not accept forest carbon credits).
- ³⁶ The EU-ETS is the largest carbon market in the world, both in terms of value and volume. *Id.* For a critical review of the EU-ETS, see generally Marisa Martin, *Trade Law Implications of Restricting Participation in The European Union Emissions Trading Scheme*, 19 GEO. INT’L ENVTL. L. REV. 437 (2007); Jonathan Donehower, Comment, *Analyzing Carbon Emissions Trading: A Potential Cost Efficient Mechanism To Reduce Carbon Emissions*, 38 ENVTL. L. LEWIS & CLARK L. SCH. 177 (2008); Brett Hardy, Note, *How Positive Environmental Politics Affected Europe’s Decision To Oppose and Then Adopt Emissions Trading*, 17 DUKE ENVTL. L. & POL’Y F. 297 (2007).
- ³⁷ See, e.g., CHENOST ET AL., *supra* note 4, at 35 (discussing a voluntary REDD project in the Juma Reserve in the Brazilian Amazon). For a discussion of the challenges involved in seeking to integrate REDD principles into a post-Kyoto international climate change treaty regime, see generally Robert O’Sullivan & Rick Saines, *International Market Solutions To Protect Tropical Rainforests*, in LEGAL ASPECTS OF CARBON TRADING: KYOTO, COPENHAGEN, AND BEYOND, *supra* note 34, at 584-605.
- ³⁸ See Suzanne Goldenberg & John Vidal, *US Scales Down Hopes of Global Climate Change Treaty in Copenhagen*, GUARDIAN, Nov. 4, 2009, <http://www.guardian.co.uk/environment/2009/nov/04/us-climate-change-copenhagen-treaty>.
- ³⁹ See, e.g., Leslie Carothers, *Closing Statement: Wonderful Copenhagen*, ENVTL. F., Mar./Apr. 2010, at 56, 56; Tom Munteer, *Did Copenhagen Give Climate Change Legislation Any “Bounce” in the Senate?*, [Mar. 2010] 40 ENVTL. L. REP. (Envtl. Law Inst.) at 10248; CLIMATICO, COPENHAGEN DE-BRIEFING: AN ANALYSIS OF COP15 FOR LONG-TERM COMPARISON (Jan. 2010), <http://www.climaticoanalysis.org/wp-content/uploads/2010/01/post-cop15-report52.pdf>; WORLD WIDE FUND FOR NATURE (WWF), THE COPENHAGEN ACCORD: A STEPPING STONE? (Jan. 2010), <http://assets.panda.org/>

downloads/the_stepping_stone_final_280110.pdf.

⁴⁰ See Alex Morales, *World's Biggest Emitters Sign Up to Copenhagen Accord*, BLOOMBERG, Feb. 1, 2010, <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=20601081&sid=aD.MbbEYBSZE>.

⁴¹ See *Copenhagen Accord*, *supra* note 9, ¶¶ 6, 8, 10.

⁴² *Id.* ¶ 6.

⁴³ *Id.* ¶ 8. Developed nations also pledged significant funding (up to \$100 billion/year by 2020) to support developing nations' efforts to mitigate greenhouse gas emissions. *Id.*

⁴⁴ See Alden Meyer, *The Copenhagen Accord: Not Everything We Wanted, But Something To Build On*, UNION OF CONCERNED SCIENTISTS, http://www.ucsusa.org/global_warming/solutions/big_picture_solutions/the-copenhagen-accord.html (last modified Dec. 23, 2009); see also John O. Niles, *Chaos and the Accord: Climate Change, Tropical Forests and REDD+ After Copenhagen*, MONGABAY.COM, Apr. 6, 2010, http://news.mongabay.com/2010/0406-niles_copenhagen_accord.html ("The Copenhagen Accord rests in legal, political and environmental limbo.").

⁴⁵ For a critique of the adequacy of the REDD language in the Copenhagen Accord, see Steve Zwick, *Bright REDD Spot in Otherwise Dismal Copenhagen Accord*, ECOSYSTEM MARKETPLACE, Dec. 19, 2009, http://www.ecosystemmarketplace.com/pages/dynamic/article.php?page_id=7395§ion=home#close; REDD May Yet Survive *Copenhagen Failures*, CARBONPOSITIVE.NET, Dec. 21, 2009, <http://www.carbonpositive.net/viewarticle.aspx?articleID=1786>.

⁴⁶ See Crystal Davis, *Protecting Forests To Save the Climate: REDD Challenges and Opportunities*, EARTH TRENDS, Apr. 23, 2008, <http://earthtrends.wri.org/updates/node/303> (discussing how "questions of how to design and implement a mechanism to achieve REDD are proving exceptionally complex and controversial," which is generating "uncertainty that it will generate real benefits for the global climate, forests and forest communities").

⁴⁷ Wild Guy, *REDD Alert*, WILD FOUND. (Sept. 23, 2008), <http://www.wild.org/blog/red-alert/>.

⁴⁸ See Butler, *supra* note 1.

⁴⁹ See *About REDD+*, *supra* note 6.

⁵⁰ Ian Macdougall, *Germany, Norway Give \$1.5B To Fight Deforestation*, USA TODAY, May 26, 2010, http://www.usatoday.com/tech/science/environment/2010-05-26-germany-forests_N.htm.

⁵¹ See Butler, *supra* note 1.

⁵² *Id.*

⁵³ *Climate Change Commission Joins 52 Countries in REDD+ Partnership—Alvarez*, BALITA.PH, May 30, 2010, <http://balita.ph/2010/05/30/climate-change-commission-joins-52countries-in-redd-partnership-alvarez/>.

⁵⁴ *Id.* Robert Zoellick, chief of the World Bank, remarked that the outcome of the Oslo meeting may "be the first

comprehensive component for a future international agreement on climate change." *Oslo Climate Change Conference Report—May Feature*, COOLEARTH.ORG, <http://www.coolearth.org/371/news-32/features-147/oslo-climate-change-conference-report-mayfeature-1400.html> (last visited Sept. 7, 2010).

⁵⁵ Ian MacDougall, *Rich Countries Pledge \$4B To Stop Deforestation*, SIGN ON SAN DIEGO, May 27, 2010, <http://www.signonsandiego.com/news/2010/may/27/rich-countries-pledge4b-til-stop-deforestation/>.

⁵⁶ United Nations Framework Convention on Climate Change Conference of the Parties, Ad Hoc Working Group on the Long-Term Cooperative Action Under the Convention, Bonn, Ger., June 1-11, 2010, *Text To Facilitate Negotiations Among Parties*, Annex 1, at 6, U.N. Doc. FCCC/AWGLCA/2010/6 (May 17, 2010), <http://vnfcc.int/resource/docs/2010/awglica10/eng/06.pdf>.

⁵⁷ *Id.* at 11.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.* at 12.

⁶⁰ Niles, *supra* note 44.

⁶¹ See Rhett A. Butler, *REDD May Harm Forest People, Alleges Report*, MONGABAY.COM, Dec. 2, 2008, http://news.mongabay.com/2008/1202-fern_redd.html.

⁶² See Helen Mendes, *REDD Alert for Forest Climate Change Policy*, SCI. & DEV. NETWORK, June 7, 2010, <http://www.scidev.net/en/news/redd-alert-for-forest-climate-changepolicy.html>.

⁶³ For a discussion of the legal and policy challenges that the United States faces in entering an emissions trading market and the relationship that such a market would have on its environmental laws and trade policy, see generally K. Russell LaMotte, David M. (Max) Williamson & Lauren A. Hopkins, *Emissions Trading in the U.S.: Legal Issues*, in *LEGAL ASPECTS OF CARBON TRADING: KYOTO, COPENHAGEN, AND BEYOND*, *supra* note 34, at 391-422.

⁶⁴ Greg Hitt & Stephen Power, *House Passes Climate Bill*, WALL ST. J., June 27, 2009, at A1, available at <http://online.wsj.com/article/SB124602039232560485.html>.

⁶⁵ KEN ALLINSON ET AL., *INTERNATIONAL AVOIDED DEFORESTATION OFFSET PROJECTS: INSURING THE RISK OF REVERSAL PENALTIES 2* (May 2010), <http://www.law.unc.edu/documents/clear/adoffsetreversalpenaltyinsurance.pdf>. Debate continues on the viability of international offsets as a climate change mitigation strategy. This lack of consensus on the value of offsets could significantly impair the potential success of the pending climate change legislation in the United States. For a helpful analysis of the principal concerns and possible solutions regarding how to integrate international offsets into climate legislation, see generally The Forum: The Upset About International Offsets, ENVTL. F., May/June 2010, at 48, 48-53.

⁶⁶ Butler, *supra* note 1 (quoting Jeff Horowitz).

⁶⁷ *Id.* (quoting Jeff Horowitz).

⁶⁸ PERVAZE A. SHEIKH & ROSS W. GORTE, CONG. RESEARCH SERV., INTERNATIONAL FORESTRY ISSUES IN CLIMATE CHANGE BILLS: COMPARISON OF PROVISIONS OF S. 1733 AND H.R. 2454, at 12-13 (2009).

⁶⁹ American Clean Energy and Security Act of 2009, H.R. 2454, 110th Cong. (2009), http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=111_cong_bills&docid=f:h2454pcs.txt.pdf.

⁷⁰ SHEIKH & GORTE, *supra* note 68, at 3.

⁷¹ H.R. 2454, § 734(e).

⁷² SHEIKH & GORTE, *supra* note 68, at 5-6.

⁷³ *Id.* at 9.

⁷⁴ American Power Act, S. 1733, 111th Cong. (2010) (discussion draft), <http://kerry.senate.gov/imo/media/doc/APAbill3.pdf>.

⁷⁵ *Climate Bill Mixed for Forest Carbon Offsets*, CARBON-POSITIVE.NET, May 14, 2010, <http://www.carbonpositive.net/viewarticle.aspx?articleID=1999>.

⁷⁶ S. 1733, § 732. This agency would provide “scientific and technical advice on the establishment and implementation of the offset project program.” *Id.* § 732(a)(1).

⁷⁷ *Id.* § 752. This agency would be responsible for “promulgating and revising regulations,” “ensuring the overall environmental integrity of the programs established pursuant to those regulations,” and conducting a “scientific review of international offset and deforestation reduction programs.” *Id.* § 752(a)(2)(A)-(B), (d).

⁷⁸ *Climate Bill Mixed for Forest Carbon Offsets*, *supra* note 75.

⁷⁹ The international offset provisions of the Bill appear in sections 751-763; the REDD provision appears in section 5004.

⁸⁰ Jake Schmidt, *Tools for Supporting International Action on Global Warming: American Power Act*, SWITCHBOARD: NAT. RESOURCES DEF. COUNCIL STAFF BLOG (May 13, 2010), http://switchboard.nrdc.org/blogs/jschmidt/apa_intl_provisions.html.

⁸¹ *Id.*; see also *Climate Bill Mixed for Forest Carbon Offsets*, *supra* note 75.

⁸² John Vidaurrezaga, *Trees Fare Well in Latest US Climate Bill*, ECOSYSTEM MARKETPLACE, May 24, 2010, http://www.ecosystemmarketplace.com/pages/dynamic/article.page.php?page_id=7565§ion=news_articles&eod=1.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Carbon Credits from Forest Conservation Would Crash Carbon Market, Says Greenpeace*, MONGABAY.COM, Mar. 30, 2009, http://news.mongabay.com/2009/0330-greenpeace_redd.html.

⁸⁵ REDD readiness refers to “developing a baseline reference scenario for a country’s historical and projected deforestation rates, as well as adopting strategies to reduce forest clearing and designing systems to monitor, report and verify reductions in greenhouse gas emissions

from avoided deforestation.” *REDD Readiness Plans for Panama, Guyana Approved but Rejected for Indonesia*, MONGABAY.COM, July 2, 2009, <http://news.mongabay.com/2009/0702-fcpcf.html>.

⁸⁶ Ian Macdougall, *International Conference To Save Forests Opens in Oslo*, USA TODAY, May 27, 2010, http://www.usatoday.com/tech/science/environment/2010-05-27-oslo-conference_N.htm (internal quotation marks omitted).

⁸⁷ *Id.* (internal quotation marks omitted).

⁸⁸ Kyle Danish, *New and Improved Course for a Climate Regime*, ENVTL. F., Mar./Apr. 2010, at 48.

A TEORIA DO LIMITE FÁTICO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO OBSTÁCULO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS¹

Dhenize Maria Franco Dias²

Artigo recebido em 14/03/2011

Artigo aprovado em 10/06/2011

RESUMO: Entre os direitos fundamentais, temos os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda dimensão. Trata-se de resultado do processo de constitucionalização dos direitos humanos, com vistas à positivação e efetividade do princípio da dignidade humana. Referidos direitos impõem ao Poder Público a satisfação do dever de prestação positiva, consistente em um *facere* do Estado. Este artigo teve como objetivo geral analisar a possibilidade de o Estado exonerar-se do dever constitucional de oferecer e garantir os direitos sociais com fundamento na alegação da teoria da reserva do possível que consiste no fenômeno econômico da limitação de recursos financeiros pelo Estado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade. Teoria da Reserva do Possível.

ABSTRACT: Among the fundamental rights we have the social rights, a constitutional right extended to all, pursuant to provisions of Article 06 of the Federal Constitution [of Brazil]. The social rights being conceived of within the notion of second dimension rights. They are the result of the process of constitutionalization of human rights, seeking to bring assertion and effectiveness into the principle of human dignity. Such rights impose upon the Public Power the

¹ Preferimos a utilização da expressão “limite” por acharmos que seja mais apropriada e de melhor sentido técnico, a simples expressão “restrição a direitos fundamentais” ou “sopesamento” ou “ponderação”, como mencionado por Virgílio Afonso da Silva, uma vez que, para o autor, essas expressões, “sobretudo na jurisprudência, são utilizadas como se estivessem destacadas de qualquer pressuposto teórico – exige uma clara compreensão da relação entre direito, de um lado, e seus limites ou restrições, de outro”. In: SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128.

² Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP, Especialista em Direito Processual pela Universidade Católica de Santos/SP e advogada.

enforcement of the duty of positive performance, consisting of a mandate to do or *facere* on the part of the State. This article had the general scope of analyzing the possibility of the State to exempt itself from the constitutional must of delivering and guaranteeing social rights with grounds on allegation of the theory of reservation based on feasibility, even within a limited scale of choices over public policies and a universe bound by scarce financial resources.

Keywords: Social rights. Effectiveness. Reservation based on Feasibility Theory.

Os direitos fundamentais de natureza social exigem do Estado uma atuação positiva para sua garantia e efetividade, não se ignorando que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais caracteriza-se pela gradualidade de seu processo de concretização. Depende, em grande parte, de inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de modo que, verificada, de forma objetiva, a alegação de incapacidade econômico-financeira do Estado, deste não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto constitucional brasileiro.³ Nesse sentido, Inês Virgínia Prado Soares:

A vontade política se materializa nas leis orçamentárias. A destinação dos recursos públicos para desenvolvimento das tarefas estatais que proporcionarão o desfrute dos direitos fundamentais sociais é a instrumentalização da ação do Estado e o modo pelo qual são colocadas para os indivíduos as prioridades eleitas para um período determinado.⁴

O tema merece uma atenção especial, em se tratando do estudo de direito público na medida em que se discutem as prestações positivas a serem oferecidas pelo Estado e suportadas pela sociedade.

Ao se efetivarem os enunciados constitucionais, sobretudo no que diz respeito aos direitos sociais, é necessário levarmos em consideração as circunstâncias factuais, inclusive, as financeiras, ou seja, aquelas situações em que o Estado

deverá gastar uma determinada quantidade de recursos financeiros a fim de propiciar um benefício ao indivíduo, principalmente na área do direito público, em que os recursos públicos são originários de tributos, ou seja, o dinheiro público que advém do bolso dos contribuintes, isto é, da sociedade em geral.⁵

Ao cuidar da interpretação do direito público em geral, como ressalta Luís Roberto Barroso, do constitucional principalmente, é preciso ter em mente, além dos dados puramente técnicos (jurídicos), os dados da realidade, como as condições materiais e financeiras, sem as quais são irrealizáveis⁶ os comandos normativos constitucionais. Não se deve deixar de lado essas circunstâncias (materiais e financeiras) no momento da construção dos enunciados constitucionais por parte do legislador originário.

A questão referente às necessidades públicas *versus* os recursos disponíveis para atender às prestações positivas tem sido identificada no Brasil por meio da expressão “reserva do possível”⁷ (*Vorbehalt des Möglichen*) e popularizada pelo empenho da Administração Pública em divulgar o termo “reserva do possível”⁸. Como comenta Ana Paula de Barcellos:

[...] a máxima de que há necessidades e desejos ilimitados e recursos limitados, continua válida. Assim, uma ponderação de ordem fática que é preciso enfrentar diz respeito à disponibilidade, ou não, de recursos para atender às prestações positivas que se conclui podem ser exigidas judicialmente. O debate em torno dessa dificuldade foi batizado com a expressão “reserva do possível [...]”⁹.

Desse modo, “a expressão *reserva do possível*”¹⁰, utilizada pelo Direito¹¹, procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”¹².

Fernando Facury Scaff explica o significado da expressão exposta: “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral”¹³.

José Reinaldo de Lima Lopes afirma que o caráter econômico da teoria da reserva do pos-

sível “não se confunde com a impossibilidade empírica *tout court*, mas com a impossibilidade técnica ou com a escassez”.¹⁴

Nota-se que essa limitação de recursos públicos atinge principalmente os direitos prestacionais, que demandam mais do erário público do que os demais direitos. Por essa razão, referida limitação orçamentária restringe mais a concretização dos direitos fundamentais prestacionais e serve de obstáculo fático para estes.¹⁵

Paulo Caliendo define a teoria da reserva do possível levando em consideração as matrizes constitucionais e não meramente econômicas: “como o limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações”.¹⁶

Ana Paula de Barcellos explica dois fenômenos a respeito da teoria geral da *reserva do possível*:

O primeiro deles lida com a **inexistência fática de recursos**, algo próximo à exaustão orçamentária, e pode ser identificada como uma *reserva do possível fática*.

O segundo fenômeno identifica uma *reserva do possível jurídica* já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a **ausência de autorização orçamentária** para determinado gasto em particular (grifo nosso).¹⁷

Esse primeiro fenômeno diz respeito à **inexistência** absoluta de recursos, enquanto o segundo abarca a **ausência de autorização** orçamentária pelo Estado.

Ana Paula de Barcellos ainda chama a atenção sobre o debate do tema da reserva do possível entre nós, que despontou a partir dos anos 1990. Ressaltando que no Brasil o tema passou a ser debatido de forma mais intensa com base na obra *The cost of rights* (1999), de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, que analisa economicamente o custo dos direitos, não apenas dos direitos sociais, mas também dos direitos individuais.¹⁸

Dessa análise sobre o tema do custo dos direitos e da reserva do possível retiram-se duas considerações: a primeira, como analisa Ana Paula de Barcellos, é de que “não é possível

analisar o direito de forma isolada”¹⁹, à moda kelseniana. O Direito se relaciona com várias ciências como a Ciência Política, Economia, Administração, por exemplo, que interagem com os aspectos políticos e orçamentários que influenciam o custo dos direitos e fomentam a teoria da reserva do possível.

A segunda consideração é “que os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro”. “Também os direitos civis e os políticos demandam gastos por parte do Poder Público”²⁰. Hoje se reconhece que, para o exercício desses direitos fundamentais, a não interferência estatal não é era suficiente. Assim, a necessidade de recursos financeiros públicos para a fruição dos direitos de primeira dimensão também é necessária.²¹

Para Ana Paula de Barcellos a “diferença entre os direitos sociais e os individuais, no tocante ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza”²² (grifo nosso). A ressalva a ser feita é que os direitos custam dinheiro independentemente de qual dimensão de direito pertençam, o que inclui os direitos tanto de primeira como os de segunda ou terceira dimensão.

Hoje, na área jurídica, é amplamente divulgada a ideia de que os direitos ‘não nascem em árvores, nem caem do céu’²³, pois, demandam ações públicas e, portanto, oneram os cofres públicos, sendo necessário o planejamento orçamentário que vincula as políticas públicas a serem efetivadas pelo Estado.

Concordamos com Ana Paula de Barcellos quando esta afirma que a distinção entre os direitos sociais e os individuais é uma diferença meramente de grau, visto que tanto os direitos individuais como os direitos sociais possuem a mesma natureza constitucional de direitos fundamentais.²⁴

Se as prestações positivas do Estado, para que sejam assegurados os direitos sociais, necessitam de recursos públicos e a aplicação destes se opera na fase da execução orçamentária, a fiscalização e o controle dessa fase do procedimento orçamentário devem ter por objetivo compatibilizar o gasto público com os princípios e os valores constitucionais.

Por fim, o orçamento no Estado Democrático de Direito busca maior transparência

que possibilite uma participação mais efetiva da sociedade em todo o processo orçamentário (seja por meio do Poder Legislativo, nas fases de fixação das metas e objetivos a serem cumpridos, seja direta ou indiretamente na fase da execução orçamentária).

Os direitos sociais e econômicos necessitam, para sua concretização, de ação positiva do Estado. A inércia estatal, seja pela omissão legislativa ou pela inoperância administrativa, esvazia por completo a eficácia desses direitos, tornando-os letra morta.

Nesse sentido, os direitos sociais e econômicos devem ser encarados como direitos originários a prestações estatais. Com efeito, a efetivação dos direitos sociais e econômicos, embora limitada dentro da chamada reserva do possível, devendo esta ser entendida como a viabilidade econômica de sua concretização, constitui imposição e não mero apelo ao legislador e ao administrador, que devem implementar as transformações econômicas e sociais necessárias ao atingimento desse objetivo.²⁵

O planejamento comporta os objetivos relativos às prestações positivas de incumbência do Estado para o exercício seguinte e abriga várias possibilidades de concretização dos direitos fundamentais assegurados na Constituição. O Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias são os instrumentos que determinam legalmente quais serão as prestações positivas a serem priorizadas no período financeiro determinado.

Somente por meio da Lei Orçamentária Anual, na qual é fixada a dotação orçamentária, isto é, o valor total de gasto autorizado para cada projeto ou atividade constante do orçamento, pode-se perceber quais foram as prestações positivas que o Estado decidiu realizar no exercício seguinte.

Essas prestações positivas do Estado passam pelo reconhecimento da escassez dos recursos públicos e pelas “escolhas” na realização das tarefas públicas que efetivarão

os direitos sociais. A doutrina refere-se a essas escolhas como “escolhas trágicas”²⁶, já que se está diante de direitos sociais que necessitam de implementação e a opção por um desses direitos e o adiamento de outro tão importante quanto o escolhido.²⁷

Essas “escolhas” na realização de tarefas públicas se materializam por meio da Lei Orçamentária Anual dentro dos parâmetros da teoria da “reserva do possível”, ou seja, por meio da disponibilidade de recursos existentes no exercício financeiro para a efetivação dos direitos sociais através de políticas públicas programadas.²⁸

Assentado que os direitos são positivos e geram custos financeiros, é necessário dizer que o orçamento e o erário público são limitados e não podem concretizar nem conferir efetividade a todos os direitos.

De fato, os recursos da sociedade, incluindo-se aí a disponibilidade financeira, são escassos, o que significa que o Estado não pode atender a todos os anseios da sociedade. Surge, então, a necessidade de administrar de maneira adequada e eficiente os recursos escassos da sociedade para promover o maior bem social possível. Porém, como não é possível satisfazer todos os desejos sociais, o Estado, como administrador dos recursos, deve fazer escolhas acerca de quais necessidades atender e de quais necessidades abrir mão ou de atender de maneira deficiente.

Como consequência da escassez de recursos financeiros, deve se admitir que os direitos não são absolutos²⁹. Os direitos não podem ser absolutos porque os recursos financeiros do Estado são limitados, o que implica a impossibilidade de concretização e efetivação de todos os direitos, ou seja, existirão direitos sacrificados pela reserva do financeiramente possível.³⁰ Reconhece-se que o sacrifício de direitos é lastimável, porém é uma consequência natural da escassez de recursos.

Assim, em razão proporcional, a efetividade e a concretização dos direitos

dependerá da prosperidade da economia, da competente administração dos recursos pelo Estado, do combate à corrupção, da tributação eficiente e norteadas pelo princípio da legalidade. Em contrapartida, a escassez de recursos, a má administração, os desvios, a corrupção e a tributação excessiva e ilegal, que leva à sonegação, conduzirão ao sacrifício de direitos, que não podem ser protegidos nem concretizados pela insuficiência de recursos financeiros do erário público.³¹

Otávio Henrique Martins Port entende que o Estado não pode se furtar da responsabilidade de concretizar os direitos de *status subjetivus socialis* a todos os indivíduos, ainda que de forma não imediata, mas progressiva e impostergável. Assim, para o referido autor, não se pode invocar o princípio da teoria da reserva do possível como impossibilidade fática a impedir a implementação progressiva e planejada dos direitos sociais e econômicos.³²

Lima Júnior afirma que a alegada escassez³³ de recursos financeiros por parte do Poder Público resulta na postergação da realização prática dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais³⁴. E ressalta que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em nenhum momento teve como propósito deixar incerta a realização dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais:

[...] Em nenhum sentido, no entanto, o Pacto quis deixar a um futuro incerto a realização dos DHESC, conforme a interpretação dada pelos Princípios de Limburgo. A preocupação com a escassez dos recursos foi levada em consideração, do ponto de vista realista, mas na perspectiva de que os estados viessem a utilizar o máximo de recursos disponíveis na realização dos DHESC.

Em outros termos, a expressão “realização progressiva”, contida no Pacto, está diretamente relacionada com o reconhecimento de que os direitos humanos econômicos, sociais e culturais são possíveis de implementação num curto período de tempo. A questão “tempo”, portanto, adquire

significado especial para os DHESC, uma vez que esses direitos não têm qualquer sentido se sua realização for postergada indefinidamente.³⁵

Ao estabelecer que os estados-membros devem usar “até o máximo de seus recursos disponíveis” para tornar os DHESC realizáveis na prática”³⁶ o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais impõe que os países signatários desse Pacto devem empreender o máximo de esforços para a concretização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Cabe frisar que é obrigação do Estado reconhecer e progressivamente implementar os direitos Econômicos, Sociais e Culturais, utilizando o máximo de recursos disponíveis, como vimos anteriormente. Dessa aplicação progressiva dos direitos sociais resulta a cláusula de proibição de retrocesso social.³⁷ Vinculada ao princípio da dignidade humana,³⁸ a proibição de retrocesso social também pode ser tida como limite ao retrocesso na esfera da legislação social. A preservação de um mínimo indispensável para a existência digna³⁹, sendo que as restrições na esfera das prestações sociais não podem, em hipótese alguma, ficar aquém desse limite, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes. Sem que aqui se pretenda rastrear todas as dimensões da questão, procedendo a uma exaustiva análise de toda a doutrina e jurisprudência disponível, importa, contudo,

cimentar minimamente a possibilidade de se reconhecer um *princípio de proibição de retrocesso também na ordem jurídico-constitucional brasileira*. No plano doutrinário, valemo-nos da lição de Luís Roberto Barroso, que, de certo modo, representa o entendimento que (a despeito de algumas posições reticentes) tem cada vez mais dominado o nosso cenário jurídico. *Para o notável constitucionalista carioca, por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional*⁴¹, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.⁴²

“É claro que esse *mínimo* de condições básicas, que está indissociavelmente ligado ao mínimo existencial, que nada mais é do que o núcleo mínimo essencial dos direitos fundamentais: o princípio da dignidade humana”,⁴³ e que tem por finalidade o desenvolvimento do homem não é garantia do desenvolvimento total do ser humano, infelizmente, ainda não é possível, em nosso país, oferecer o pleno desenvolvimento humano a todos como preconiza a Constituição Federal de 1988. Todavia, o Estado não pode se furtar a oferecer o *mínimo* de condições materiais necessárias para o desenvolvimento do indivíduo sob pena de frustrar preceito constitucional vigente.

O *mínimo existencial*⁴⁴ consiste em um conjunto de bens e utilidades básicas necessário para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. O mínimo existencial está inserido no cerne do princípio da dignidade humana e pertence à esfera jurídica individual, sendo inerente a toda pessoa humana. Nesse sentido, Otávio Henrique Martins Port afirma que o mínimo existencial “nada mais é do que o núcleo mínimo e essencial dos direitos fundamentais – o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁴⁵

O conceito de núcleo mínimo obrigatório (*minimum core obligation*) é importante para avaliar o comportamento estatal no que tange ao cumprimento de suas obrigações. Assim, diante de recursos escassos, o Estado deverá demonstrar que empenhou todos os esforços necessários ao

utilizar os recursos disponíveis, tendo em vista, no mínimo, a satisfação daquilo que foi eleito como prioritário, ou seja, suas obrigações mínimas essenciais.⁴⁶

Já Ricardo Lobo Torres, em sentido contrário, advoga que o Estado deve proteger e implementar ao máximo o conteúdo mínimo essencial dos direitos sociais. O que ele chama de ‘maximização dos mínimos sociais’:

No Estado Democrático e Social de Direito impõem-se a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima. A maximização dos mínimos sociais acarreta logicamente a minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade. Em outras palavras, os direitos sociais da cidadania que sobreexcedem os mínimos sociais devem se maximizar até o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, não se comprometa a saúde das finanças públicas, não se violem direitos fundamentais nem se neutralizem as prestações por conflitos internos.⁴⁷

Ressalta-se que esse ‘mínimo’ não se limita ao sentido econômico, mas também se estende ao necessário na acepção sociocultural que nossa sociedade conhece como forma de efetivar o princípio da dignidade humana, em nosso entendimento constituído como “valor-guia de nossa ordem constitucional vigente”⁴⁸, como afirma Ingo Sarlet:

Todavia, há que levar em consideração o fato de que na doutrina – muito embora não sem divergências – sustenta-se a opinião de que a assistência social prestada para uma garantia das condições mínimas existenciais não se limita ao mínimo no sentido econômico, alcançando também um mínimo na acepção sociocultural, ainda que a determinação do valor da prestação assecuratória deste mínimo existencial não tenha sido consensualmente obtida, não se podendo falar, até o presente momento, de uma solução uniforme no que diz com este aspecto.⁴⁹

Entendemos que é dever do Estado de Direito resguardar o núcleo essencial dos direitos

fundamentais, ou *mínimo existencial*, a fim de assegurar o mínimo de condições fáticas aos indivíduos e principalmente àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, além de proteger e concretizar o princípio da dignidade humana.

O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por vezes, se encontra ameaçado pelos obstáculos do ponto de vista prático, como a escassez ou insuficiência de recursos públicos.

Há, então, o embate entre a previsão normativa e o orçamento (dinheiro público) para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo, principalmente quando se trata de direitos sociais (direitos prestacionais) em virtude da “escassez de recursos financeiros, embora sua realização não dependa exclusivamente desse tipo de recursos”:⁵⁰

O objeto de prestações do Estado (ao menos, em regra) diretamente vinculadas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais que se aponta, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante [...]. Esta característica dos direitos sociais a prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica.⁵¹

Por fim, os direitos fundamentais devem ter seu núcleo essencial preservado a fim de garantir a essencialidade, a imperatividade, a eficácia, a juridicidade e a fundamentalidade dos direitos fundamentais.

Esse núcleo essencial, garantidor do *mínimo existencial* à vida digna do ser humano, deve ser protegido pelo Estado ao máximo, como guardião da Constituição. “Já que as normas constitucionais devem ser cumpridas em toda a sua extensão.”⁵²

E para a concretização dos direitos fundamentais sociais e de seu núcleo essencial, é necessário que o Poder Público prove que utilizou o máximo de recursos públicos a fim de tornar realidade os comandos constitucionais.

É sabido, porém, que a insuficiência ou a escassez de recursos públicos são alguns dos limites fáticos mais invocados pela Administração Pública para deixar de efetivar os direitos sociais, contudo, não se deve deixar de lado, o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e sua aplicação ao máximo (*mínimo existencial*), pois, se assim o fizesse, estaria descumprindo o preceito fundamental (concretizar a dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito).

Somos da opinião de que uma compreensão razoável da proteção dos direitos fundamentais sociais deve ser realizada mediante uma *eficácia máxima* possível implica em elevar o custo (*reserva do possível*) e a complexidade (*reserva de consistência*) da efetivação dos direitos fundamentais sociais a sério. Desse modo, nessa concepção existiria uma proibição de insuficiência no fornecimento e na preservação do mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o direito subjetivo aos direitos fundamentais sociais seria dirigido ao mínimo existencial. De outra parte, os demais direitos sociais somente poderiam ser exigidos nos limites de sua possibilidade técnica e financeira, se constituindo em normas programáticas que estabelecem o dever do administrador de buscar sempre alcançar a máxima eficácia *possível*.⁵³

Em matéria de direitos sociais (que demanda uma contraprestação estatal) a não efetivação do *mínimo existencial* como núcleo essencial dos direitos fundamentais traria prejuízos sociais imensos à sociedade, em geral, e, em especial, àquele que se encontra em condição de vulnerabilidade (principais sujeitos dos direitos sociais), o que caracterizaria uma situação de *retrocesso social*.⁵⁴

É claro que o Estado, como administrador do orçamento público, está sujeito aos limites orçamentários, visto que o recursos, como mencionamos até aqui, não são infinitos e, por essa razão, nem sempre é possível implementar em sua totalidade os direitos sociais (que são os direitos que mais necessitam de prestação estatal).

O mesmo Estado administrador também está sujeito às normas constitucionais e sofre restrições da própria Constituição, contudo, deve zelar pelo fiel cumprimento desta e procurar dar a efetividade máxima às normas constitucionais dentro de suas possibilidades orçamentárias, buscando “maximizar o acesso aos direitos fundamentais e reduzir progressivamente os limites da reserva do possível”.⁵⁵ Logo, a Teoria da Reserva do Possível não constitui um limite fático suficiente para obstar a concretização do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Entendemos que a alegação da teoria da reserva do possível, como um simples limite fático, desprovido de fundamento técnico, político, econômico ou jurídico, em sede de direitos sociais, não é justificativa suficiente para restringir a garantia do mínimo de efetividade que deve ser conferida aos direitos fundamentais sociais ou a “eficiência mínima na utilização dos recursos públicos investidos ou destinados a políticas públicas relacionadas com direitos fundamentais”.⁵⁶

Ao Estado não é possível a simples abstenção de seu dever constitucional de concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, sob o argumento da falta ou insuficiência de recursos públicos. Deve o Poder Público implementar os direitos sociais ao máximo dentro de suas possibilidades finitas e escassas ao proteger o mínimo essencial de cada direito fundamental.

Ao proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais (por meio do mínimo existencial), o Estado extrai o máximo da vontade constitucional e dá a efetividade necessária aos direitos sociais e aos fundamentos norteadores do Estado Democrático e Social de Direito: cidadania e dignidade da pessoa humana.

Notas

³ STF, ADPF45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU publicado em 4/5/2004.

⁴ SOARES, Inês Virgínia Prado. Direitos Fundamentais Sociais e Execução Orçamentária: reflexões sobre a teoria da reserva do possível numa perspectiva constitucional, p. 1. Artigo não publicado.

⁵ “Quem paga a conta dos gastos realizados é a própria sociedade, seja através dos tributos que paga diretamente na

condição de contribuinte, seja indiretamente na aquisição de bens ou serviços, nos quais estes se encontram. O Estado é financiado por tributos, pagos de forma desigual entre as pessoas – e aqui se encontra uma primeira possibilidade de implementação de Justiça, pois se deve cobrar mais de quem pode pagar mais, o que nem sempre ocorre.

Se a sociedade demanda a presença maior do Estado, deve arcar com maior cobrança de tributos – e se esta cobrança for efetuada de modo mais equânime, muito melhor”. SCAFF, Fernando Facury. Sentença aditivas, direitos sociais e reserva do possível. Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 152.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁷ “Impossibilium nulla obligatio est (Celso, D, 50, 17, 185). A expressão foi incorporada à compilação que Justiniano mandou fazer no século VI d.C. e transmitida à tradição ocidental. Outra versão corrente da mesma norma é *ad impossibilia Nemo tenetur*. Dentro dessa linha, pode-se bem inserir o atual debate sobre a reserva do possível. É uma evidência que se de obrigação falamos e se por obrigação entendemos um vínculo para a ação humana, não é sensato esperar de quem quer que seja o impossível. Logo, uma expectativa sobre o impensável tem algum erro que deve ser atribuído a quem espera ou a quem promete o impossível. Seja nos contratos administrativos, seja nas obrigações políticas em geral, não é de se esperar que o Estado, só por ser pessoa jurídica de direito público, esteja obrigado ao impossível”. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 159.

⁸ BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 235.

⁹ BARCELLOS, Ana Paula, ob., cit., p. 235.

¹⁰ “Tanto a questão inicial quanto a nomenclatura que se confere ao instituto surgiram de uma decisão do tribunal constitucional federal alemão, em um caso emblemático, apelidado de *numerus clausus*. Na referida decisão, pleiteava-se acesso irrestrito ao ensino superior em relação a determinados cursos de elevada procura, com base em dispositivo da Lei Fundamental germânica”. In: OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. Reserva do Possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição. Trabalho publicado nos Anais do CONPEDI, realizado em Brasília-DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2010, p. 3722-3723.

¹¹ Fernando Facury Scaff, explica que os economistas possuem uma expressão para designar a ‘reserva do possível’: “Limite do Orçamento”. In: SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. Direitos Fundamentais, orçamento e ‘reserva do possível’. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 151.

¹² BARCELLOS, Ana Paula. Ob., cit., p. 236.

¹³ SCAFF, Fernando Facury. Ob., Cit., p. 151.

- ¹⁴ “Impossibilidade técnica existe, por exemplo, quando se requer a distribuição geral e gratuita de um medicamento ainda em fase experimental. O remédio existe, mas não é produzido em escala industrial (está em fase experimental). Não é produzido porque não se sabem ainda os resultados de sua aplicação a todas as populações. Há escassez quando o nível de produção industrial, embora existente, não é suficiente para garantir a todos. Assim, há escassez quando se verifica que um determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos (ou tratamento) ou mesmo que exigirá o corte de outras despesas em outras áreas”. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 162.
- ¹⁵ “Desse modo, diferentemente dos direitos de defesa, os direitos a prestações são geralmente carecedores de eficácia se não houver uma concretização legislativa, visto que eles dependem da existência de recursos públicos e de condições materiais para a satisfação objetiva de todas as pretensões ligadas ao equilíbrio material na distribuição e redistribuição de recursos”. In: CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 176.
- ¹⁶ CALIENDO, Paulo. Ob., cit., p. 176.
- ¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de, Ob., cit., p. 262-263.
- ¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237-238.
- ¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula. Ob., cit., p. 238.
- ²⁰ BARCELLOS, Ana Paula. Ob., cit., p. 238. Sobre o assunto vide: HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. The cost of rights-why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton and Company, 1999.
- ²¹ Sobre o assunto vide: PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais: Proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. In: Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.º 5, p. 67-80, outubro/2009.
- ²² BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 238.
- ²³ Essa expressão é usada por Flávio Galdino em Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Lumen Juris, 2005.
- ²⁴ Nesse sentido, Victor Abramovich e Victor Courtis: “Como hemos dicho, entre los denominados derechos “civiles y políticos” y los derechos “económicos, sociales y culturales” existe un continuum estructural, de modo que las supuestas diferencias entre ambos no constituyen más que diferencias de grado o, a lo sumo, diferencias que radican en el peso simbólico de algunas obligaciones del Estado (en especial, las obligaciones de hacer) cuando se trata de describir los rasgos característicos de un derecho”. In: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles. Madrid: Trotta, 2002, p. 1. (Grifo nosso).
- ²⁵ PORT, Otávio Henrique Martins. Os Direitos Sociais e Econômicos. E a discricionariedade da administração pública. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 21.
- ²⁶ “[...] o Estado é incapaz de concretizar todos os direitos, vez que seus recursos são escassos. Assim, é impositivo ao Estado tomar decisões acerca de quais direitos proteger e de quais direitos não proteger ou preservar inadequadamente. Dessa maneira, os direitos podem ser considerados como os interesses altamente valorados pela sociedade e pelo Estado num dado momento histórico, que, por essa razão, decidem alocar recursos financeiros para proteger e concretizar esses direitos. Isto significa que o momento histórico, os valores culturais, os anseios da sociedade e também a disponibilidade financeira do erário público vão determinar quais direitos serão protegidos em detrimento de outros, que serão sacrificados. Então, percebe-se que a concretização e o sacrifício de direitos dependem de escolhas públicas e políticas. Com efeito, a distribuição e o montante de recursos disponibilizado a determinados setores irão determinar quais direitos serão concretizados e quais serão sacrificados ou não efetivados da maneira ideal. Há um espaço livre de conformação na definição da forma e da medida em que os direitos serão concretizados pelo Estado. [...] Assim, devido à escassez de recursos e a limitada disponibilidade financeira, o Estado é incapaz de atender a todos os anseios da sociedade e de concretizar e efetivar todos os direitos. Por conseguinte, as escolhas políticas são trágicas, haja vista que a decisão de alocar recursos para determinados setores implicará, consequentemente, a efetivação de alguns direitos fundamentais em detrimento de outros direitos fundamentais. Portanto, a concretização e efetivação dos direitos envolvem escolhas políticas trágicas, devendo o Estado, seja na figura do legislador, de membro do executivo ou de magistrados, sopesar os direitos fundamentais em risco quando no processo decisório de qual direito concretizar e qual sacrificar. Isso importa que direitos fundamentais só podem ser sacrificados se estiverem em jogo outros direitos fundamentais de igual ou de maior valor e necessidade atual”. In: MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 17, janeiro-março. São Paulo: RT, 2009, p. 163-164. Sobre o assunto, vide: HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights-why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999; e autores como Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos e Flávia Piovesan.
- ²⁷ SOARES, Inês Virginia Prado. Direitos fundamentais sociais e Execução Orçamentária: reflexões sobre a teoria da reserva do possível numa perspectiva constitucional, p. 27. Artigo não publicado.
- ²⁸ SOARES, Inês Virginia Prado. Ob., cit., p. 27.
- ²⁹ Os direitos não são absolutos em razão de sua própria estrutura normativa. Não há hierarquia entre os direitos

fundamentais uma vez que representam princípios (valores) constitucionais que convivem em harmonia no plano abstrato e se encontram no mesmo patamar jurídico. Porém, no caso concreto pode haver a colisão entre direitos fundamentais. Sobre esse assunto, ver: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328-338.

³⁰ O autor Anderson Rosa Vaz utiliza a expressão ‘reserva do financeiramente possível’ para distingui-lo do termo ‘reserva do possível’ apresentando a seguinte explicação: “Parece importante, em primeiro lugar, distinguir reserva do possível de reserva do financeiramente possível. Aquela é gênero do qual esta é espécie. Enquanto a reserva do possível diz respeito a todos os eventos formais ou materiais que impedem a concretização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a reserva do financeiramente possível faz referência apenas à eventuais limites orçamentários do Estado.

Vejam os seguintes exemplos: se em homenagem ao direito à saúde, o cidadão pleiteia um determinado tratamento médico que ainda não está disponível nem na rede pública, nem na rede privada. Ou uma ação pleiteando a distribuição de um medicamento importado que não é mais fabricado. A concretização desse direito invocado é impossível. Está-se, assim, diante de uma reserva do possível. Se para privilegiar o direito à educação pleiteia-se perante o Judiciário que este determine ao Poder Público a construção de escolas, fixando prazo em poucos dias para o cumprimento da obrigação, também se verificará a reserva do possível, já que o Poder Público, por mais que disponha de orçamento, não pode fazer uma escola surgir do nada e funcionar em alguns dias.

A reserva do possível é plenamente aceitável em hipóteses determinadas, já que, por vezes, é impossível dobrar a natureza ou as contingências da vida, mesmo em nome dos direitos humanos.

Outra coisa é a invocação da reserva do financeiramente possível.

O argumento, aqui, é um só: não existem recursos financeiros disponíveis à efetivação dos direitos humanos. É o caso do cidadão que pleiteia medicamento já disponível no mercado, mas ainda não disponível na rede pública. Para eximir-se de sua responsabilidade, o Estado alega que não tem recurso disponível para a aquisição desse medicamento específico. Está, então, diante da cláusula da reserva do financeiramente possível. Esta cláusula, de difícil aceitação, vem tendo reconhecimento perante os tribunais pátrios”. In: VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 17, nº. 66, janeiro-março. São Paulo: RT, 2009, p. 28-29.

³¹ MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, janeiro-março, nº.

66, São Paulo: RT, 2009, p. 162-163.

³² PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 107.

³³ “Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra.

A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos (Elster, 1992, p. 21-22)”. In: AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? *Direitos Fundamentais, orçamento e ‘reserva do possível’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87-88.

³⁴ “Cada Estado – parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (Art. 2º., 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

³⁵ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.

³⁶ LIMA JÚNIOR, Ob., cit., p. 105.

³⁷ Ingo Sarlet comenta também a cláusula de proibição de retrocesso: “Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões. Com efeito, desde logo se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais, constituem uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso pelo menos nestas hipóteses.” In: SARLET, Ingo. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 jan. 2010. Artigo publicado no Mundo Jurídico (<<http://www.mundojuridico.adv.br>>) em 12 de julho de 2005.

³⁸ “Não sendo o caso de detalhar (pelo menos nesta quadra da exposição) ainda mais a íntima e evidente conexão entre dignidade da pessoa e segurança jurídica, importa, todavia, registrar que um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente. Neste sentido, constata-se que segurança jurídica implica sempre um certo grau de proteção da confiança, o que, a despeito de não constituir nenhuma novidade, não dispensa algumas considerações adicionais, já que cuida-se de dimensão carente de maior desenvolvimento entre nós e que, além disso, guarda direta ligação com a temática da proibição de retrocesso”. In: SARLET, Ingo. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 jan. 2010. Artigo publicado no Mundo Jurídico (<<http://www.mundojuridico.adv.br>>) em 12 de julho de 2005.

³⁹ “Em se levando em conta que a proibição de retrocesso social, por não se tratar de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na lógica do tudo ou nada (na esteira das lições de Dworkin, Alexy e Canotilho), aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, desde logo e por evidente, sua supressão pura e simples. Com efeito, neste contexto, vale reproduzir a lição de Gomes Canotilho, ao sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais, já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente autorreversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado. Muito embora tal concepção possa servir como ponto de partida para a análise da problemática do alcance da proteção contra o retrocesso em matéria de direitos sociais, não nos parece dispensável algum tipo de aprofundamento, notadamente no que diz com a vinculação do problema às noções de dignidade da pessoa e segurança jurídica [...]”. In: SARLET, Ingo. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 jan. de 2010. Artigo publicado no Mundo Jurídico (<<http://www.mundojuridico.adv.br>>) em 12 de julho de 2005.

⁴⁰ SARLET, Ingo. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. I, nº. 04, Julho de 2001, Salvador, Bahia, p. 14.

⁴¹ O princípio da proibição de retrocesso social não é um princípio expresso na Constituição Federal de 1988, contudo, decorre do próprio ordenamento jurídico constitucional, como podemos verificar, de modo implícito, no artigo 60, parágrafo 4º., inciso IV da CF/88, quando disciplina que não será objeto de deliberação emenda tendente a abolir

os direitos e as garantias individuais. Ressalta-se que as conquistas sociais auferidas pela sociedade e incorporadas pela Constituição Federal por causa de seu alto grau de relevância social e transformadas em princípios e normas constitucionais não podem ser abolidas ou minimizadas pelo Administrador Público ou pelo próprio legislador constitucional derivado, caracterizando-se como um verdadeiro direito subjetivo negativo na medida em que o Estado deve se abster de qualquer tentativa de atentar contra ele.

⁴² SARLET, Ingo. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 jan. 2010. Artigo publicado no Mundo Jurídico (<<http://www.mundojuridico.adv.br>>) em 12 de julho de 2005.

⁴³ PORT, Otávio Henrique Martins. Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da administração pública. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 107.

⁴⁴ “Os mínimos sociais, expressão escolhida pela Lei nº. 8.742/93, ou mínimo social (social minimum), da preferência de John Rawls (A Theory of Justice. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 370), entre outros, ou mínimo existencial, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão, ou direitos constitucionais mínimos, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram também o conceito de cidadania. Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Despe-se o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, me sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social”. In: TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 266-267.

⁴⁵ PORT, Otávio Henrique Martins. Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da administração pública. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 107.

⁴⁶ DUARTE, Clarice Seixas. A Educação como um direito fundamental de natureza social. Revista Educação & Sociedade. Vol. 28, nº. 100, Campinas, outubro de 2007. A autora extraiu referida observação de Comentário Geral nº. 3, 1990, apud Steiner & Alston, 1996, p. 284.

⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. Teoria dos Direitos Fundamentais.

Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 284-285. Ingo Sarlet afirma que a todos os direitos fundamentais se impõem “a maximização da eficácia e efetividade”. In: SARLET, Ingo. Algumas Considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, nº. 10, janeiro de 2002, Salvador, p. 9.

⁴⁸ SARLET, Ingo. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, nº. 04, Julho de 2001, Salvador, Bahia, p. 15.

⁴⁹ SARLET, Ingo. Ob., cit., p. 15.

⁵⁰ LIMA JÚNIOR. Ob., cit., p. 100.

⁵¹ SARLET, Ingo. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. I, nº. I, abril de 2001, p. 109.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2009, p. 220.

⁵³ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 179.

⁵⁴ O retrocesso social, é vedado em nosso ordenamento jurídico, em razão de nosso Estado adotar o regime social. Todas as conquistas sociais de nossa sociedade e que foram recepcionadas pelo nosso ordenamento jurídico constitucional são protegidas e não podem ser retiradas de nossa Constituição, é a chamada vedação de retrocesso social. O Estado só pode retroagir, em matéria de direitos sociais, quando provar que utilizou o máximo de recursos disponíveis e não atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

⁵⁵ CALIENDO, Paulo. Ob., cit., p. 177.

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? *Direitos Fundamentais, orçamento e ‘reserva do possível’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos

fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DUARTE, Clarice Seixas. A Educação como um direito fundamental de natureza social. *Revista Educação & Sociedade*. Vol. 28, nº. 100, Campinas, outubro de 2007.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights-why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, janeiro-março, nº. 66, São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Reserva do Possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição*. Trabalho publicado nos Anais do

CONPEDI, realizado em Brasília-DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais: Proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, nº. 5, p. 67-80, outubro/2009.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos. E a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005.

SARLET, Ingo. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 16 jan. 2010. Artigo publicado no Mundo Jurídico (<<http://www.mundojuridico.adv.br>>) em 12 de julho de 2005.

SARLET, Ingo. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, nº. 04, Julho de 2001, Salvador, Bahia.

SARLET, Ingo. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. I, nº. I, abril de 2001.

SARLET, Ingo. Algumas Considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, nº. 10, janeiro de 2002, Salvador.

SCAFF, Fernando Facury. Sentença aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos fundamentais sociais e Execução Orçamentária: reflexões sobre a teoria da reserva do possível numa perspectiva constitucional*. Artigo não publicado.

STF, ADPF45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU publicado em 4/5/2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 17, nº. 66, janeiro-março. São Paulo: RT, 2009.

ANOTAÇÕES SOBRE A ZONA DE AMORTECIMENTO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL

Ricardo Magalhães de Mendonça¹

Artigo recebido em 05/04/2011

Artigo aprovado em 10/06/2011

RESUMO: O presente artigo trata de alguns aspectos relativos à zona de amortecimento das unidades de conservação de proteção integral, regulada na Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação (SNUC), tais como as restrições ao exercício do direito de propriedade e sua conformação aos escopos das unidades de conservação, forte no microsistema constitucional de tutela ao meio ambiente.

Palavras-chave: Zona de amortecimento. Direitos Fundamentais. Direito Ambiental. Princípio da precaução. Unidades de Conservação (UCs).

ABSTRACT: The present article discusses some aspects of the buffer zone of conservation areas of full protection, regulated by Law nº 9.985, of July, 18, of 20th, that provided the national system of conservation areas, such as the restrictions at the exercise the right of property and its compliance to the scopes of conservation areas, as a result of constitutional micro system concerning environment

Keywords: Buffer zone. Fundamental Rights. Environmental Law. Precautionary principle. Conservation Areas (CAs).

1 Introdução: A feição constitucional do direito ambiental

Primeiramente, de se enunciar, segundo pesquisa na literatura, a escassez de trabalhos

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará e Procurador da República em Sobral/CE.

acadêmicos e referências bibliográficas científicas acerca desse específico, mas não menos importante, ponto do Direito Ambiental.

Baseado na compreensão de que a higidez do meio ambiente é uma necessidade para o bem estar social das presentes e futuras gerações, a Carta Magna conferiu-lhe o *status* de direito fundamental, como se discorrerá neste tópico.

Mais precisamente, segundo a catalogação histórica dos direitos fundamentais, o direito ao meio ambiente hígido é compreendido como um direito de terceira geração, onde se agrupam aqueles direitos de feição transindividual, inspirados pela ideia de fraternidade e solidariedade, que devem reger as relações entre o Estado e a sociedade².

Assim assinalou com precisão Walter Claudius Rothenburg: “O reconhecimento mais recente do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental - dito, então, de terceira geração, ou, melhor, “dimensão”- tem sido pacífico. Na Constituição Brasileira de 1988 poderia ser tido como um direito fundamental fora de catálogo, não fosse mais simples e direto reconhecer que o catálogo dos direitos fundamentais não se esgota no art. 5º ou que este, ao consagrar expressamente a função social da propriedade (ou, em primeiríssima derivação, a dignidade), já contém implícita a referência ao ambiente”³.

Questões que antes se colocavam contra a fundamentalidade desse direito de feição coletiva hoje não mais se põem nos mesmos termos ou, pelo menos, com a mesma força e intensidade. Com a densidade e profusão das regras e princípios relativos ao direito ambiental na Carta Magna, não resta mais qualquer dúvida acerca da distinção da tutela do meio ambiente no âmbito constitucional.

Com efeito, em vários pontos da Constituição Federal de 1988, pinçamos dispositivos que vinculam ou condicionam o exercício de algum direito, em alguma medida, à observância das normas ambientais. Exemplo disso figura a defesa do meio ambiente como princípio norteador da ordem econômica, tal como dispõe o art. 170, VI; bem assim a exigência de realização de estudo

de impacto ambiental para a implementação de atividades que envolvam potencial degradação ambiental (art. 225, § 1º, IV).

Para Paulo de Bessa Antunes, “A CF, por força do art. 1º, III, erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da nossa República. Isto significa que, do ponto de vista jurídico-ambiental, o constituinte originário fez uma escolha indiscutível pelo chamado antropocentrismo, ou seja, entendeu que o Ser Humano é o centro das preocupações constitucionais e que a proteção do meio ambiente se faz como uma das formas de promoção da dignidade humana”⁴.

Por sua vez, segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, as de respeito ao direito de propriedade e as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, à toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através desta, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida humana⁵.

O fato de consistir, no entendimento da doutrina majoritária, num direito instrumental não lhe retira a importância e a fundamentalidade, pois talvez seja um dos direitos que melhor garante, no plano empírico e não apenas dogmático, a saudável qualidade de vida da humanidade⁶.

2 Princípios da precaução e prevenção. Um *link* com a tutela jurisdicional diferenciada dos direitos ambientais

O Direito Ambiental estruturou-se com base em princípios específicos. Poderíamos enumerar alguns, mas nenhum deles é tão revelador de sua peculiar feição como o são a **precaução** e a **prevenção**.

O princípio da **precaução** tem íntima relação com a exigência constitucional do procedimento de licenciamento ambiental das obras potencialmente lesivas ao meio ambiente. A ideia de precaver-se ante os possíveis impactos causados ao meio impõe ao empreendedor o dever de realizar estudos descrevendo, com a maior amplitude possível, quais os possíveis danos causados pela atividade que deseja implantar e as medidas de mitigação, com vistas a reduzir os impactos e compensar eventuais danos ambientais. Na prática, os estudos evidenciam o custo-benefício do empreendimento, suas vantagens e riscos.

Trazendo notícia histórica acerca do referido princípio, Paulo de Bessa Antunes aduz que “na sua formulação original, o princípio estabelecia que a precaução era desenvolver em todos os setores da economia processos que reduzissem significativamente as cargas ambientais, principalmente aquelas originadas por substâncias perigosas”⁷.

Sobre outro ângulo, a precaução representa uma análise das variantes do empreendimento, um perquirimento sobre os seus principais aspectos. Avançando nos exames pertinentes a esse princípio, podem ser estudadas as alternativas ao empreendimento e ponderados os impactos causados por cada uma delas, para fins de se decidir sobre sua autorização.

Registre-se que a avaliação procedida com base na precaução pode ser feita por meio do prognóstico. As hipóteses alcançadas com base nos estudos, ainda que não comprovadas rigorosamente pela ciência, podem fundamentar as escolhas. Este é um dos caracteres peculiares do princípio da precaução. Segundo outra exegese do mesmo princípio, o ônus da prova em matéria de dano ambiental é invertido, ou seja, compete ao empreendedor ou beneficiário da atividade impactante comprovar que esta não acarreta danos ou impactos de grande monta. A sociedade e o Estado estão dispensados de comprovar cientificamente tais perspectivas⁸.

Consectário desse princípio está na impossibilidade de as atividades impactantes serem levadas a cabo quando se desconhecem cientificamente os efeitos adversos por ela cau-

sados. Essa intelecção ou vertente do princípio está claramente incorporada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio/92, em seu princípio 15, conforme assinala Gabriel Wedy.⁹

Por sua vez, o princípio da **prevenção** diz respeito à adoção de políticas e medidas para se conter ou minorar os danos ou impactos ambientais causados por determinada atividade ou empreendimento.

Consoante anota Celso Antônio Pacheco Fiorillo, a Carta Magna adotou expressamente o princípio da prevenção quando, em seu art. 225, *caput*, impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações¹⁰. Tal princípio tem matriz na constatação de que os bens ambientais dignos de tutela são irrecuperáveis após a perpetração do dano ambiental. Daí a razão primacial para a tutela preventiva desses bens.

A escassez e a irreversibilidade dos danos ambientais são razões mais que suficientes para o enfoque preventivo da tutela jurisdicional aplicada ao Direito ambiental. Cotidianamente, o Poder Judiciário tem exercido o poder geral de cautela nas lides ambientais para fins de impedir a perpetração de danos tanto causados pelos particulares, quanto pelo próprio Estado, que tem se notabilizado como um dos principais degradadores, contrariando sua missão constitucional.

Neste tocante, os novos instrumentos do processo civil, tais como a tutela inibitória, apresentam-se como importantes ferramentas da atividade jurisdicional. Se outrora o processo era eminentemente um instrumento de reparação dos danos, através de seus institutos de nítido viés ressarcitório, hodiernamente, em face da Carta Cidadã, a qual conferiu máxima eficácia à tutela jurisdicional dos direitos (art. 5º, XXXV, da C.F), o processo civil foi dotado de modernas técnicas que, ao ensejo da instrumentalidade do processo, se adéquam com melhor precisão ao direito material em litígio¹¹.

Destaca, a propósito, Marcelo Buzaglo Dantas que “de fato, na maior parte das vezes, o dano ambiental, uma vez causado, é de difícil

reparação. Pense-se, por exemplo, na devastação de grandes áreas de vegetação de preservação permanente, ou no aterramento de rios ou lagos, na poluição de lagoas, na mortandade de peixes ou espécimes da fauna silvestre. São todas hipóteses em que ganha corpo o estudo da tutela jurisdicional de urgência em matéria de meio ambiente, com vistas a impedir a ocorrência do prejuízo e mesmo do ilícito (inibitória), ou, ainda, caso o mesmo já tenha se iniciado, cessar a prática da conduta que lhe deu origem”¹².

3 Visão geral do sistema nacional de unidades de conservação e seus escopos

Para dar suporte à conservação dos espécimes da fauna e flora brasileira, a C.F/88, em seu art. 225, § 1º, III, determinou a criação de espaços territoriais sujeitos à especial proteção em todas as unidades da Federação. Referida norma veio a ser regulamentada pela Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação (SNUC).

As unidades de conservação são parcelas do território nacional afetadas especialmente pelo Estado com vistas à preservação de espaços naturais por seu valor inquestionável. A criação dessas unidades está vocacionada ao alcance de objetivos bem definidos, desde o resguardo da biota ou fauna até a realização de pesquisas científicas.

Segundo a Lei nº 9.985, conforme se insira num ou noutro grupo, a espécie de unidade de conservação está sujeita a um maior ou menor grau de intervenção humana. Assim, o primeiro grande grupo abrange as unidades de proteção integral, quais sejam, estação ecológica, reserva biológica, parque nacional, monumento nacional e refúgio da vida silvestre; enquanto o segundo, as unidades de uso sustentável, a saber, área de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reserva extrativista, reserva de fauna, reserva de desenvolvimento sustentável e reserva particular do patrimônio natural.

Notadamente, consoante se deduz da própria definição, as unidades de proteção integral

possuem restrições mais severas no que diz respeito ao manejo e exploração dos recursos naturais (fauna e flora) nela presentes (art. 7º, §1º). Apenas o seu uso indireto é possível. Já as unidades de uso sustentável permitem a exploração de parcela desses recursos, desde que tal se dê de forma racional e compatível com a vocação da unidade (art. 7º, §2º).

Como se enunciou linhas atrás, a finalidade precípua da instituição e manutenção de uma unidade de conservação é proteger atributos especiais em cada uma das Unidades da Federação. Conforme a espécie de unidade de conservação, o escopo pode ser a preservação da beleza cênica, das espécies peculiares da fauna e flora, a educação ambiental, a realização de pesquisas científicas, dentre outros.

Segundo aduz Antônio Herman Benjamin: “Já observamos acima que um dos pressupostos para a caracterização legal de uma unidade de conservação é sua relevância natural. Adiantamos que tal exigência não quer, como já foi no passado, dizer, de forma exclusiva, riqueza paisagística ou particularidade notável. Dentre outros, quatro critérios sociobiológicos - nem sempre cumulativos - devem ser utilizados na escolha da localização, modalidade e extensão territorial de uma unidade de conservação: alta diversidade de espécies e *habitats*, elevado endemismo, alta sensibilidade à pressão humana e elevado nível de *stress*”¹³

4 Zona de amortecimento das unidades de conservação de proteção integral

A zona de amortecimento consiste num espaço territorial contíguo à unidade de conservação, onde as limitações administrativas são exercidas com o fito de minimizar os impactos produzidos na área externa da unidade (art. 2º, XVIII, Lei do SNUC).

Seria uma espécie de zona de transição entre a área externa antropizada, cujas atividades e intervenções humanas são desenvolvidas sem maiores rigores, e a unidade de conservação de proteção integral, nas quais vige a máxima limitação ao direito de propriedade¹⁴.

Para Antônio Herman Benjamin “O objetivo principal da zona de amortecimento é a minimização dos impactos negativos do entorno sobre as unidades de conservação. Por isso mesmo, sua dimensão varia, conforme a natureza jurídico-biológica da unidade em questão, as peculiaridades do local e a complexidade do quadro socioeconômico circundante”¹⁵.

Essa peculiaridade está realçada no art. 49 deste Diploma que considerou a área de uma unidade de conservação de proteção integral e sua zona de amortecimento, após definida formalmente, zona rural para todos os efeitos legais.

Ressalvadas a área de proteção ambiental e a reserva particular do patrimônio natural, todas as unidades de conservação devem possuir uma zona de amortecimento. Os limites desta zona podem ser definidos no ato de criação da unidade respectiva ou em norma posterior. Impende registrar que, diante da prefalada afetação da zona de amortecimento à UC, cabe ao gestor desta estabelecer regras sobre a ocupação e uso dos recursos naturais da zona de amortecimento (art. 25, *caput*, e parágrafos).

De todo relevante realçar que, ainda que as atividades impactantes ocorridas na área externa da unidade de conservação sujeitem-se a licenciamento ambiental perante órgão ambiental de esfera distinta à qual pertence a UC, as obras devem ser autorizadas previamente pelo gestor desta unidade, desde que tais atividades situem-se dentro de sua zona de amortecimento ou de sua área de influência (art. 36, § 3º)¹⁶.

4. 1 Necessidade de regulação das atividades desenvolvidas na zona de amortecimento e o princípio da precaução. Competências administrativas simultâneas.

Tenha-se em mente que o exercício das atividades humanas dentro e no entorno de uma unidade de conservação devem estar jungidos aos seus objetivos, sob pena de se subverter a ordem das coisas, impulsionando-se a conservação da natureza aos critérios e conveniências do desenvolvimento econômico¹⁷. Esta é a melhor exegese do art. 225, § 1º, III, da C.F.

No particular, a exemplo do que ocorre com a unidade de conservação, as restrições a serem empregadas na zona de amortecimento serão traçadas no plano de manejo respectivo, que, na definição do art. 2º, XVII, do SNUC, é... “o documento técnico mediante o qual, com fundamentos nos objetivos gerais de uma Unidade de Conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”.

Impende ressaltar, contudo, que as restrições impingidas ao particular não vão a ponto de anular o núcleo central do seu direito de propriedade, afetando a substância dos seus três elementos, quais sejam, o uso, gozo e disposição. Se assim fosse, seria caso de desapropriação dessas propriedades. Exemplo marcante é o caso das propriedades localizadas no interior da unidade de proteção integral. Uma vez que a restrição ocorre de forma direta e substancial no núcleo daquele direito, impedindo o seu titular de usá-la conforme as suas potencialidades, impõe-se a desapropriação de todas estas, nos termos do art. 11, § 1º, da Lei do SNUC.

Segundo Paulo de Bessa Antunes, “É importante observar que, necessariamente, as restrições de uso e aproveitamento de recursos naturais na zona de amortecimento e nos corredores ecológicos deverão ser menores do que aquelas vigentes na própria unidade de conservação, pois, do contrário, tais áreas deveriam integrar a própria unidade de conservação”¹⁸.

As limitações¹⁹ apenas visam restringir de uma forma menos profunda os direitos incidentes sobre as propriedades que se encontram na zona de amortecimento da unidade de conservação, harmonizando-os com os seus escopos, por reconhecer que os impactos do exercício indevido e exacerbado de tais direitos podem afetar diretamente os seus atributos.

Ao diferenciar a desapropriação, modalidade onde vige em sua máxima expressão a supremacia do interesse público, das demais espécies de intervenção estatal, José dos Santos Carvalho Filho leciona que “a intervenção restri-

tiva é aquela em que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la do seu dono. Este não pode utilizá-la a seu exclusivo critério e conforme seus próprios padrões, devendo subordinar-se às imposições emanadas pelo Poder Público, mas, em compensação, conservará a propriedade em sua esfera jurídica”²⁰.

Feitas essas considerações, reputamos presente o substrato fático e o embasamento jurídico para a aplicação do princípio da precaução para a regulação das atividades a serem desenvolvidas na zona de amortecimento.

Com efeito, decorre de tal princípio o poder-dever do ente gestor da unidade de conservação examinar minudentemente os aspectos de empreendimentos para fins de avaliar sua compatibilidade com os escopos da unidade, independentemente do juízo de valor formulado pelo licenciador ambiental.

Trata-se de ato administrativo complexo, onde se conjuga a análise do gestor da UC à avaliação do órgão com competências para o licenciamento do empreendimento, sendo o primeiro ato pressuposto ou condição para a expedição das licenças cabíveis²¹.

De resto é de se reconhecer que na hipótese de obras ou empreendimentos na zona de amortecimento, a necessária junção de dois atos administrativos provenientes de esferas distintas atende em melhor dimensão o princípio da precaução, porquanto contribui para uma maior garantia de proteção aos bens ambientais, respeitando-se a vontade do Constituinte.

5 Estudo de caso: Parque Nacional de Jericoacoara

Em caso submetido a nossa apreciação foram postos em conflito o exercício do poder legislativo local e o poder de regulamentação do gestor da unidade de conservação.

Na espécie figurava a Lei do Município de Jijoca de Jericoacoara/CE, que, ao ensejo de instituir plano diretor urbano daquela urbe, incrementava a realização de empreendimentos

em área localizada dentro da área de entorno²² do Parque Nacional de Jericoacoara, criado por Decreto presidencial de 4 de fevereiro de 2002, e localizado naquela mesma cidade.

A citada norma possibilitou o aumento do número de pavimentos das construções e da taxa de ocupação dos terrenos, incentivando a especulação imobiliária e o maior adensamento daquela área de difícil e frágil feição ambiental. Inexoravelmente, o aumento da capacidade de ocupação implica em impacto direto naquela unidade de conservação integral.

Todavia, havia o entendimento da diretoria do Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade- ICMbio de que, nas unidades de conservação contíguas a conglomerados urbanos, a ocupação da zona de amortecimento respectiva seria regulada pelo plano diretor urbano, e não pelo plano de manejo da UC.

Tal panorama motivou a expedição de Recomendação²³ à presidência do ICMbio para que o plano de manejo em vias de conclusão viesse a regulamentar aspectos referentes à ocupação e ao manejo dos recursos da futura zona de amortecimento, inclusive limitando a taxa de ocupação dos imóveis, forte na necessidade de acautelamento da unidade face os efeitos deletérios de um adensamento populacional.

6 Conclusões

Em arremate às ideias expostas neste trabalho, podemos estabelecer as seguintes conclusões:

O direito ao meio ambiente hígido é um direito difuso, por natureza transindividual, o qual, por relacionar-se intimamente à qualidade de vida do Ser Humano e com sua dignidade, deve ser compreendido como um direito fundamental.

O princípio da precaução fundamenta a análise da viabilidade do empreendimento potencialmente lesivo ao meio ambiente, inclusive através da inversão do ônus da prova dos danos ambientais, que deve ser atribuído ao empreendedor.

Por sua vez, o princípio da prevenção funda-se na irreversibilidade dos danos causados ao

meio ambiente (como regra), o que fundamenta e reforça a importância de mecanismos legais que propiciem uma tutela jurisdicional diferenciada, de matriz constitucional, com vistas a dissipação do perigo.

Os atributos especiais existentes em cada unidade de conservação autorizam o Poder Público a restringir o uso e manejo dos recursos ambientais, inclusive o direito de propriedade, tendo como fundamento a supremacia do interesse público.

A zona de amortecimento é essencial para o alcance dos objetivos da unidade de conservação ao qual está associada. Por tal razão, o gestor da UC possui competência para regular e restringir o exercício daquelas atividades e direitos também no que diz respeito à zona de amortecimento.

Por derradeiro, e talvez mais relevante contribuição do presente trabalho, pretende-se destacar uma proposta de aplicação diferenciada do princípio da precaução para as hipóteses de licenciamento de empreendimentos e atividades impactantes na zona de amortecimento ou área de influência da UC. Com efeito, a atuação conjunta do órgão ambiental licenciador e do gestor da unidade de conservação no licenciamento ambiental atenderia a uma dimensão mais protetiva do direito ao meio ambiente hígido, conformando-se ao princípio da precaução, tal como propugnado pela Constituição Federal.

Notas

² O Supremo Tribunal Federal reconheceu essa dimensão do Direito Ambiental expressamente no julgamento do MS 22.164-0 SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30.10.95, DJU 17.11.95.

³ A Constituição ecológica in *Desafios do direito ambiental no século XXI, Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*: Ed. Malheiros, p. 821/822.

⁴ *Direito ambiental*: Ed. Lumen Iuris, 11ª ed., p. 36.

⁵ *Curso de direito constitucional positivo*: Ed. Malheiros, 19ª ed., p. 822.

⁶ Nesse sentido Paulo de Bessa Antunes. *Direito ambiental*, p. 608.

⁷ Ob. cit., p. 28.

⁸ Neste sentido Paulo Affonso Leme Machado, valendo-se de substancial doutrina estrangeira. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 77.

⁹ O princípio constitucional da precaução como instrumento da tutela do meio ambiente e da saúde pública: Editora Fórum, 2009, p. 24. O citado autor arrola diversos outros documentos internacionais nos quais constam conclusões similares do referido princípio.

¹⁰ *Curso de direito ambiental brasileiro*: Ed. Saraiva, 4ª ed., p. 37.

¹¹ Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart in *Processo de conhecimento*: Ed. RT, 8ª ed., p. 444.

¹² *Tutela de urgência nas lides ambientais*: Ed. Forense universitária, p. 11.

¹³ O Regime Brasileiro de Unidades de Conservação, in *Revista de Direito Ambiental*, RT, vol. 21, p. 48.

¹⁴ Em idêntico sentido Paulo Affonso Leme Machado, ob. cit., p. 803.

¹⁵ Ob. cit., p. 51.

¹⁶ Como exemplo, se a atividade sujeita a licenciamento perante órgão ambiental estadual afetar, de alguma forma, unidade de conservação federal, impõe-se a anuência prévia do ICMBio como condição para a emissão das licenças ambientais.

¹⁷ Em sentido conforme a legitimidade das restrições, o TRF 1ª Região. *Apelação Cível Nº 2006.37.00.003636-0/MA*, rel. Des. Fed. Souza Prudente e o TRF 4º, na AC 200472040030349, Rel. Nicolau Konkel Jr. e *Apelação/Reexame necessário n. 2007.72.00.000996-0/SC*, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

¹⁸ Ob. cit., 593.

¹⁹ Inserimos o termo restrição em seu sentido lato. Na doutrina reina grande dissensão acerca da natureza das limitações (rectius restrições) impostas às propriedades contíguas a uma unidade de conservação. Por conta da singular incidência e gravame das restrições, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta o tombamento pelo patrimônio histórico e a declaração de área particular como reserva florestal como hipóteses de servidão, e não limitação administrativa. Embora o mestre publicista não haja manifestado-se expressamente quanto às unidades de conservação, as premissas de seu pensamento nos autorizam a concluir que, ao seu ver, a restrição específica sobre os bens localizados na zona de amortecimento constituiria servidão. (*Curso de Direito Administrativo*, p. 765). Tal diferença apresenta relevante interesse prático, porquanto nas hipótese de servidão, em regra, vige o dever do Estado indenizar o particular, ao contrário das simples limitações administrativas. No mesmo sentido parecem inclinar-se Maria Sylvia Zanella di Pietro in *Direito administrativo*: Ed. Atlas, 1993, pgs. 119/121 e o REsp n.154.686-SP, Rel. Min. Garcia Vieira. Já para José dos Santos Carvalho Filho, tratar-se-iam de limitações administrativas (*Manual de direito administrativo*: Ed. Lumen Iuris, 11ª ed, pgs. 635 e 645). Mas, colhendo-se os ensinamentos dos citados administrativistas, vemos que a caracterização não é tão simples. Isso porque as restrições quanto às UCs ora apresentam caracteres de simples limitações administrativas, por exigirem mera abstenção (um non facere) do proprietário, ora de servidão, porque de certa

forma podem onerar sobremaneira o imóvel, impedindo o particular de fruir todas as potencialidades econômicas do bem.

²⁰ Manual de direito administrativo: Ed. Lumen Iuris, 11ª ed, p. 631.

²¹ Registre-se que a recente Resolução Conama nº 428/2010 incorporou essa vertente, estabelecendo, em seu art. 2º, que a autorização deve ser conferida antes da licença prévia, tendo o gestor da UC o prazo de 60 (sessenta) dias para avaliar os estudos ambientais e formar seu convencimento.

²² Como na época ainda não havia plano de manejo, a área correspondente à zona de amortecimento denominava-se área de entorno, que cumpre o mesmo papel daquela. Adite-se que a área em questão situava-se dentro do raio de 10 km dos limites territoriais da UC, atendendo, então, os pressupostos que legitimavam sua proteção (área de influência). Calha assinalar, contudo, que o art. 1º, § 2º, da Resolução Conama nº 428/2010, indevidamente restringiu essa área, dispondo que, enquanto não definida formalmente a zona de amortecimento, a área de influência de uma UC, para tais fins, passaria a englobar o raio de 3km dos limites da unidade, com exceção de espécies reservas particulares do patrimônio natural, APA e núcleos urbanos consolidados

²³ Felizmente a recomendação foi acatada pelo ICM-Bio nos autos do procedimento administrativo nº 1.15.003.000131/2009-25, em trâmite na Procuradoria da República em Sobral/CE.

Referências

Antunes, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Ed. Lumen Iuris, 2008.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

Benjamin, Antônio Herman. *O regime brasileiro de unidades de conservação*. In: Revista de Direito Ambiental, vol. 21: Ed. RT, 2001.

Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Ed. Lumen Iuris, 2004.

Dantas, Marcelo Buzaglo. *Tutela de urgência nas lides ambientais*. Ed. Forense universitária, 2006.

Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. Ed. Saraiva, 2004.

Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

Marinoni, Luiz Guilherme; **Arenhart**, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

Pietro, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. Ed. Atlas, 1993.

Resolução CONAMA nº 428, de 17 de DEZEMBRO DE 2010. Brasília: Diário Oficial da União (DOU); 20 de Dezembro de 2010 [acesso em 04/04/2011]. Disponível em: <http://www.in.gov.br>

Rothemburg, Walter Claudius. *A Constituição Ecológica*. In: Kishi, Sandra Akemi Shimada; Silva, Solange Teles; Soares, Inês Virgínia Prado. *Desafios do Direito Ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo : Ed. Malheiros, 2005.

Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

Wedy, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento da tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Editora Fórum, 2009.

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Bruno Carneiro da Cunha Almeida¹

Artigo recebido em 18/11/2010

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar a responsabilidade civil do médico e dos estabelecimentos de saúde à luz das inovações alcançadas pelo Código de Defesa do Consumidor, sem esquecer, porém, das valiosas lições do Direito Civil acerca da responsabilidade civil. Assim, analisa-se a questão de forma crítica, avaliando as consequências práticas da incidência da legislação consumerista na relação médico-paciente.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Médica. Erro médico. Código de defesa do consumidor.

ABSTRACT: The scope of this article is to analyze the civil liability of medical and health establishments in the light of the innovations achieved by the Code of Consumer Protection, without, however, forget the valuable lessons of civil law regarding civil liability. Thus, it is analysed the issue critically assessing the practical consequences of the impact of legislation on consumerist doctor-patient relationship.

Keywords: Medical liability. Medical malpractice. Consumer protection code.

1 Introdução

O instituto da responsabilidade civil traz normas e princípios que regem o dever de indenizar. De fato, a reparação de prejuízos é indispensável para a pacificação social, o que evidencia a crescente importância do tema.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Monitor-bolsista da disciplina Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba. Estagiário do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

Assim, no campo da responsabilidade civil, perquire-se se determinada conduta enseja a obrigação de indenizar. Para tanto, faz-se necessária a análise de determinados requisitos, quais sejam, ação ou omissão voluntária, nexo causal, dano e culpa. Trata-se da responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela que depende, para sua configuração, da existência de culpa, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia.

Por outro lado, diante da busca do ordenamento jurídico para que todos os danos sejam reparados, a ordem legal inovou ao positivar a responsabilidade objetiva, a qual prescinde do requisito culpa para sua configuração. A partir da teoria do risco, noção apresentada pelo Código Civil italiano de 1942, entende-se que determinadas atividades resultam na exposição a um perigo, isto é, apresentam potencialidade de causar danos. Dessa forma, caso o autor do dano desenvolva atividades de risco, terá ele a obrigação de indenizar, independentemente de culpa.

Contudo, o notável doutrinador Sílvio de Salvo Venosa² adverte que “a teoria da responsabilidade objetiva não pode ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto enfocado pelo corrente Código”.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, legislação protetiva baseada no princípio da vulnerabilidade do consumidor, criou-se um sistema novo de responsabilidade civil, consagrando a responsabilidade objetiva do fornecedor, que responde independentemente de culpa pela prestação de serviços e circulação de produtos.

Dessa maneira, o consumidor passou a ser visto como parte hipossuficiente na relação de consumo, merecedor de proteção especial pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, emerge como relevante tema da responsabilidade civil a reparação por danos decorrentes do exercício da medicina, atividade destinada aos cuidados da vida humana, que “visa a prevenir os males e à melhoria dos padrões de saúde e de vida da coletividade”, segundo lição de Miguel Kfoury Neto³.

Desde os primórdios, o homem buscou encontrar meios para combater as doenças e

males que acometiam sua saúde. No passado, o médico era visto como sacerdote, que possuía poderes curativos sobrenaturais. Assim surgiu a arte médica, com a precípua finalidade de curar os males que agrediam a vida humana.

Com efeito, a medicina revela importância singular para a coletividade. De fato, a profissão continua revestida de romantismo, como atividade que lida intimamente com a vida humana.

Diante disso, mostra-se como relevante questão jurídica a reparação por danos causados por médicos no exercício da profissão. Apesar de bastante discutida na doutrina, a matéria apresenta novas perspectivas em face das inovações proporcionadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Assim, necessário amoldar os dispositivos contidos da legislação consumerista às peculiaridades da atividade médica, uma vez inconcebível tratar a saúde como mero bem de consumo.

A propósito, sábias são as palavras de Luis Martínez-Calcerrada Gómez, citado por Miguel Kfoury Neto⁴:

“No exercício profissional da medicina, uma falha pode ter conseqüências irremediáveis, porque a vida que se perde é irrecuperável. Por respeito à dignidade do ser humano, a relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente deverá estar sempre impregnada de humana consideração pelo semelhante e pelos valores espirituais que ele representa. Assim, a função médica encerra, muito mais que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte.”

Destarte, essencial observar o lado humano do médico, que vive em constante aflição ciente de que qualquer equívoco, por menor que seja, pode significar a perda de uma vida humana.

Ademais, faz-se necessário examinar não apenas a responsabilidade pessoal dos médicos, mas, sobretudo, a situação dos estabelecimentos médicos que prestam serviços de saúde.

Percebe-se, portanto, a problemática do tema em relevo, que traz implicações não apenas jurídicas, mas também de ordem moral e

sociológica, impondo-se grande sensibilidade aos operadores do direito para uma adequada aplicação do ordenamento jurídico, a fim de realizar justiça.

2 Atividade médica: obrigação de meio

Inicialmente, para uma adequada compreensão do tema em análise, importante estabelecer a distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado, enquadrando a atividade médica segundo este critério.

Na obrigação de meio, há um comprometimento que se refere aos meios empregados para a realização de determinada atividade. Limita-se, portanto, ao compromisso de utilizar conhecimentos específicos e práticas recomendadas, com máxima diligência a fim de realizar o objetivo pretendido, sem garantia de que a finalidade será alcançada.

Desta feita, a obrigação de meio não assegura o resultado, tendo em vista a impossibilidade de se garantir a realização do fim a que se destina. Logo, haverá inadimplemento da obrigação apenas quando a atividade não for desempenhada com a diligência e o cuidado devidos.

Ao revés, na obrigação de resultado, o devedor se compromete a atingir determinado fim, assegurando o efetivo cumprimento do objeto pactuado. São exemplos deste tipo de obrigação diversos contratos de prestação de serviços, tais como o conserto de um veículo, a construção de um prédio, etc.

O ilustre doutrinador Washington de Barros Monteiro⁵, distingue com clareza:

“nos contratos de meio, o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir com prudência para atingir a meta colimada pelo ato; na obrigação de resultado, obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo.”

Em geral, a atividade médica deve ser encarada como obrigação de meio, uma vez que o médico se compromete a tratar o paciente com máxima diligência, utilizando todo o conheci-

mento científico de que dispõe. Porém, não se obriga a curar o enfermo, mesmo porque a efetiva cura não depende apenas do profissional, mas também de fatores externos.

Contudo, há situações em que a obrigação do médico será de resultado, como nas cirurgias estéticas. Em tais casos, o paciente não se encontra doente, assim, a cirurgia estética tem por fim corrigir problemas na aparência do paciente, tendo finalidade embelezadora. Por tal motivo, em procedimentos cirúrgicos de tal natureza, o que interessa ao paciente é o resultado consistente na melhoria da sua aparência física.

Ademais, pode-se afirmar que exames laboratoriais implicam também obrigação de resultado, tendo em vista, principalmente, o elevado grau de sofisticação e precisão dos aparelhos tecnológicos destinados à realização de tais exames.

3 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

A partir da nova ordem constitucional, a proteção do consumidor se tornou princípio fundamental, constituindo-se ditame básico da ordem econômica. Diante da evolução capitalista precursora de uma sociedade de consumo caracterizada pela economia de massa, mostrou-se indispensável a efetiva tutela dos direitos dos consumidores, destinatários da imensa expansão industrial e comercial marcante no cenário econômico brasileiro.

Assim, com lastro na Constituição Federal, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11/09/1990), criando um microsistema jurídico que estabelece princípios inovadores acerca da relação de consumo.

Relação de consumo é definida, na dicção de Sérgio Cavalieri Filho⁶, como “relação jurídica contratual ou extracontratual, que tem numa ponta o fornecedor de produtos e serviços e na outra o consumidor”.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, nos arts. 2º e 3º, os conceitos de consumidor e fornecedor. Assim, “consumidor é toda

pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”⁷⁷. Por sua vez, “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”⁷⁸.

Ademais, a legislação consumerista também conceitua serviço, definindo-o como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”⁷⁹.

Diante dos conceitos legais acima delineados, resta examinar se a relação médico-paciente se enquadra como relação de consumo e, por conseguinte, deve ser analisada sob a ótica protcionista estabelecida no Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, a maioria dos autores vislumbra a relação médico-paciente como consumerista, considerando aplicável, portanto, as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, parte minoritária da doutrina defende a não-incidência da referida legislação à relação médico-paciente, considerando que tal diploma legal construiu um sistema de responsabilidade objetiva que não se coaduna com a atividade médica, tendo em vista a natureza singular do serviço.

Quanto ao tema, a jurisprudência pátria dominante considera aplicável o Código de Defesa do Consumidor à atividade médica, o que se exemplifica pelo julgado a seguir:

“RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. **APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.

I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14.

II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido.” (grifo nosso)

(STJ, REsp 731078 / SP, Terceira Turma, Relator Ministro Castro Filho, Julgamento: 13/12/2005, DJ 13/02/2006 p. 799)

Não obstante os entendimentos jurisprudenciais acima expostos, importa deparar a jurisprudência contrária, que se posiciona pela não-incidência do diploma consumerista. Inclusive, em recente julgamento na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 466730 / TO, julgado em 23 de setembro de 2008, decidiu-se que a relação médico-paciente não é de consumo, originando a seguinte ementa:

“AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PROCEDIMENTO MÉDICO. EXCLUSÃO NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

1 - A reparação do dano decorrente de cegueira total do olho direito em razão de procedimento cirúrgico de remoção de catarata teve por fundamento, “em aceitação de doutrina norte-americana, a inversão do ônus da prova, no caso de erro médico”. No entanto, a interpretação consumerista não se aplica à espécie, dado que a lide foi decidida sem a invocação protcionista da inversão probatória, visto não se tratar de relação de consumo.

2 - Recurso especial conhecido e provido.”

Na verdade, o paciente, ao buscar tratamento médico para a doença que lhe aflige, se mostra como o destinatário final do serviço de saúde prestado pelo médico. Ao mesmo tempo, tal profissional se revela como fornecedor, uma vez que desenvolve atividade de prestação de serviços. Dessa maneira, forçoso é reconhecer a natureza consumerista da relação médico-paciente.

Contudo, aplicando-se a legislação consumerista à atividade médica, é imprescindível

considerar a natureza especialíssima dos serviços prestados pelos médicos, eis que tal atividade apresenta características únicas ao lidar com as mais profundas angústias da vida humana.

De fato, nota-se que o Código de Defesa do Consumidor foi pensado para recuperar o equilíbrio entre as partes nos contratos de massa e impessoais. Nestes casos, o consumidor é claramente vulnerável, submetido a práticas de publicidade e *marketing* muitas vezes abusivas. Na prestação de serviços médicos, não há que se falar em tamanha hipossuficiência do paciente, que procura espontaneamente tratamento para sua enfermidade.

3.1 Inversão do ônus da prova

Como regra do direito processual brasileiro, cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I, CPC). Dessa maneira, a princípio, cabe ao paciente demonstrar que o médico agiu culposamente.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a possibilidade de inversão do ônus da prova a fim de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores. Frise-se que tal inversão deve ser ordenada pelo juiz quando verificar que a verossimilhança da alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente.

Nessa perspectiva, questiona-se sobre a possibilidade de, no erro médico, recair sobre o profissional o ônus de provar que agiu sem culpa, ou seja, com diligência, empregando os meios indicados pela ciência médica.

Sérgio Cavalieri Filho¹⁰ se mostra favorável à inversão, destacando que “não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus da prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor”.

Todavia, impõe-se bastante cautela ao se examinar a questão, eis que tal inversão implicaria em culpa presumida do médico, isto

é, caso o profissional não prove que agiu sem culpa, presumir-se-á que agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Percebe-se, portanto, as graves consequências da inversão ora em apreço, não sendo razoável impor tamanho encargo ao profissional, obrigando-o a produzir prova de fato negativo.

Neste sentido, expõe com propriedade Miguel Kfoury Neto, pronunciando-se nos seguintes termos:

“Portanto, revela-se palmar equívoco, em demandas indenizatórias ajuizadas em face de médicos, autorizar a inversão do ônus da prova, o que se faz, de costume, com respaldo no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, porque - como se procura demonstrar - é vedada por lei tal inversão, relativamente aos profissionais liberais.”

Por outro lado, deve-se ponderar que o médico, na maioria dos casos, possui maiores condições técnicas de produzir as provas a orientar o juízo, considerando seu conhecimento científico. Por isso, seria conveniente atribuir ao profissional a incumbência de trazer ao processo os elementos necessários à formação do convencimento do juiz. Porém, tal imposição pode ser alcançada caso o magistrado determine a produção de provas de ofício, ordenando que o médico ofereça determinada informação.

Argumenta-se, portanto, que a inversão do ônus da prova na responsabilidade médica tem o objetivo de suprir a deficiência técnica do paciente, que não dispõe do conhecimento científico necessário para demonstrar a culpa do médico. Entretanto, o meio adequado para preencher tal lacuna reside na prova pericial, que existe justamente para atender às situações em que se exige conhecimento especial técnico.

Ademais, necessário frisar que a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no diploma consumerista foi pensada no intuito de proteger o consumidor das práticas abusivas das empresas prestadoras de serviços de massa, o que não se aplica à prestação de serviços médicos.

Diante disso, não é razoável inverter o ônus da prova em ações que versem sobre responsa-

bilidade médica, uma vez que há outros meios mais adequados, igualmente capazes de produzir as provas necessárias para a obtenção da verdade dos fatos, evitando-se as consequências drásticas de eventual inversão, que acarreta a culpa presumida do médico, igualando a atuação médica à obrigação de resultado.

Sobre o tema, a jurisprudência é vacilante, sendo divergente o entendimento acerca da questão. Porém, constata-se a prevalência do posicionamento de que é cabível a inversão do ônus da prova. A título ilustrativo, deparam-se dois entendimentos contrários, provenientes do mesmo Tribunal:

“AGRAVO INTERNO (ART. 557, § 1º, DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A inversão do ônus probatório diz respeito à dificuldade a que está submetido o consumidor em demonstrar aquilo que alega, especialmente pela sua notória hipossuficiência técnica frente à própria matéria em primeiro grau debatida. Hipótese dos autos em que é evidente a relação de consumo, sendo **autorizada a inversão do ônus probatório**, nos termos do inciso VIII do art. 6º do CDC. Precedentes desta Corte. Negado provimento. Unânime.” (grifo nosso)

(TJRS, Agravo Nº 70027394170, Nona Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 17/12/2008)

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE DETERMINOU A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, NOS TERMOS DO ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC. RESPONSABILIDADE CIVIL A SER APURADA PELA TEORIA OBJETIVA. HIPÓTESE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. NÃO-APLICAÇÃO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.” (grifo nosso)

(TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70013642897, Décima Câmara Cível,

Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 30/03/2006)

4 Responsabilidade civil do médico

4.1 Responsabilidade subjetiva

Independentemente da posição adotada quanto à aplicação da legislação consumerista à relação entre médico e paciente, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, de modo que a verificação da culpa é pressuposto fundamental para a responsabilização deste profissional.

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu art. 14, §4º, que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Por sua vez, o Código Civil de 2002 também consagra a responsabilidade subjetiva do médico em seu art. 951.

Desta feita, resta patente que a responsabilidade do médico sempre terá como pressuposto a culpa, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Defende Zelmo Denari¹¹ que tal diversidade de tratamento pelo diploma consumerista se explica “em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes”.

Todavia, Rizzato Nunes¹² faz importante advertência, sustentando que “o profissional liberal atualmente desenvolve tanto atividades típicas de natureza *intuitu personae* com base na confiança quanto atividade de prestação de serviço profissional que não tem mais essa característica”.

Assim, tomando por base o texto legal, observa-se que a responsabilidade *pessoal* do médico é subjetiva, ainda que este exerça a profissão sem a característica da pessoalidade, como nos casos de médicos empregados de hospitais e clínicas médicas.

A propósito, sábia é a lição de Arnaldo Rizzardo¹³, ao ponderar que “não está o médico proibido de errar. Nem sempre o erro acarreta

a responsabilidade. Não pode, porém, errar por culpa, isto é, por açodamento, por ligeireza, por falta de estudo, por carência de exames, por despreparo técnico, dentre outros múltiplos fatores”.

4.2 Culpa médica: negligência, imprudência e imperícia.

Como acentuado anteriormente, a responsabilidade civil do médico depende, necessariamente, da apuração de culpa, que se materializa de três maneiras: negligência, imprudência e imperícia.

A negligência médica se dá quando o profissional se revela inerte e inativo, mostrando-se desinteressado e descuidado. Assim, a negligência é marcada pela passividade e equivale a uma conduta omissiva.

Humberto Theodoro Júnior, citado por Arnaldo Rizzardo¹⁴, exemplifica a culpa médica por negligência: “esquecimento ou tampão de gaze no abdômen do paciente; o abandono do cliente pós-operatório, provocando com essa atitude danos graves; o erro de diagnóstico provocado por exame superficial e inadequado; a aplicação de soro antitetânico na vítima sem, antes, submetê-la aos testes de sensibilidade, acarretando, com isso, sua morte por deficiência cardíaca”.

A imprudência se evidencia quando o médico age sem a devida cautela, tomando atitudes precipitadas. Desse modo, é imprudente o profissional que assume procedimentos de risco para o paciente de maneira injustificada.

Miguel Kfoury Neto¹⁵ ilustra a culpa por imprudência, assinalando que “é o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca. Imprudente também é o médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora – acarretando dano ao paciente”.

Por fim, a imperícia médica é caracterizada pelo despreparo técnico do profissional, existindo uma deficiência de conhecimento técnico-científico da profissão. Logo, é imperito o médico incapaz de executar determinado ato.

Inclusive, é dever ético do médico indicar um especialista quando seu conhecimento não

é suficiente para o adequado atendimento do problema apresentado pelo paciente.

Cumpra exemplificar o reconhecimento da culpa médica pelos Tribunais pátrios, como se observa pelos seguintes julgados:

“CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **PROFISSIONAL MÉDICO QUE, EM REGIME DE SOBREAVISO, NÃO EXAMINA O PACIENTE, PRESCREVENDO MEDICAÇÃO E TRATAMENTO INADEQUADO.** EVOLUÇÃO DO QUADRO. FALECIMENTO POSTERIOR. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO. PROCEDÊNCIA. CULPA DO MÉDICO DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. **NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA.** APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ART. 14, § 4º, DO CDC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL ONDE O PROFISSIONAL EXERCE AS SUAS FUNÇÕES. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO.” (grifo nosso)

(TJRN, Apelação Cível nº 2008.012123-6, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Vivaldo Pinheiro, Julgamento: 23/03/2009)

“CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS INTENTADA CONTRA O PROFISSIONAL E O HOSPITAL - **NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA NO ATENDIMENTO DE PARTURIENTE - ALTAS PRECOSES NAS DUAS INTERNAÇÕES - INADEQUADA VALORIZAÇÃO CLÍNICA DO ESTADO DA PACIENTE QUE JÁ SE APRESENTAVA FEBRIL E FOI SUBMETIDA À OPERAÇÃO CESARIANA - DESENVOLVIMENTO**

DE QUADRO INFECCIOSO GRAVE QUE OCASIONOU A POSTERIOR RETIRADA DE ÚTERO, OVÁRIO E PARTE DO FÍGADO - ACOLHIMENTO PARCIAL DO PEDIDO NO JUÍZO MONOCRÁTICO - RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL E DO MÉDICO CARACTERIZADAS, RECONHECIDA A CULPA CONCORRENTE DA AUTORA - IRRESIGNAÇÃO DOS VENCIDOS COM O MANEJO DE APELAÇÕES - INSTRUÇÃO PROBATÓRIA CONCLUSIVA NO SENTIDO DE OCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO - EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ATENDIMENTO INCOMPLETO PRESTADO PELO MÉDICO E A PERITONITE GENERALIZADA APRESENTADA POSTERIORMENTE PELA PACIENTE, QUE CULMINOU COM A EXTIRPAÇÃO DE VÁRIOS ÓRGÃOS, IMPOSSIBILITANDO-A DE GERAR OUTROS FILHOS - PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO MANEJADO PELA AUTORA, PARA O FIM DE AFASTAR A CULPA CONCORRENTE, MANTENDO-SE A CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS COMO FIXADO NA R. SENTENÇA, EM VALOR EQUIVALENTE A CEM SALÁRIOS MÍNIMOS.” (grifo nosso)

(TJPR, Apelação Cível nº 1860997, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Ronald Schulman, Julgamento: 18/06/2002)

5 Responsabilidade civil do estabelecimento médico

5.1 Responsabilidade objetiva ou subjetiva?

A responsabilidade civil médica se desdobra em duas situações distintas: a responsabilidade pessoal do médico no exercício da profissão e a responsabilidade dos estabelecimentos médicos prestadores de serviços de saúde.

Como já afirmado alhures, a responsabilidade do médico é subjetiva, tendo em vista

o que preceitua a ordem legal vigente (Código de Defesa do Consumidor e Código Civil). Por outro lado, faz-se mister uma abordagem mais aprofundada quanto à responsabilidade dos estabelecimentos médicos, eis que a legislação consumerista consagra a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços.

Assim dispõe o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

A partir da interpretação literal do dispositivo acima transcrito, poder-se-ia considerar que os estabelecimentos médicos são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos ocasionados aos seus pacientes.

Inclusive, parte da doutrina entende ser objetiva a responsabilidade dos estabelecimentos médicos. Este é o posicionamento de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹⁶, expondo que “o Código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apreciada objetivamente”.

Na verdade, a responsabilidade dos estabelecimentos médicos é objetiva no tocante ao estabelecimento empresarial em si, ou seja, quanto às instalações, os equipamentos e estrutura oferecidos pela clínica médica ou hospital. Dessa maneira, tal responsabilidade somente se verifica quando houver defeito no serviço.

Por outro lado, no que diz respeito à atuação do profissional, a responsabilidade do estabelecimento é subjetiva, uma vez que se condiciona à culpa do médico.

Assim é que a responsabilidade do estabelecimento quanto ao ato médico decorre da atuação do profissional, “pois se o médico, na condição de preposto, não é responsável, a res-

ponsabilidade do hospital, que seria decorrente da responsabilidade do médico, também não pode existir”, conforme preceitua o notável José de Aguiar Dias¹⁷.

Na mesma linha, posiciona-se o jurista Rui Stoco¹⁸ ao pronunciar que “se o dano ao paciente é imputado ao hospital em face da atuação de seus prepostos e decorrer do exercício de sua atividade específica e típica da área médica, então incidirá o § 4º do art. 14 do CDC, que estabelece a responsabilidade subjetiva desses profissionais liberais. Desse modo, só através da comprovação de culpa (*lato sensu*) é que se poderá responsabilizar o hospital e o médico pelo resultado danoso”.

Neste sentido, firmou-se importante posicionamento na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 258.389/SP, julgado em 16 de junho de 2005, cuja ementa é a seguinte:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele

prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (grifo nosso)

Em consonância com a jurisprudência acima colacionada, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, na Apelação Cível nº 2008.004889-1, julgado em 26 de agosto de 2008, conforme ementa infra transcrita:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONDUTA MÉDICA ADOTADA EM RELAÇÃO AO QUADRO CLÍNICO APRESENTADO REALIZADA DE FORMA ADEQUADA. AFASTADA A RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA, A QUAL ESTÁ VINCULADA À COMPROVAÇÃO DA CULPA DO MÉDICO. CONHECIMENTO DE DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Em seu voto, o eminente Desembargador Aderson Silvino assinala que “a responsabilidade da clínica, por óbvio, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. Ou seja, a responsabilização da pessoa jurídica, depende da atuação culposa do médico, sob pena de não haver o dito erro médico indenizável”.

Igualmente, em conformidade com o entendimento jurisprudencial esposado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim decidiu:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE CIVIL DE CLÍNICA MÉDICA. A RESPONSABILIZAÇÃO DOS NOSOCÔMIOS PODE SER SUBJETIVA OU OBJETIVA, CONFORME A SITUAÇÃO IMPUTADA. A RESPONSABILIDADE CIVIL SERÁ SUBJETIVA SE SE TRATAR DE MÁ ATUAÇÃO DOS MEMBROS DA EQUIPE MÉDICA E, DE OUTRA MANEIRA, SERÁ OBJETIVA, QUANDO RELATIVA À SERVIÇOS ATINENTES À PRÓPRIA ATIVIDADE DO HOSPITAL, COMO, POR EXEMPLO, EXAMES E ACOMODAÇÕES. O ARTIGO 14, PARÁGRAFO 3º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUI A RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO AO MISTER TÉCNICO-PROFISSIONAL DOS MÉDICOS QUE ATUAM NO HOSPITAL. LAUDO PERICIAL QUE CONFIRMA OS EXAMES REALIZADOS E A ORIENTAÇÃO ADEQUADAMENTE PRESTADA. AUSENTE A PROVA DA IMPERÍCIA OU NEGLIGÊNCIA DO MÉDICO, NÃO SE CONFIGURA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. ACERTO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. A prova pericial chegou à conclusão de que o procedimento adotado pela Clínica foi adequado, inexistindo qualquer elemento de imperícia, de imprudência ou de negligência médica. Esses acontecimentos restringem a responsabilidade médica, já que inerentes à própria atividade desenvolvida. Absoluta ausência de elementos probantes quanto à alegada falha do serviço médico prestado, não se vislumbrando qualquer culpa civil da Ré. Desprovimento do recurso.” (grifo nosso)

(TJRJ, Apelação Cível nº 2007.001.40927, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Jorge Luiz Habib, Julgamento: 23/10/2007)

O insigne Desembargador Jorge Luiz Habib explicita, em seu voto, que “o artigo 14, do

Código de Defesa do Consumidor, prevê a responsabilização do prestador de serviço, no caso, o hospital, quando as atividades relacionadas ao estabelecimento comercial em si, excluindo-se o mister técnico-profissional dos médicos que ali atuam, conservando-se a estes a relação subjetiva de preposição”.

Ademais, necessário destacar que o estabelecimento médico não responde nos casos em que o erro médico se deu por profissional que não compõe o quadro médico da clínica ou hospital, isto é, por médico que apenas utilizou a estrutura física do estabelecimento.

Neste sentido, elucidativas são as palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁹, ao assinalar que “o hospital responde pelos atos médicos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores etc.) e dos médicos que sejam seus empregados. Não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para internação e tratamento dos seus pacientes”.

No mesmo trilho, Rui Stoco²⁰ sustenta que “se o médico não for preposto, mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual”.

Desse modo, se o dano ocasionado ao paciente se deu em virtude de ato culposo exclusivo do médico, exercendo de forma autônoma a profissão, apenas este será responsabilizado.

Por outro lado, se for constatada a atuação incorreta do estabelecimento, mediante ação ou omissão de seus dirigentes, empregados ou prepostos, responderá apenas o hospital se não houver culpa do médico, ou responderão o hospital e o médico se ambos atuaram com culpa.

Sobre o tema, a jurisprudência corrobora com o entendimento acima esposado, conforme se exemplifica pelo aresto abaixo:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. A prova pericial produzida nos autos

não autoriza a conclusão da existência de ato culposos por parte do cirurgião, razão pela qual descabe a sua responsabilização pelos danos alegados pela autora. **HOSPITAL. Ausente relação de preposição entre o estabelecimento hospitalar e o médico, não há falar em responsabilidade do primeiro por ato do segundo.** Além disso, ausente culpa do profissional, resta afastada a responsabilidade do nosocomio. Por fim, ausente nexo causal entre o serviço prestado pelo hospital e os danos descritos na inicial. Improcedência da pretensão indenizatória. Apelos providos, por maioria.” (grifo nosso)

(TJRS, Apelação Cível Nº 70021523543, Sexta Câmara Cível, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 28/05/2009)

5.2 Serviço defeituoso

Diante das explicações delineadas acima, observa-se que a responsabilidade do estabelecimento médico se dá apenas nas situações em que houver defeito na prestação do serviço.

O Código de Defesa do Consumidor²¹ dispõe que “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: o modo de seu fornecimento; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; a época em que foi fornecido”.

Desse modo, são situações que demonstram o defeito no serviço prestado pelo estabelecimento médico: infecção hospitalar, como contaminação ou infecção em serviços, aplicação de remédios equivocados pelo corpo de enfermagem, negligência na vigilância e observação da qual decorram danos aos pacientes internados, instrumentação cirúrgica inadequada ou danificada, realização de exames equivocados, etc.

Nesses casos, o defeito é decorrente da falha na prestação do serviço cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao estabelecimento médico.

Destarte, necessário destacar que há defeito no serviço quando o médico age culposamente

causando dano ao paciente, havendo, portanto, responsabilidade do estabelecimento médico ao qual o profissional se encontra vinculado.

Ademais, essencial sopesar os riscos inerentes à atividade médica, considerando a incerteza quanto ao sucesso do procedimento médico adotado, bem como as condições de saúde do paciente. Tais fatores correspondem a riscos intrínsecos do serviço médico e são determinantes para averiguar a existência de defeito no serviço.

De fato, qualquer procedimento médico pode acarretar dano ao paciente. Assim, complicações ou intercorrências médicas são eventos danosos que não decorrem de um ato médico específico, mas de uma série de fatores, tais como reação adversa do organismo da pessoa ou baixa resistência imunológica, não ensejando a responsabilidade civil.

Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, manifestando-se nos seguintes termos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. LESÃO DECORRENTE DE CIRURGIA MÉDICA. RISCO INERENTE AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. 1)

Não existe procedimento cirúrgico isento de risco, e certos desdobramentos da operação, pois mais nefastos que sejam, apresentam-se como decorrência da própria necessidade da cirurgia, do estado atual da técnica médica e da susceptibilidade de cada paciente, não significando urna conduta culposa do profissional. 2) Conforme revelou o laudo pericial, in casu, as técnicas cirúrgicas empregadas pelo Segundo Réu estavam corretas, sendo freqüentes complicações urológicas devido à manipulação excessiva da região do ureter na hipótese de miomas grandes. 3) Consoante o art. 14, § 4º, do CDC, a responsabilidade do médico é subjetiva, portanto, a demandar a demonstração de culpa, cuja ocorrência, na espécie, não restou configurada. 4) A responsabilidade da clínica onde realizada a cirurgia, ao revés, é objetiva. Contudo, no caso em análise inexistiu nexo causal entre a con-

duta da Primeira Ré - responsável pelo fornecimento da estrutura adequada para a intervenção médica e pela internação da paciente - e a lesão sofrida pela Autora. Sentença de improcedência que se mantém.” (grifo nosso)

(TJRJ, Apelação Cível nº 2006.001.07696, Quinta Câmara Cível, Relatora Des. Suimei Meira Cavalieri, Julgado em 25/04/2006)

Isto posto, forçoso é concluir que a responsabilidade civil do estabelecimento médico está condicionada ao defeito na prestação de seus serviços, devendo-se examinar a legítima expectativa do consumidor e os riscos inerentes à natureza da atividade médica.

6 Considerações finais

A discussão acerca da responsabilidade civil médica, apesar de amplamente tratada na doutrina, revela-se cada vez mais intrigante, principalmente em face das inovações proporcionadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Embora tenha sido promulgado em 1990, as mudanças trazidas pelo diploma consumerista ainda necessitam de um exame mais aprofundado pelos operadores do direito. De fato, encarar a relação médico-paciente sob a ótica consumerista é tarefa árdua, que demanda bom-senso dos juristas a fim de aplicar adequadamente o ordenamento jurídico à realidade fática.

Dessa maneira, o presente trabalho se propôs a delinear as principais questões sobre a responsabilidade civil médica, sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista o crescente número de ações judiciais pleiteando indenizações decorrentes de falhas na prestação dos serviços médicos.

Ainda que a legislação de consumo tenha mantido a responsabilidade subjetiva do médico, relevante inovação diz respeito à inversão do ônus da prova em favor do paciente, o que merece maior atenção dos magistrados. Como acentuado anteriormente, tal inversão acarreta consequências marcantes que devem ser consi-

deradas pelos juristas. Em verdade, a obrigação médica é de meio, como reiteradamente afirmado na doutrina, tornando-se inoportuna a presunção de culpa médica originada pela inversão do ônus da prova.

Nesse contexto, assume especial importância a prova pericial a fim de fornecer elementos seguros capazes de demonstrar a existência de culpa médica, consubstanciada na negligência, imprudência ou imperícia.

Ademais, ao versar sobre a responsabilidade civil das clínicas médicas e hospitais, buscou-se amoldar o sistema proveniente do diploma de consumo à natureza do serviço médico, demonstrando-se a necessidade da atuação diligente no atendimento dos pacientes.

Com efeito, a prestação de serviços de saúde sempre demandou de seus profissionais imenso zelo e cuidado, por se tratar de atividade intrinsecamente ligada à vida humana. Com as normas protetivas do consumidor, impõe-se ainda maior cautela e dedicação no exercício da medicina, além de constante avanço científico e tecnológico a fim de melhorar a eficiência dos tratamentos médicos e, por conseguinte, a qualidade na prestação de tais serviços, atendendo, desse modo, os preceitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Notas

² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. Vol IV. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

³ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁴ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v.4 – 31. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

⁷ Art. 2º, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁸ Art 3º, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁹ Art. 3º, §2º, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹¹ DENARI, Zelmo. Código brasileiro de defesa do consu-

- midor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ¹² NUNES, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ¹³ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil: Lei no 10.406 de 10/01/2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil: Lei no 10.406 de 10/01/2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ¹⁵ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ¹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ¹⁷ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ¹⁸ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ¹⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- ²⁰ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ²¹ Art 14, §1º, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. 4 – 31. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.
- NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406 de 10/01/2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SOUSA, Fábio Torres de. Responsabilidade civil do médico. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 152, 5 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4523>>. Acesso em: 02 out. 2009.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol IV. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: *Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARRETTO JUNIOR, Valter Pedrosa. Responsabilidade civil médica empresarial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 362, 4 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5392>>. Acesso em: 18 out. 2009.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CINTRA, Lília de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em: 14 out. 2009.

BENEFÍCIOS AMBIENTAIS E EM SAÚDE DA LEI PAULISTA ANTIFUMO – LEI ESTADUAL 13.541/09

Eduado Luiz de Souza
Elizana Moreira Dias

Artigo recebido em 17/01/2011
Artigo aprovado em 15/04/2011

RESUMO: Sabe-se que a fumaça do cigarro é uma mistura de aproximadamente 4.720 substâncias tóxicas ao organismo, sendo que 60 destas substâncias possuem alto poder cancerígeno. Pessoas que trabalham em ambientes fechados como bares e restaurantes estão mais propensas a inalarem a fumaça tóxica do cigarro que corresponde a fumar de 4-10 cigarros por dia, segundo dados da ANVISA. Este trabalho discute os benefícios da Lei Estadual Paulista nº 13.541/2009 (Lei Antifumo) em relação ao meio ambiente e saúde.

Palavras-chave: Lei Paulista Antifumo. Saúde. Cidadania. Direito.

ABSTRACT: It is known that the smoke from the cigarette is a mixture of approximately 4,720 substances, that act harmfully in the most diverse systems and organs of the body, being that 60 of these substances possess high cancerous power. People who work in closed environments such as bars and restaurants are more inclined to inhale toxic smoke from the cigarette, which corresponds to smoking 4 to 10 cigarettes per day, according to the data of ANVISA. This paper intended to study the environmental and health benefits of the São Paulo State Law nº 13.541/2009.

Keywords: São Paulo State Anti-Smoke Law. Health. Citizenship. Law.

¹ Doutor em Ciências da Engenharia Ambiental (USP), graduado em Direito (FADISC) e Enfermagem (UFSCar). Docente da graduação e pós-graduação do Centro Universitário Adventista de São Paulo – UNASP

² Enfermeira graduada pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo - UNASP

Introdução

A organização Mundial da Saúde OMS define saúde como “o completo bem estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidades”. Esse conceito deixa claro que a população necessita de qualidade de vida em todos os aspectos e que todos precisam trabalhar para alcançar esse objetivo. A saúde é construída com ações coletiva, individual e governamental. É difícil propor à saúde individual ou coletiva na situação em que encontra a sociedade, e um dos grandes desafios da OMS é solucionar a epidemia do tabagismo no mundo. O tabagismo não é mais encarado como um hábito social, mas sim como uma doença crônica caracterizada pela dependência da nicotina, e por isso o tabagismo está inserido na classificação de doenças (CID 10), da OMS, e com índice elevado de morbimortalidade responsável por cinco milhões de mortes ao ano. (ANVISA, 2009)

Diante de um quadro de tal constatação desfavorável, seria de se esperar da sociedade uma atitude de conscientização geral e combate ao tabagismo e àqueles que dele fazem sua fonte de lucro. Os governos mundiais, dentre eles o governo brasileiro, em certo grau investem recursos no sentido de alertar e conscientizar seus cidadãos dos riscos à saúde causados pelo hábito de fumar, porém, não conseguem despertar na maioria dos fumantes um sentimento que proporcione a erradicação deste hábito.

Mesmo diante de diversas campanhas científicas e governamentais de advertência e esclarecimentos sobre as consequências do tabagismo, o número de fumantes ainda é grande, representando um terço da população mundial acima dos 15 anos (CHATKIN et al, 2010).

Escrevendo sobre tabagismo, Dias e Egbert relataram que o fator apontado pelos fumantes entrevistados para fazerem uso do cigarro era o prazer de fumar. Esse prazer é provocado pela ação da nicotina nos receptores do sistema nervoso central (DIAS; EGBERTO 2006). Constata-se claramente que o cigarro causa dependência química, logo, também é uma droga, ainda que seja lícito.

Embora muitas pessoas considerem o fumo como um simples ato de prazer pessoal, não reconhecendo efetivamente seus malefícios sobre a saúde, o fato é que para a ciência médica o tabagismo é comprovadamente um importante fator de risco para diversas doenças, onde destacamos: as cardiovasculares, respiratórias, neoplásicas, lesões na mucosa oral e doença periodontal (KUHNEN et al, 2009).

Por se tratar de uma questão de saúde pública, o tabagismo passou a ser encarado pelo poder público paulista como uma das situações que exigem uma lei específica que regule a matéria, impondo-se a todos os cidadãos o dever de cumprir suas normatizações, especialmente porque muitas pessoas não-fumantes passavam por verdadeiro constrangimento e incômodo ao ter que respirar um ar poluído pela fumaça do tabaco, especialmente em locais de convivência social fechados, como os bares, restaurantes, transporte público e prédios públicos. Neste contexto surge a Lei Estadual de São Paulo 13.541/09, trazendo benefícios à saúde ambiental e humana.

Objetivo

Este trabalho teve por objetivo, estudar os agravos à saúde causados pelo tabaco e, em contrapartida os benefícios ambientais e em saúde da lei paulista antifumo, através de uma revisão bibliográfica em periódicos científicos.

Método

Foi realizada a revisão de revistas e periódicos científicos, através da análise em bancos de dados da Scientific Eletronic Library On-line (SCIELO) e Google, onde foram selecionados artigos pertinentes ao tema proposto. Foram utilizados artigos publicados entre os anos de 2000 a 2010. Ao mesmo tempo, foram estudadas as normatizações da lei paulista antifumo e os princípios constitucionais de preservação do meio ambiente e da saúde humana, associando a perspectiva legal com as constatações científicas.

Discussão

a) Os números do tabagismo no Brasil

Levantamento do IBGE revela que 17,2% dos brasileiros são fumantes, sendo que a grande maioria começou a fumar ainda jovem (17-19 anos de idade), consumindo de 15-24 cigarros por dia (IBGE, 2008). O Instituto Nacional do Câncer (INCA) estima que um terço dos adultos brasileiros fumam, sendo 11,2 milhões destes fumantes mulheres.

Dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) mostram que o tabagismo foi responsável por mais de 100 milhões de óbitos no século XX, e a estimativa para o século XXI é que ultrapassará um bilhão de mortes em todo o mundo. Além disso, estima-se a perda de 200 milhões de dólares por ano, principalmente nos países em desenvolvimento, devido às patologias associadas ao tabagismo. No Brasil, o modelo de estimativa de mortalidade atribuída ao cigarro mostrou que, em 2003, 13,64% do total de mortes eram associadas ao tabaco (TANNI et al, 2010).

Com o aumento do consumo de tabaco, estima-se que o número de fumantes para 2030 chegue a 2 bilhões em todo mundo. O custo econômico do tabagismo na sociedade é muito elevado devendo chegar a US\$ 1 trilhão por ano em 2030, valor duas vezes superior ao estimado para 2010 (KUHNEN et al, 2009).

Por tudo isso, o tabagismo pode ser considerado uma pandemia, já que cerca de 5 milhões de indivíduos no mundo vão a óbito a cada ano por doenças relacionadas ao fumo (OLIVEIRA et al, 2010).

b) Os efeitos do cigarro no organismo humano

O impacto sobre a saúde decorrente do uso do tabaco é bem conhecido, sendo responsável por 90% dos tumores pulmonares, 75% das bronquites crônicas e 25% das doenças isquêmicas do coração. Desde a primeira relação estabelecida entre consumo de cigarros e câncer de pulmão no início da década de 50, a ciência médica tem

continuamente identificado cerca de vinte outros tipos de câncer relacionados com o uso do tabaco (WUNSCH FILHO et al, 2010).

Por exemplo, a ciência médica afirma que existe uma relação causal entre o consumo de cigarro e câncer de pulmão, bexiga, laringe e pâncreas, enfisema pulmonar, além de outras doenças graves, como acidente vascular cerebral e infarto agudo do miocárdio (NAKAMURA et al, 2004).

Nesta perspectiva, os derivados do tabaco matam cerca de três milhões de pessoas por ano. No Brasil, são estimadas cerca de 200.000 mortes prematuras por ano decorrentes do tabagismo (SILVA et al, 2008).

O tabagismo também é prejudicial durante a gestação trazendo muitas complicações para o feto, Freire, Padilha e Saunders (2009), evidenciaram a diminuição do leite materno, baixo peso, fetos pequenos para a idade gestacional, além da baixa aderência das mães ao pré-natal.

A explicação para tanta agressão que o fumo acarreta ao organismo humano está no fato de que a fumaça do cigarro é uma mistura aproximadamente 4.720 substâncias tóxicas diferentes, que, conforme orientação da Fiocruz (2010), constitui-se de duas fases fundamentais: a fase gasosa que é composta por monóxido de carbono, amônia, cetonas, formaldeído, acetaldeído, acroleína; e a fase particulada onde é contida a nicotina e o alcatrão. Essas substâncias tóxicas atuam sobre os mais diversos sistemas e órgãos, contendo também mais de 60 substâncias consideradas cancerígenas, sendo as principais:

Nicotina - causadora do vício e cancerígena;

Benzopireno - substância que facilita a combustão existente no papel que envolve o fumo;

Substâncias Radioativas - polônio 210 e carbono 14;

Agrotóxicos - DDT;

Solvente - benzeno;

Metais Pesados - chumbo e o cádmio;

Níquel e Arsênico - armazenam-se no fígado e rins, coração, pulmões, ossos e dentes resultando em gangrena dos pés, e causando danos ao músculo cardíaco

Os danos ao organismo humano provenientes do tabagismo não afetam apenas as pessoas que fumam, mas atingem as não fumantes que vivem sob poluição pela fumaça de cigarros nos domicílios, nos ambientes de trabalho, de lazer, escolas e demais espaços públicos fechados (WUNSCH FILHO et al, 2010).

Segundo afirmam Wunsch Filho *et. al.* (2010), o domicílio é o lugar com maior exposição e inalação aos poluentes provocados pela fumaça do tabaco, e a probabilidade de adquirir câncer entre parentes de fumantes está relacionada a exposição de fumo dentro da família.

c) A necessidade e benefícios da lei antifumo

O tabaco é a segunda droga mais consumida entre os jovens no mundo e no Brasil. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o tabagismo é considerado um dos mais importantes problemas de Saúde Pública da atualidade. É a principal causa de morte evitável no mundo e mata mais pessoas do que a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), os acidentes de trânsito, o alcoolismo, as drogas ilegais, os suicídios e homicídios juntos (OLIVEIRA et al, 2010).

De acordo com as informações do IBGE os fumantes passivos no Brasil correspondem a 27,9% de pessoas com 15 anos ou mais de idade. E no ambiente de trabalho a exposição passiva atinge 24,4% dos trabalhadores, totalizando 11,6 milhões de brasileiros (IBGE, 2008).

Em ambientes fechados, a exposição à fumaça decorrente ao tabaco torna-se um risco maior ainda para a saúde. Foi evidenciado em um estudo que os níveis de fumaça em ambientes fechados são aproximadamente duas vezes superiores aos valores encontrados em outros lugares (LARANJEIRA; PILLON; DUNN, 2000).

Para a Organização Mundial da Saúde – OMS a poluição tabágica ambiental (PTA) é a maior fonte de poluição em ambientes fechados, sendo o tabagismo passivo a terceira maior causa de morte evitável no mundo, perdendo apenas para o tabagismo ativo.

Esta poluição ambiental é decorrente da fumaça exalada pelos fumantes e por aquela resultante da queima da ponta do cigarro ou outro produto do tabaco. Esta última corresponde a 75% de fumaça de tabaco presente nos ambientes, sendo a mais importante fonte da poluição ambiental e com maiores concentrações de todos os componentes carcinogênicos do tabaco (WUNSCH FILHO et al, 2010).

Em conformidade com a OMS, a Anvisa adverte que as pessoas que trabalham em ambientes fechados como bares e restaurantes estão mais propensas a inalarem a fumaça tóxica do cigarro, o que corresponde a fumar de 4 a 10 cigarros por dia, aumentando a probabilidade de desenvolver doenças cardíacas em 25 – 30% e de adquirir câncer de pulmão em 20-30%. (ANVISA, 2009).

Por tais motivos faz-se necessário a existência de leis que enfatizam a proibição total do fumo em locais fechados, para preservação da saúde humana e da qualidade ambiental do ar.

Após a vigência da lei “antifumo” e com ambientes livres dos poluentes da fumaça do tabaco, a ANVISA já aponta o declínio das internações hospitalares por ataque cardíaco ou doenças respiratórias das pessoas que trabalham em ambientes fechados. (ANVISA, 2009).

d) A lei estadual paulista “antifumo”

Até a aprovação da Lei nº 13.541, de 07 de maio de 2009, regulamentada pelo Decreto nº 54.622, o Estado de São Paulo nunca havia tido legislação que prevísse a proibição do consumo de cigarros, cigarilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em praticamente todos ambientes coletivos fechados, públicos e privados (BRASIL, 2009; SÃO PAULO, 2009).

Antes mesmo da lei estadual paulista antifumo, a Lei federal nº 9.294 de 1996, já disciplinava para a existência de áreas exclusivamente designadas para fumar (fumódromos), bem como a obrigatoriedade de imagens realistas e mensagens de advertências impressas nos maços de cigarro (BRASIL, 1996).

Em nível estadual, já existiam outras leis com previsão à proibição do fumo em locais fe-

chados, mas sem ampliação da proteção a todos os locais de trabalho. Algumas dessas leis não eram respeitadas e por vezes sequer conhecidas pela população do estado (BRASIL, 2009; SÃO PAULO, 2009).

Segundo a lei paulista, a responsabilidade por garantir que os ambientes estejam livres de tabaco é única e exclusiva dos proprietários dos estabelecimentos, pois os fumantes não são alvo de fiscalização. Para evitar punições, os responsáveis pelos estabelecimentos devem fixar cartazes alertando sobre a proibição, e retirar cinzeiros das mesas de bares e restaurantes para desestimular que cigarros sejam acesos. Caso alguém se recuse a apagar o cigarro, a presença da polícia pode ser solicitada. Em caso de desrespeito à lei, o estabelecimento recebe multa, que será dobrada em caso de reincidência. Se o estabelecimento for flagrado uma terceira vez, é interditado por 48 horas. Em caso de nova reincidência, a interdição é de 30 dias (OPAS, 2010).

A princípio, havia uma expectativa por parte do governo e da mídia de que haveria a possibilidade de forte oposição de populares e comerciantes à esta lei estadual, mas esta preocupação foi se esvaindo pouco a pouco.

Dados divulgados pelo governo após a primeira semana de vigência da lei indicavam uma adesão de 99,2% dos estabelecimentos fiscalizados. Após o segundo fim de semana, esse índice chegou a 99,4% do total. Após um mês, os locais que proibiram totalmente o tabaco em locais fechados de ambiente coletivo representavam 99,5% do total. Após os três primeiros meses de vigência, o índice de cumprimento atingiu 99,6% (SÃO PAULO, 2010).

Outro dado, obtido através de uma pesquisa duas semanas após a vigência da lei, mostrou que mais de 90% das pessoas pesquisadas (fumantes e não fumantes) concordavam que a lei irá trazer benefícios à própria saúde e permitirá às pessoas respirarem um ar mais puro. Desde a aprovação da lei, observou-se também um aumento em torno de 30% na procura por tratamentos para deixar de fumar (OPAS, 2010), bem como uma diminuição de internações por problemas cardíacos e respiratórios de trabalhadores que laboram em ambientes fechados (ANVISA, 2009).

Considerações Finais

A experiência desenvolvida no Estado de São Paulo com a Lei Antifumo pode e deve ser ampliada para todas as regiões do país, sendo fundamental a participação de toda a população brasileira na exigência de seus direitos ambientais e de saúde.

A existência desta lei representa uma conquista de cidadania para todos, pois conforme assegura o artigo 225 da Constituição Federal Brasileira “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988)

O grande desafio é trabalhar no sentido da conscientização voltada para a qualidade de vida, que resulte em mudança de comportamento individual, para erradicar os problemas que o cigarro vem causando para a saúde pública.

Referências

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *A ANVISA na redução à exposição involuntária à fumaça do tabaco 2009*. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/1907d880409e527c8e45dea3533f7c45/A+ANVISA+NA+REDUcaoO+a+EXPOSICaO+INVOLUNTARIA+a+FUMAcA+DO+TABACO_Nov09_M.pdf?MOD=AJPERES. Acessado em 10 de setembro de 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Congresso Nacional Brasileiro, Brasília – DF, 1988.

_____. *Lei 13.541, de 07 de maio de 2009 – Proíbe o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, na forma que especifica*. Disponível em: <http://www.leiantifumo.sp.gov.br/usr/share/documents/legislacao.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

_____. *Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996 - Dispõe sobre as restrições ao uso e à propagan-*

da de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm. Acesso em 15 de setembro de 2010.

CASTRO, Hermano Albuquerque; CUNHA, Marcia Faria da; MENDONÇA, Gulnar Azevedo e Silva; JUNGER, Washington Leite; CUNHA-CRUZ, Joana; LEON, Antonio Ponce de. *Efeitos da poluição do ar na função respiratória de escolares*. Rio de Janeiro, RJ. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 43, n. 1, fev. pp. 26-34 2009.

CHATKIN, Gustavo; CHATKIN, José Miguel; AUED, Gabriel; PETERSEN, Guilherme Oliveira; JEREMIAS, Edna Thais; THIESEN, Flávia Valladão. *Avaliação da concentração de monóxido de carbono no ar exalado em tabagistas com DPOC*. J. bras. pneumol., São Paulo, v. 36, n. 3, pp. 332-338, jun. 2010.

DUCHIADE, Milena P. *Poluição do ar e doenças respiratórias: uma revisão*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, set. pp. 311-330 1992.

DIAS, Olívia Meira.; TURATO, Egberto Ribeiro. *Cigarette smokers views on their habit and the causes of their illness following lung cancer diagnosis: a clinical-qualitative study*. São Paulo v.124, n.3, 2006.

FIOCRUZ - Fundação Oswaldo Cruz. *Tabagismo - O mal da destruição em massa*. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/tabagismo.htm>. Acesso em 17 de setembro de 2010.

FREIRE, Karina; PADILHA, Patrícia de Carvalho; SAUNDERS, Cláudia. *Fatores associados ao uso de álcool e cigarro na gestação*. Rev. Bras. Ginecol. Obstet., Rio de Janeiro, v. 31, n. 7, jul. pp. 335-341 2009.

GOMES, Maria João Marques. *Ambiente e pulmão*. J. Pneumologia, São Paulo, v. 28, n. 5, set. pp. 261-269 2002.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. PNAD 2008. *Tabagismo*. Comunicação social, Nov. 2009. Disponível em:<http://www>.

ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=1505. Acessado em 10 de setembro de 2010.

KUHNEN, Mirian; BOING, Antonio Fernando; OLIVEIRA, Maria Conceição de; LONGO, Giana Zarbato; NJAINE, Kathie. *Tabagismo e fatores associados em adultos: um estudo de base populacional*. Rev. bras. epidemiol., São Paulo, v. 12, n. 4, dez. pp. 615-626 2009.

LARANJEIRA, Ronaldo; PILLON, Sandra; DUNN, John. *Environmental tobacco smoke exposure among non-smoking waiters: measurement of expired carbon monoxide levels*. Sao Paulo Med. J., São Paulo, v. 118, n. 4, pp. 89-92, jul. 2000.

NAKAMURA, Mary Uchiyama et al. *Obstetric and perinatal effects of active and/or passive smoking during pregnancy*. São Paulo Med. J., São Paulo, v. 122, n. 3, pp. 94-98, maio 2004.

OLIVEIRA, A.F.; VALENTE, J.G.; LEITE, I.C. *Aspectos da mortalidade atribuível ao tabaco: revisão sistemática*. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 42, n. 2, abr. pp. 335-345 2008.

OLIVEIRA, Halley Ferraro; MARTINS, Lourdes Conceição; REATO, Ligia de Fátima N.; AKERMAN, Marco. *Fatores de risco para uso do tabaco em adolescentes de duas escolas do município de Santo André, São Paulo*. Rev. paul. pediatr., São Paulo, v. 28, n. 2, pp. 200-207. jun. 2010.

OPAS - Organização Pan-Americana da Saúde. *São Paulo respira melhor: adoção de ambientes fechados livres do tabaco no maior estado brasileiro*. Organização Pan-Americana da Saúde. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2010.

PEREIRA, Eanes D.B.; TORRES, Luiza; MACÊDO, João; MEDEIROS, Marta M. C. *Efeitos do fumo ambiental no trato respiratório inferior de crianças com até 5 anos de idade*. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 34, n. 1, fev. pp. 39-43 2000.

PINTO, Márcia; UGA, Maria Alicia Domínguez. *Os custos de doenças tabaco-relacionadas para o Sistema Único de Saúde*. Cad. Saúde Pública,

Rio de Janeiro, v. 26, n. 6, pp. 1234-1245, jun. 2010.

PRECIOSO, José et al. *Poluição do ar interior provocada pelo fumo do cigarro em locais públicos de Portugal*. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 41, n. 5, out. pp. 808-813 2007.

SÃO PAULO. Portal da Lei Antifumo. *Lei Antifumo*. Disponível em: <http://www.leiantifumo.sp.gov.br/sis/lenoticia.php?id=155>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

_____. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Decreto nº 54.622, de 31 de julho de 2009 – *Dá nova redação ao artigo 5º do Decreto nº 54.311, de 7 de maio de 2009, que institui a Política Estadual para o Controle do Fumo, regulamenta a Lei nº 13.541, de 7 de maio de 2009, que proíbe o consumo de produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, em ambientes de uso coletivo, total ou parcialmente fechados, e dá providências correlatas*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2009/decreto%20n.54.622,%20de%2031.07.2009.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

SILVA, Antonia Oliveira et al. *Tabaco e saúde no olhar de estudantes universitários*. Rev. bras. enferm., Brasília, v. 61, n. 4, ago. pp. 423-427 2008.

TANNI, Suzana Erico et al. *Avaliação do conhecimento sobre tabagismo em pacientes internados*. J. bras. pneumol., São Paulo, v. 36, n. 2, pp. 218-223, abr. 2010.

WÜNSCH FILHO, Victor; MIRRA, Antonio Pedro; LÓPEZ, Rossana V. Mendoza; ANTUNES, Leopoldo F. *Tabagismo e câncer no Brasil: evidências e perspectivas*. Rev. bras. epidemiol., São Paulo, v. 13, n. 2, pp. 175-187, jun. 2010.

WÜNSCH FILHO, Victor; BOFFETTA, Paolo; COLIN, Didier; MONCAU, José Eduardo. *Familial cancer aggregation and the risk of lung cancer*. São Paulo, v.120, n.2, mar. 2002.

A VULGARIZAÇÃO DA NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marcelo Di Rezende Bernardes¹

Artigo recebido em 11/02/2011

Artigo aprovado em 15/05/2011

RESUMO: Temos hodiernamente que, o aumento de novos direitos intitulados como fundamentais, possam vulgarizá-los a ponto de que todos os demais direitos da Carta Magna sejam enquadrados por todos como também o sendo. O presente artigo tem por objetivo verificar se em verdade os tão decantados e importantes direitos fundamentais de nossa Constituição encontram-se no mesmo nível de outros direitos constitucionais que, embora não sejam fundamentais, são colocados por alguns equivocadamente neste patamar.

Palavras-chave: Vulgarização. Noção. Direitos. Fundamentais. Constituição.

ABSTRACT: We have today's that the increase of new fundamental rights entitled to, can vulgarize them to the point that all other rights of the Constitution is framed by all as being also. This article aims to verify whether in fact the so decanted and important fundamental rights of our Constitution are on par with other constitutional rights which, although not fundamental, they are mistakenly placed by some at that level.

Keywords: Vulgarization. Notion. Rights. Freedoms. Constitution.

1 Introdução

Este artigo, como o próprio título já informa, tem como pretensão discorrer sobre as ten-

¹ Mestrando em Direito pela PUC-GO, Especialista em Direito Penal e Processual Penal, em Ciências Penais, em Direito Constitucional, Professor da PUC-GO, ESUP e da UNIP, membro da Academia Goiana de Direito, da Academia Goianiense de Letras e da União Brasileira de Escritores, Seção de Goiás, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ocupação Profissional: Advogado. Endereço Profissional: Di Rezende Advocacia & Consultoria. Rua João de Abreu, esquina com Rua 9, n.º 192, Ed. Aton Business Style, Ala Sol, 13º andar, Setor Oeste, Goiânia-GO. CEP: 74120-110. Telefone: (62) 3092-2122. Cels: 7812-1414 e 9133-3277. e-mails:marcelo@direzende.com.br e marcelodirezende@cultura.com.br.

tativas de se vulgarizar os direitos fundamentais ditados em nossa Carta Magna.

Evidencia-se que cada vez mais tem se “exigido” a positivação dos direitos e garantias fundamentais expressos no Texto Constitucional de 1988, direitos estes que são considerados indispensáveis à pessoa humana e necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.

Para tanto, torna-se necessário expormos, por necessário, primeiramente, sobre os direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, demonstrando a necessidade de tais direitos terem aplicabilidade imediata, dada sua importância, bem como mencionar, brevemente, o surgimento de tais direitos, seu conceito, características, funções, gerações/dimensões e previsão legal, para, ao final deste artigo, abordar-se com propriedade a vulgarização dos direitos fundamentais.

2 Considerações gerais acerca da Constituição

Inicialmente, tem-se que a Constituição pode ser entendida como sendo um conjunto de regras que definem a organização fundamental do Estado, ressaltando Walber de Moura Agra, que o vocábulo constituição (do latim *constituere*, *constitutio*), em seu significado de ordenamento político do Estado, existiu desde os tempos remotos². Explica o autor, inclusive, que “a Constituição, com a conceituação que concebemos atualmente, provém do racionalismo do século XVIII”³.

A idéia de Constituição escrita, explica Manoel Gonçalves de Ferreira Filho, é uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários⁴.

Manoel Gonçalves de Ferreira Filho ainda explica, inclusive, que o termo “Constituição”, em sua acepção geral, pode designar a sua organização fundamental total, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica. Entretanto, o termo “Constituição” é mais frequentemente usado para designar a organização jurídica fun-

damental⁵, que significa, segundo a lição de Hans Kelsen, “o conjunto das normas positivas que regem a produção do direito”⁶.

Verifica-se, então, de uma forma simplista, que a Constituição é o conjunto de normas (regras e princípios) supremos do ordenamento jurídico de um país, sendo que ela limita o poder, organiza o Estado e define os direitos e as garantias fundamentais.

Com relação aos direitos fundamentais, estes resultam de um movimento que teve início no século XVIII, sendo reconhecidos, internacionalmente, a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1948.

Em sendo assim, os direitos fundamentais são direitos de suma importância, uma vez que tratam de direitos inerentes à pessoa humana, sendo, portanto, não somente necessários, como também, indispensáveis, para assegurar aos indivíduos uma existência livre, digna e igualitária.

Portanto, pode-se dizer que não basta que o Estado reconheça tais direitos; deve, sim, buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos.

Verifica-se, ainda, que os direitos fundamentais apresentam determinadas características, dentre elas, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a universalidade e a limitabilidade, conforme será demonstrado no decorrer desse estudo.

Por fim, ressalta-se que os direitos fundamentais, expressos no Texto Constitucional de 1988, foram subdivididos da seguinte forma: 1) dos direitos e deveres individuais e coletivos; 2) dos direitos sociais; 3) da nacionalidade; 4) dos direitos políticos e; 5) dos partidos políticos.

3 Conceito de Direitos Fundamentais

Perez Luno conceitua os direitos fundamentais da seguinte forma:

Direitos fundamentais do homem (...), além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento ju-

rídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas **prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas**⁷. (grifa-se).

Para o Professor de Direito Constitucional Uadi Lamêgo Bulos, os direitos fundamentais são direitos, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico perfeitamente delimitado, ou seja:

Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas.

Os direitos fundamentais do homem nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, **mas das necessidades humanas**, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fator social cambiante⁸. [grifa-se].

De acordo com Paulo Bonavides, acerca dos direitos fundamentais, tem-se que com propriedade que:

(...) Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização:

Pelo primeiro, **podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional**.

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, **os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança** (...) ⁹. (grifa-se).

José Afonso da Silva, por sua vez, preceitua que direitos fundamentais “são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”¹⁰.

Os Direitos Fundamentais, portanto, podem ser definidos como sendo um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja principal finali-

dade é o respeito à dignidade, com a respectiva proteção das condições mínimas de vida, como também de desenvolvimento do ser humano.

Visam, tais direitos, resumidamente, garantir ao ser humano, à pessoa, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, devendo, estes direitos, serem por demais protegidos, respeitados e reconhecidos tanto pelos ordenamentos jurídicos nacionais quanto internacionais.

4 Origem dos Direitos Fundamentais

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, preocupou-se, fundamentalmente, com quatro ordens de direitos fundamentais, quais sejam: os direitos pessoais do indivíduo; o direito à vida; o direito à liberdade; e o direito à segurança, ressaltando Norberto Bobbio, nesse diapasão, que:

A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX.

É um síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre¹¹.

Igualmente entende Celso Ribeiro Bastos, ao dispor que:

Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança.

Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade.

Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de

reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos.

Num quatro grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação¹². [grifa-se].

José Afonso da Silva, acerca da origem dos direitos fundamentais, verificamos que:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos.

Caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, (...) ¹³. [grifa-se].

Ressalta Norberto Bobbio, inclusive, que “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.”¹⁴.

Prosseguindo, pode-se dizer que a Constituição de 1988 acabou inovando em diversos aspectos em relação às Constituições anteriores, uma vez que: a) foi a primeira a fixar os direitos fundamentais antes da organização do próprio Estado; b) tutelou novas formas de interesses (os denominados interesses coletivos e difusos); e c) impôs deveres ao lado de direitos individuais coletivos.

Explica José Joaquim Canotilho Gomes, ainda, que os direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição como “direitos fundamentais” designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional)¹⁵.

Assim sendo, prossegue José Joaquim Canotilho Gomes, podem existir outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, e que por

não terem a forma constitucional, passam a ser chamados de direitos materialmente constitucionais¹⁶.

Portanto, o artigo 5º da Constituição de 1988 contemplou o § 2º com a admissão de que poderiam existir outros direitos decorrentes dos sistemas adotados pelo país. Portanto, os direitos fundamentais, previstos na Constituição de 1988, são apenas exemplificativos.

Art. 5º. (...).

§ 1º. (...).

§2º. 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 seja parte. (grifa-se).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, explica, inclusive, que a Constituição Brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores e, além de consagrar os “direitos e deveres individuais e coletivos”, abre um capítulo para definir os “direitos sociais”¹⁷.

E prossegue o autor, mencionando que a Constituição da República Federativa do Brasil não pretende somente “enumerar” os direitos fundamentais, pois além dos direitos explicitamente reconhecidos admite existirem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados¹⁸.

Portanto, a Constituição reconhece e assegura direitos fundamentais explicitamente no artigo 5º, ressaltando Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

Direitos cujo objeto imediato é a **liberdade**: de locomoção; de pensamento; de reunião; de associação; de profissão; de ação; liberdade sindical; direito de greve;

Direitos cujo objeto imediato é a **segurança**: dos direitos subjetivos em geral; em matéria penal (presunção de inocência); do domicílio;

Direitos cujo objeto imediato é a **propriedade**: propriedade em geral; artística, literária e científica; hereditária¹⁹. [grifos do autor].

5 Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, conforme já mencionado anteriormente nesse artigo, apresentam determinadas características, dentre elas, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a universalidade e a limitabilidade.

Demonstra-se, a seguir, de forma breve, o que significa cada uma dessas características.

A historicidade significa que os direitos fundamentais originam-se da própria evolução histórica, ou seja, “surtem das contradições existentes no seio de uma determinada sociedade”²⁰

. Em outras palavras, os direitos são criados em um contexto histórico, e quando inseridos na Constituição, tornam-se “direitos fundamentais”.

A inalienabilidade significa que os direitos fundamentais, todos eles, são intransferíveis e também inegociáveis.

A imprescritibilidade quer dizer que os direitos fundamentais não deixarão de ser “exigíveis” pelo simples fato de não estarem sendo utilizados, ou seja, os direitos fundamentais não prescrevem, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes.

A irrenunciabilidade caracteriza-se pelo fato de que nenhum ser humano pode abrir mão de seus direitos fundamentais, ressaltando Rodrigo César Rebello Pinho, nesse contexto, que o indivíduo pode até não usar os direitos fundamentais de forma adequada, mas não pode renunciar à possibilidade de exercê-los²¹. Assim sendo, tem-se que os direitos fundamentais não podem ser renunciados de maneira alguma.

A universalidade significa dizer que todas as pessoas possuem direitos fundamentais que devem ser respeitados. São direitos universais, ou seja, “não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano”²². Portanto, os direitos fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo,

nacionalidade, convicção política, etc.

E, por fim, a limitabilidade significa dizer que os direitos fundamentais podem ser limitados, exemplificando Rodrigo César Rebello Pinho que os direitos fundamentais poderão ser limitados “sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais”²³, ressaltando Joaquim José Gomes Canotilho, nesse diapasão, que “considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”²⁴.

Ressalta o autor supracitado, inclusive, que os direitos fundamentais cumprem com determinadas funções, chamadas de “funções de direitos fundamentais”. São elas: função de defesa ou de liberdade; função de prestação social; função de proteção perante terceiros; e função de não discriminação²⁵.

Por fim, importante mencionar-se, ainda, que os direitos e garantias fundamentais, de acordo com o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 tem aplicação imediata:

Art. 5º. (...).

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (grifa-se).

Assim sendo, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, ou seja, são auto-aplicáveis, uma vez que não dependem da edição de norma regulamentadora para que possam ser exercidos.

6 As Gerações dos Direitos Fundamentais

Pode-se dizer que os direitos fundamentais foram se desenvolvendo ao longo do tempo, sendo que grande parte dos doutrinadores brasileiros utilizam-se da expressão “gerações”, ou dimensões, para explicar a evolução dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, os direitos fundamentais foram sendo reconhecidos pelos textos cons-

titucionais de forma gradativa e histórica. Assim, tem-se os chamados direitos fundamentais da primeira, segunda, terceira e quarta geração.

De uma forma sintetizada, tem-se que os direitos de 1ª geração são os direitos referentes à liberdade e aos direitos civis e políticos do homem.

Os direitos de primeira geração surgiram no século XVII, explicando Alexandre de Moraes que as idéias desses direitos decorreram da necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas²⁶.

Esses direitos correspondem aos direitos individuais, inerentes ao próprio homem e devem ser respeitados por todos, tais como o direito à liberdade, à vida, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, entre outros.

Os direitos de 2ª geração são os direitos econômicos, culturais e sociais, assim como os direitos coletivos, e que vieram atrelados ao Estado Social da primeira metade do século passado. Surgiram da necessidade de o Estado intervir para que liberdade do homem fosse protegida²⁷. São também chamados de direitos sociais, econômicos e culturais e tem-se, como exemplos destes direitos de segunda geração, o direito à saúde, o direito ao trabalho, o direito à educação, o direito de greve, entre outros.

Os direitos de 3ª geração também são chamados de solidariedade ou fraternidade, voltados para a proteção da coletividade em geral. Trazem os direitos considerados transindividuais, tais como os direitos de fraternidade, de solidariedade, dentre outros.

E, por fim, os direitos de 4ª geração dizem respeito aos assuntos mais atuais, tais como a clonagem, os alimentos transgênicos, a informática, o direito à informação, o direito a democracia, ao pluralismo, dentre outros.

Sobre os direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração, oportuno trazer, nesse contexto, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Enquanto os direitos de 1ª geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e

os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) que se identificam as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os **direitos de 3ª geração**, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. [grifa-se]²⁸.

7 Os Direitos Fundamentais e sua Previsão Legal

Os direitos fundamentais encontram-se previstos na Constituição Federal de 1988, salientando Rodrigo César Rebello Pinho que todas as Constituições brasileiras contiveram enunciados de direitos individuais: a de 1824; a de 1891; a de 1934; a de 1937; a de 1945; a de 1946; a de 1976; e a de 1969, sendo, no entanto, a Constituição de 1988 que inovou ao dispor sobre os direitos fundamentais antes de tratar da organização do próprio Estado, bem como ao incorporar junto à proteção dos direitos individuais e sociais a tutela dos direitos difusos e coletivos²⁹.

Na Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, cabia destaque o processo de positivação dos direitos do homem. A referida Constituição declarava garantida a inviolabilidade de inúmeros direitos, tais como a liberdade, a igualdade, a segurança individual e a propriedade. Todavia, na prática, tais garantias e direitos só alcançavam a uma classe, a aristocracia.

Proclamada a República em 1889, o cenário não sofreu grandes modificações.

A Constituição de 1891 deixou estabelecido como forma de governo a República Federativa; perfilhou a democracia representativa e o presidencialismo, abandonou a divisão quadripartida do Império e abrigou a tripartida de poderes. Via-se, então, uma Constituição atenta aos direitos e garantias imprescindíveis a uma nação.

No ano de 1934, convocada uma Assembleia Constituinte, elaborou-se uma nova Constituição que perdurou por pouco mais de 03 (três) anos quando então adveio o Golpe de Estado (1937), permanecendo até a promulgação da Constituição de 1946.

A referida Constituição, de 1946, consignou os denominados “direitos de segunda geração”, passando a gerar um período de liberdade democrática. Entretanto, ocorreram conflitos constitucionais, trazendo, dentre várias consequências, o golpe de 1964.

O golpe militar de 1964 produziu duas Constituições, que apesar de preverem declarações de direitos humanos, faziam prevalecer o princípio da segurança nacional sobre todos os demais. Assim, em nome do princípio da segurança nacional, os que detinham o poder faziam o que queriam, ou seja, invadiam domicílios, fechavam lugares, suspendiam direitos políticos e até desapareciam com pessoas.

Não obstante a todos estes mandos e desmandos, a sociedade aprimorou o conhecimento sobre os direitos humanos e caminhou até a Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”, foi amplamente voltada para a defesa dos direitos dos cidadãos, passando a prever inúmeros direitos fundamentais.

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 elencou os direitos fundamentais em seu Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais,” subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam: I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II - Dos Direitos sociais; III - Da Nacionalidade; IV - Dos Direitos Políticos; e V - Dos Partidos Políticos.

Ressalta Rodrigo Cesar Rebello Pinho, inclusive, nesse contexto, que “(...) dentro da sistemática adotada pela Constituição brasileira, o termo “direitos fundamentais” é gênero, abrangendo as seguintes espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos (...)”³⁰.

Os direitos individuais, de uma forma geral, encontram-se no artigo 5º da Constituição de 1988. Dentre eles, citam-se a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres; a

livre manifestação do pensamento; o direito a indenização por dano material, moral ou à imagem; a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; a inviolabilidade da casa; do sigilo de correspondência; o livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; a livre locomoção; o direito de propriedade; o direito de herança; o direito de petição aos Poderes Públicos; o sigilo das votações, dentre inúmeros outros.

Os direitos coletivos (que representam os direitos do homem) também encontram-se dispostos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. São os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como a vida, a igualdade, a dignidade, a segurança, a honra, a liberdade, a propriedade, etc., e encontram-se regulamentados em vários incisos do artigo 5º do Texto Constitucional de 1988.

Os direitos sociais, por sua vez, subdividem-se em direitos sociais propriamente ditos (artigo 6º da CF/88) e direitos trabalhistas (artigo 7º ao 11 da CF/88).

A finalidade dos direitos sociais refere-se à melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando, desta forma, a igualdade social. Dentre eles, citam-se os direitos referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, etc.

Os direitos à nacionalidade, por sua vez, encontram-se regulamentados nos artigos 12 e 13 da Constituição Federal, ressaltando-se que a nacionalidade significa, em síntese, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um determinado Estado, fazendo com que ele se torne um efetivo membro do povo, capacitando-o a exigir sua proteção do Estado, ao passo que este mesmo Estado sujeita-o a cumprir determinados deveres.

E, por fim, os direitos políticos (direito de participação na vida política do Estado; direito de votar e de ser votado, etc.), estão disciplinados nos artigos 14 a 17 da Constituição, sendo que os direitos políticos são os direitos que permitem ao indivíduo exercer sua cidadania.

Em síntese, verifica-se que na atual Constituição houve a valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Ademais, pode-se afirmar que a Constituição de 1988: 1) teve, como base, o princípio da dignidade da pessoa humana; 2) tutelou novas espécies de direitos (denominados “interesses coletivos e difusos”), como por exemplo, o meio ambiente; os direitos do consumidor; o patrimônio histórico e cultural, dentre outros; e 3) valorizou os direitos sociais, com a criação de novos direitos (tal como a licença-paternidade) e também a ampliação de outros já existentes na esfera trabalhista (vide férias acrescidas de 1/3; aviso prévio proporcional, etc.).

8 A Vulgarização dos Direitos Fundamentais

Conforme demonstrado anteriormente neste artigo, inúmeros são os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Porém, ressalta Roger Stiefelmann Leal, nesse diapasão, que:

Várias são as questões que se colocam atualmente ao se tratar de direitos fundamentais.

Fenômeno que particularmente tem-se constatado é o da desenfreada proliferação de novos direitos rotulados de fundamentais. Principalmente na última metade deste século, verifica-se a enunciação, em sede constitucional e internacional, de novos direitos que refogem às tradicionais categorias concebidas como direitos fundamentais da pessoa humana. **A questão dos direitos fundamentais, a partir de tal fenômeno, encontra-se num paradoxo entre um dinamismo essencial decorrente da própria noção de direitos fundamentais e uma necessidade de conservar a integridade e a credibilidade da tradição jurídico-teórica dos mesmos**³¹. [grifa-se].

Isto significa que o aumento excessivo da quantidade de direitos “ditos” fundamen-

tais inscritos no texto da atual Constituição, além da admissão de outros direitos e garantias fundamentais implícitos, bem como aqueles decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte, acaba por conduzir a questionamentos a respeito da adequação desses direitos³², conforme salienta Roger Stiefelmann Leal.

Em outras palavras, entende o autor supracitado que o processo de proliferação de novos direitos “rotulados” como fundamentais refogem às tradicionais categorias concebidas como direitos fundamentais da pessoa humana³³.

Por esse motivo, fala-se em “vulgarização dos direitos constitucionais”, ou seja, começa a se questionar se todos esses direitos, previstos constitucionalmente como sendo “fundamentais”, são realmente verdadeiros direitos fundamentais.

Igualmente entende Roger Stiefelmann Leal, mencionando:

Sob um outro enfoque, **poder-se-ia falar de uma desvalorização da noção de direitos fundamentais**, isto é, ao se afirmar que todos esses direitos são direitos fundamentais (...), **haveria uma vulgarização da própria conotação de direitos fundamentais**.

A partir dessas idéias, caberia, inclusive, distinções entre direitos mais fundamentais e direitos menos fundamentais.

Afetados por essas tendências, há aqueles que, no intuito de conferir um critério para identificar os direitos fundamentais, acabam por afirmar que direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição como tal, reduzindo a noção de direitos fundamentais a um mero critério formal³⁴. [grifa-se].

Jorge Miranda entende, inclusive, que ao se considerar os direitos econômicos e sociais como sendo direitos fundamentais, corre-se o risco de desvalorizá-los. Na verdade, prossegue o autor, “(...) eles não são desvalorizados por não admitirem tutela jurisdicional eficaz, mas desvalorizadores da noção de direitos fundamentais (...)”³⁵.

Desta forma, explica Roger Stiefelmann Leal, nesse sentido, que:

A vulgarização da noção de direitos fundamentais tem, sem sombra de dúvida, raízes na implementação dos direitos sociais nos textos constitucionais de vários países.

Não haveria de ser diferente, uma vez que se estabeleceu na declaração de direitos fundamentais prevista na Constituição direitos que não são direitos³⁶. [grifa-se].

Para o autor mencionado, portanto, estabeleceu-se, na Constituição Federal de 1988, direitos fundamentais que não são realmente direitos fundamentais, e, por isso, entende o autor que houve a “vulgarização da noção de direitos fundamentais”³⁷.

Não restam dúvidas de que se já é muito complicado qualificar os direitos sociais como direitos, que se dirá da sua condição de direito fundamental? Cremos, com solidez, que os direitos fundamentais da pessoa humana, inicialmente, são aqueles direitos essenciais dos seres humanos de modo a permitir o seu pleno desenvolvimento individual e em sociedade.

Aí surge a indagação: Como considerar fundamental, essencial um direito social se nem ao menos há meios de garanti-los? Ao serem colocados no mesmo patamar injusto, direitos sociais como fundamentais, estamos a admitir que é menos complicado tutelar um direito decorrente de um contrato celebrado entre particulares do que um direito estabelecido pelo Código Nacional de Trânsito, por exemplo, ou ainda, *in casu*, do que um direito fundamental da pessoa humana consagrado na Constituição. Tais direitos, entendemos, mancos das características de direito mesmo, não podem ser alçados à categoria de direitos fundamentais, isso é mais do que uma vulgarização. Temos por bem em ousar dizer neste singelo texto, que os direitos sociais e econômicos, pois, embora qualificados na Carta Magna, não são direitos fundamentais, vez que não detêm a mínima qualidade para os serem, são direitos que, de acordo com nosso estudo, não podem ser sequer exigidos, mesmo que tenham sido equivocadamente inscritos como fundamentais na Constituição não os são!

Em sendo assim, como podemos falar de um direito se não poderemos garanti-lo na via judicial, pois qualquer violação a este suposto direito não poderia ser, desde logo, sancionada ou compensada. A intenção da sociedade é louvável, isto é, de tentar garantir mais direitos para si, colocando-os a níveis elevados, todavia, tal meta, não pode ser realizada atropelando elementos conceituais que são os mesmos que conceituam corretamente o que são direitos fundamentais, o que não é o caso dos direitos sociais, que tem conceitos estruturalmente incompatíveis entre si.

A inexistência, em termos práticos, de tutela judicial aos direitos sociais coloca-os em confronto com a própria idéia de direito fundamental é o que afirma Loewenstein em seu Teoria de la Constitución. Barcelona, dizendo ainda “que os direitos sociais não são direitos em sentido estrito, já que não podem ser exigidos judicialmente do Estado antes de terem sido institucionalizados por uma ação estatal”³⁸.

Norberto Bobbio se manifestou sobre o assunto na obra A Era dos Direitos, dizendo:

...”Tanto é assim que na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo política, pode ainda ser chamado de direito? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros?...”. [grifa-se].³⁹

Depreende-se, do exposto, que a incorporação de direitos sociais e econômicos sob a forma de direitos fundamentais acabou por admitir novos direitos que não poderiam ser enquadrados como direitos fundamentais. Em outras palavras, prevêem-se, na Constituição de 1988, direitos econômicos e direitos sociais que são rotulados de fundamentais, mas que na realidade, não o são, levando-se, como consequência, à degradação da noção de direitos fundamentais.

8 Conclusão

Pretendeu-se demonstrar, neste artigo, a vulgarização que vem sendo imposta à noção dos direitos fundamentais em nosso país.

Verificou-se que inúmeros são os direitos fundamentais previstos na atual Constituição e que tais direitos têm aplicação imediata, dada a sua importância.

A maioria dos direitos fundamentais são, além de necessários, imprescindíveis e apresentam, como características, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a universalidade e a limitabilidade.

No entanto, a quantidade excessiva de direitos “ditos” fundamentais, inseridas no Texto Constitucional de 1988, ou seja, a proliferação de novos direitos “rotulados” como fundamentais podem acabar ocasionando a vulgarização da noção desses direitos, porque muitos deles, entendidos como sendo equivocadamente fundamentais (dentre eles, os direitos econômicos e sociais, como entende parte dos doutrinadores brasileiros), não são realmente fundamentais, o que podem trazer imenso prejuízo a quem os reclama e a quem sejam endereçados.

Em outras palavras, entende-se que a “multiplicação” de direitos fundamentais gera, portanto, como consequência, a sua desvalorização, entendendo-se, diante do exposto, que apenas os direitos extremamente relevantes deveriam fazer rol dos direitos fundamentais, ou seja, somente os direitos universais, algo que a todos os homens devesse ser assegurado e do qual ninguém pudesse ser privado, pois estes sim, são os autênticos direitos fundamentais,

inerentes a qualquer Constituição vinda de um país democrático.

Notas

² AGRA, Walber de Moura. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

³ Ibidem, p. 24.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves de. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 04.

⁵ Ibidem, p. 11.

⁶ Kelsen, Hans. In. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves de. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 11.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182.

⁸ BULUS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 69.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 515.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Op. cit., p. 28.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 174-175.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 153.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Op. cit., p. 18-19.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Almedina, 1999, p. 1191.

¹⁶ Idem.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 84.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Ibidem, p. 95.

²⁰ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 69.

²¹ Idem.

²² Ibidem, p. 70.

²³ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 69.

²⁴ GOMES CANOTILHO, Joaquim José.

Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Op. cit., p. 1191.

²⁵ Idem.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 19.

²⁷ Ibidem, p. 20.

- ²⁸ BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal - Pleno, MS 22164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ1, de 17.11.1995, p. 39206.
- ²⁹ PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. Op. cit., p. 74-75.
- ³⁰ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. Op. cit., p. 68.
- ³¹ LEAL, Roger Stiefelmann. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 17 de mar. de 2010.
- ³² Idem.
- ³³ Idem.
- ³⁴ Idem.
- ³⁵ MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 1, out/dez de 1992.
- ³⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 17 de mar. de 2010.
- ³⁷ Idem.
- ³⁸ LOEWENSTEIN, Karl - Teoría de la Constitución. Barcelona, Ariel, 1970, 2ª ed., p. 401.
- ³⁹ BOBBIO, Norberto - A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, Campus, 1992, pp. 77-78.

9 Referências

- BOBBIO, Norberto - *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1997.
- BULUS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 1992.
- CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*.

Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 17 de mar. de 2010.

LOEWENSTEIN, Karl - *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1970, 2ª ed.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os direitos fundamentais na constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.ido.org.br/dt.htm>. Acesso em: 15 de mar. de 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ltda., 1998.

_____. *Os direitos fundamentais - sua dimensão individual e social*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, out/dez de 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLE, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.ornet.com.br/pages/idp/dise.num>. Acesso em: 15 de mar. de 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos fundamentais de 3ª geração*. Disponível em: <http://www.telajuridica.com/at/dir3ger.htm>. Acesso em: 16 de mar. de 2010.

LUGARES DE MEMÓRIA NO CENÁRIO BRASILEIRO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO¹

Inês Virgínia Prado Soares²
Renan Honório Quinalha³

Artigo recebido em 03/02/2011
Artigo de autores convidados

RESUMO: O presente artigo trata dos Lugares de Memória, seu conceito e como se apresentam no cenário brasileiro da justiça de transição. A concepção desenvolvida é que os Lugares de Memória são bens culturais vocacionados para reparação simbólica das vítimas da ditadura militar brasileira.

Palavras-chave: Lugares de Memória. Bens Culturais. Justiça de Transição. Memória. Reparação Simbólica.

ABSTRACT: This article deals with the sites of conscience, its concept and how they present in the Brazilian scene of transitional justice. The idea developed is that sites of conscience are patrimonial heritage devoted to symbolic reparation for victims of Brazilian military dictatorship.

Keywords: Sites of Conscience. Heritage. Transitional Justice. Memory. Symbolic Reparation.

1 Introdução

O Brasil foi submetido a uma ditadura militar de 1964 a 1985. Esse período foi marcado pela supressão de liberdades públicas e pela prática estatal de graves violações de direitos humanos, com ampla repressão contra cidadãos vistos como opositores do regime autoritário, por meio de prisões, desaparecimentos forçados, torturas, exílios, homicídios, banimentos, estupros, dentre

¹ A versão em espanhol do presente artigo foi apresentada no III Congreso Argentino – Latinoamericano De Derechos Humanos Universidad Nacional de Rosario, Argentina-Rosario, 3, 4, 5 e 6 de Maio de 2011.

² Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pesquisadora de Pós Doutorado junto ao Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP), Procuradora da República em São Paulo. Membro do IDEJUST (Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição).

³ Graduado e Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Graduando em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (USP). Membro do quadro interno do IDEJUST (Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição).

outras violências. Passados quase trinta anos do final da ditadura, ainda se buscam as melhores e menos dolorosas alternativas para lidar com essa herança.

A reflexão sobre esse passado de violência não é tema que mobiliza fortemente o conjunto da sociedade brasileira, apesar da conhecida obrigação do Estado em revelar a verdade e proporcionar a todos o conhecimento acerca da história recente do país. É nesse cenário mais amplo, em que apenas avanços pontuais nessa matéria foram realizados, que analisaremos a viabilidade e a conveniência de utilização dos instrumentos de proteção dos bens culturais para os Lugares de Memória, destinados a atender às demandas democráticas após a transição de um período de graves violações de direitos humanos⁴.

Entendemos que os Lugares de Memória são um recurso fundamental para a efetividade dos direitos humanos e, no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser tratados como bens culturais destinados à reparação simbólica das vítimas e à produção de conhecimento para a sociedade. Para o desenvolvimento do assunto, após brevíssima exposição sobre o andamento do processo brasileiro de justiça de transição, será abordada a importância da memória para a elaboração do passado violento, bem como para prevenção de práticas semelhantes no presente ou futuro (garantias de não-repetição). Após, os Lugares de Memória serão analisados como bens merecedores de tutela como patrimônio cultural brasileiro. O último item tratará dos instrumentos jurídicos disponíveis no ordenamento brasileiro que são aptos a proteger e promover os Lugares de Memória.

2. A volta da ordem democrática e a justiça de transição no Brasil

O Brasil optou, até o presente momento, por um modelo de justiça de transição que se afasta do processo penal e do enfoque punitivo dos autores das atrocidades. Com raras e importantes exceções, os governos democráticos que sucederam o regime autoritário adotaram uma posição de omissão ou inação em relação às

graves violações aos direitos humanos ocorridas na ditadura militar. Dessa maneira, na agenda brasileira de direitos humanos, a discussão sobre o modo de lidar com o legado da ditadura militar (1964-1985) ainda ocupa o incômodo lugar no campo das tarefas incompletas. Essa situação exige reflexão sobre novas fórmulas para lidar, localmente, com o ocorrido e com as obrigações daí decorrentes.

Desde a década dos 1990, nota-se haver um esforço do setores do Estado brasileiro em lidar com esse legado de violência de forma mais transparente, com atenção às vítimas. Exemplo disso é a abertura, pelo Governo Federal, de vários arquivos do período, os quais foram encaminhados ao Arquivo Nacional e podem ser consultados pelo público⁵. Das iniciativas oficiais relativas à justiça de transição, merece destaque o programa de reparação financeira das vítimas, dimensão em que mais se avançou. Entretanto, apesar da importância desse programa, a reparação das vítimas no Brasil apresenta algumas distorções causadas pela diferença de tratamento entre as indenizações despendidas aos distintos grupos: por um lado, familiares dos mortos e desaparecidos e, por outro, “anistiados políticos”, sendo que este último grupo muitas vezes recebe uma indenização maior do que o primeiro, provocando uma distorção considerada injusta.⁶

Ainda no âmbito da justiça administrativa, há importantes ações do governo federal, dentre as quais, algumas se destacam pela reparação simbólica das vítimas e pela adoção do espírito do *Nunca Mais*.

A primeira é o reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro pela morte de dissidentes políticos, efetivada com a Lei nº 9.140/95, que também cria a Comissão Especial de Mortos Desaparecidos (CEMDP). Essa Comissão atuou na reparação dos familiares dos desaparecidos políticos e na valorização da memória dessas vítimas, além de produzir um acervo importante sobre vítimas e sobre as atrocidades sofridas⁷.

Esses processos, julgados pela CEMDP, serviram de base para a publicação do importante livro *Direito à Memória e à Verdade*, lançado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República em 2007⁸.

O livro integra o Projeto Direito à Memória e à Verdade, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, juntamente com outras duas linhas de atuação: a) *Memoriais “Pessoas Imprescindíveis”*, composto por painéis e esculturas que buscam unir forma e conteúdo para dar aos visitantes uma visão – mesmo que sintética – do que foram os “Anos de Chumbo” no país; b) *Exposição fotográfica “A DITADURA NO BRASIL 1964 – 1985”*, que traz uma ambientação visual que conduz o público em uma espécie de “viagem no tempo”, desde os primeiros momentos do Golpe de Estado até os grandes comícios populares em prol da campanha das “Diretas Já”.

Outra importante iniciativa foi a criação da Comissão de Anistia⁹, no âmbito do Ministério da Justiça. Essa Comissão também reúne relevante material¹⁰ sobre os perseguidos políticos, que devem pedir à administração que seja reconhecida sua situação de anistiado político, com as informações sobre as violências praticadas pelo regime militar. No contexto do julgamento dos pedidos, a Comissão de Anistia também promove as Caravanas de Anistia, iniciativa que amplia os restritos limites da reparação pecuniária, promovendo uma efetiva assunção de culpa pelo Estado brasileiro perante toda a sociedade, bem como cultuando a memória dos que resistiram à ditadura.

Adotado a partir de 2008, sob a atuante gestão cuja presidência tem sido ocupada por Paulo Abrão, esse projeto tem levado o julgamento dos pedidos feitos pelas vítimas à esfera pública, com sessões abertas aos interessados e em diferentes regiões do Brasil, normalmente relacionadas à história pessoal e de militância dos autores dos pedidos. A iniciativa, embora esteja dentro de um contexto de reparação financeira das vítimas, tem forte teor de reparação simbólica, seja porque a comunidade da vítima toma contato com o reconhecimento oficial de sua situação de perseguição política e injusta pelo regime autoritário, seja porque há o pedido público de perdão à vítima anistiada, feito em nome do Estado brasileiro.

Uma outra ação é a criação, em 2009, do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil¹¹, que originou o projeto *Memórias Reveladas*,

institucionalizado pela Casa Civil da Presidência da República e implantado no Arquivo Nacional. Esse projeto adotou o lema: *para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça*.

Ainda no âmbito federal, em janeiro de 2010, foi instituído, por Decreto Presidencial, o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH3¹². Como compromisso do governo federal para a agenda de direitos humanos para os próximos anos, o PNDH3 contemplou o Direito à Memória e à Verdade em um dos seus eixos orientadores e trouxe a previsão de um Grupo de Trabalho para elaborar um Projeto de Lei (PL) para criação e funcionamento de uma Comissão Nacional de Verdade no Brasil. Em maio de 2010, foi encaminhado ao Poder Legislativo o PL 7.376/10, que cria a Comissão da Verdade (CV), atribuindo a esta, dentre outras funções, a de “promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior”.

No PNDH3, a Diretriz 24 (*Preservação da memória histórica e a construção pública da verdade*) indica a criação e manutenção de museus, memoriais e centros de documentação sobre a resistência à ditadura como uma ação para cumprimento do objetivo estratégico de incentivar as iniciativas de preservação da memória histórica e de construção pública da verdade sobre períodos autoritários.

Por outro lado, em sentido contrário às diversas iniciativas mencionadas, a resposta judicial às demandas que buscam responsabilização dos agressores não tem sido satisfatória. Especial destaque merece a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao alcance da anistia prevista na Lei n. 6683/1979, que foi proferida em abril de 2010¹³. No julgamento dessa ação, que questionava a extensão do benefício legal da anistia aos que praticaram crimes comuns contra os opositores políticos, o STF entendeu que os agentes do Estado que cometeram, durante a ditadura militar brasileira, crimes como estupro, torturas, assassinatos, sequestros e desaparecimentos forçados foram anistiados, do mesmo modo que os que resistiram ao autoritarismo. Dentre outros argumentos, a Corte Suprema brasileira

entendeu que a lei fora elaborada e promulgada no contexto de um acordo político que viabilizara a redemocratização naquele momento histórico e que o judiciário não teria poderes para, passados mais de trinta anos, reinterpretar tal pacto com os “olhos de hoje”.

No entanto, nesse mesmo julgamento que corroborou a impunidade ainda vigente no Brasil, os Ministros sinalizaram pela valorização e proteção do direito à verdade, já que quase todos mencionaram que a projeção dos efeitos da lei de anistia para beneficiar os agentes públicos não impedirá que a sociedade brasileira conheça a verdade sobre os acontecimentos. Na argumentação, inclusive, constantemente o direito à verdade aparecia como um substituto e uma alternativa ao direito à justiça e à persecução penal dos que praticaram crimes de violação aos direitos humanos durante o regime autoritário.

Vale notar que outra importante ação sobre o legado da ditadura está prestes a ser julgada no STF. É a ação que trata da inconstitucionalidade das normas que regulamentam a sigilação e o acesso a documentos governamentais produzidos pelos órgãos de segurança no período da ditadura militar. É uma ação de controle concentrado de constitucionalidade¹⁴ que trata do acesso a estes documentos. Esta ação deverá ser julgada em breve.

Há algumas outras ações declaratórias movidas por alguns familiares de mortos ou desaparecidos políticos, que visam não a reparação pecuniária nem ao processamento penal, mas apenas a declaração de que houve tortura por parte de alguns agentes públicos específicos, mas que não tem apresentado resultados exitosos diante da posição atual do STF, no sentido de que a Lei de Anistia estende-se aos crimes comuns contra opositores políticos.

Nesse contexto, em que as respostas judiciais proferidas pelos tribunais domésticos indicam uma forte tendência à impunidade, a comunidade internacional vem pressionando o Estado brasileiro a cumprir suas obrigações de justiça e verdade. Em dezembro de 2010, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no Caso conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, com o estabele-

cimento da obrigação do Estado de investigar e punir os autores de graves violações a direitos humanos durante o regime militar (pontos 3 e 9). O Estado foi também condenado à obrigação de “realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional, a respeito dos fatos ocorridos durante a chamada ‘Guerrilha do Araguaia’” (ponto 4) e a “continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como de informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma.” (ponto 7). Para o cumprimento dessas obrigações estatais, sem dúvidas, os Lugares de Memória e outras iniciativas de *memorialização* serão imprescindíveis.

Por isso, no Brasil, as discussões para o ano de 2011 (e seguintes) se desenvolvem a partir desse cenário, demandando a busca de fórmulas e instrumentos jurídicos que permitam o avanço da justiça de transição em nosso país, atravessando os diversos níveis pelos quais essa obrigação se manifesta. Assim, além das ações já adotadas, a decisão da Corte IDH apenas reforça a necessidade de iniciativas que promovam a memória da resistência à ditadura militar, seja pelo resgate e sistematização das diversas formas de manifestação cultural, seja pela gestão de monumentos e locais que lembrem as atrocidades do passado e as violações de direitos humanos.

No presente artigo, argumenta-se que a criação e o funcionamento de Lugares de Memória constituem uma iniciativa pouco explorada pelos pesquisadores e defensores dos direitos humanos, mas que assumem um enorme potencial e um lugar de destaque na transição e consolidação democráticas ainda incipientes do Brasil. E, nessa linha, as reflexões e ações em torno dos Lugares de Memória não apenas permitem que o Estado brasileiro cumpra algumas de suas obrigações perante a comunidade internacional (especialmente após a condenação no Caso Araguaia), como também se apresentam como uma via efetiva para o tratamento de temas ligados ao direito à memória e verdade, com remédios jurídicos (judiciais e extrajudiciais) para sua proteção e valorização.

3 Memória Coletiva e Cultura

Desde sua origem, o signo da memória floresce sob a tensão entre dois sentidos que lhe são constitutivos: a recordação e a imaginação. Por ser concebida como um meio de acesso ao passado, comumente, mostrou-se capaz não apenas de rememorá-lo, mas de recriá-lo, imputando-lhe elementos novos. Durante muito tempo, buscou-se demonstrar que esses processos do imaginário e da lembrança eram marcadamente diferentes e, de algum modo, até mesmo excludentes entre si. Enquanto o objetivo da imaginação estaria orientado ao fantástico, à ficção, ao irreal, ao impossível e ao utópico, a intencionalidade da lembrança seria dirigida diretamente à realidade anterior, à coisa recordada enquanto tal. Esta última dimensão, da memória enquanto mera recordação, era qualificada como mais fiel e, por isso, mais adequada para recuperar o passado.

Outra leitura desse fenômeno, hoje mais aceita, abandona essa perspectiva de que a imaginação seja uma forma inferior de conhecimento em comparação à rememoração. Como as recordações do passado aparecem sempre representadas, na maior parte das vezes por imagens, torna-se inevitável o hibridismo da memória no desafio simultâneo de identificar um registro passado e consumir sua evocação no tempo presente¹⁵. A partir dessa concepção, as reflexões mais atuais têm privilegiado as dimensões políticas e coletivas da memória e sua relação com a qualidade democrática das diferentes sociedades em momentos pós-transicionais ou pós-conflitivos.

Após um período de hostilidades, o exercício da memória além de exigir uma pluralidade de sujeitos (vítimas, agressores, expectadores, familiares de vítimas, defensores dos direitos humanos, agentes do Estado, dentre outros), também requer objetos definidos desde uma perspectiva democrática. Dentre esses diferentes objetos da memória, os momentos de extrema violência e de violação sistemática de direitos fundamentais apresentam-se como uma ótica privilegiada para compreender as características essenciais dos processos de rememoração. Esses

episódios são lembranças incômodas a toda a humanidade que, no século XX, atingiram um ápice de horror e barbárie, qualitativa e quantitativamente, diferentes do que se viu até então. Por constituírem situações-limite, convocam, ao mesmo tempo em que dificultam, o ato de constituição da memória.

Com efeito, a natureza intensamente traumática desses conflitos de alto potencial de desagregação social coloca o desafio da representação do irrepresentável. Exemplos tradicionalmente discutidos, apenas para ilustrar, são as duas Grandes Guerras Mundiais, a *Shoá*, os regimes fascistas e protofascistas europeus, as guerras civis e o sistema do *apartheid* na África, as tiranias teocráticas no Oriente e as ditaduras civil-militares na América Latina, como a ditadura brasileira.

Esses momentos passados de grave violência põem em evidência tanto os limites quanto as potencialidades do que significa a narração desses efeitos traumáticos. A experiência, nesses casos, não é passível de pronta elaboração no plano das diferentes linguagens, pois a própria condição humana é colocada em xeque diante desses acontecimentos¹⁶. Essa situação torna-se ainda mais paradoxal porque esses momentos extremos são tão difíceis de lembrar quanto de simplesmente esquecer, impossibilitando a mera recusa, pela negação, de um passado indesejado.

Daí a relevância cada vez mais sentida da memória coletiva, que remete justamente a fatos históricos que transcendem as intimidades individuais, a despeito de também influenciá-las. A memória coletiva se constitui como um núcleo a partir do qual se articulam relatos dissidentes, ainda que nem sempre excludentes, entre si. Diante dessa diversidade em constante interação, assume o caráter de uma arena de embates e acordos, abrangendo¹⁷, também, aquela herança que, muitas vezes, é transmitida através de gerações e cultivada por quem a recebe, sendo que sua longevidade depende da magnitude e da profundidade das marcas deixadas por determinado evento histórico¹⁸.

O exercício efetivo da memória não se resume, apenas, a incluir uma efeméride no

calendário festivo, a construir um cerimonial de homenagem ou mesmo a erguer um memorial às vítimas. É a combinação entre esses diversos elementos que potencializa a ação singular de cada um deles, constituindo um mapa ou uma topografia da memória capaz de enriquecer os sentidos de uma paisagem urbana, traçando pontes, compartilhadas pela coletividade, entre o passado, o presente e o futuro. Somente por meio da conjunção dos vários suportes, ergue-se uma memória coletiva que se torna tanto mais pública e democrática quanto mais envolvente e participativa, traduzindo-se em expressão dos valores dominantes de uma comunidade moral a partir da qual uma narrativa mais profunda e justa com os fatos pretéritos se faz possível.

Independentemente da forma tomada pela iniciativa de *memorialização*, o importante é reter que a memória coletiva é sempre uma construção, feita de consciência e vontade, levada a cabo por ações de grupos; nunca é automática ou espontânea. Além disso, os atos e espaços de memória somente se justificam dentro de um contexto de reparação simbólica das vítimas: biografias, diários, livros, escritos, pinturas, esculturas, símbolos, rituais, testemunhos, placas com nomes das vítimas, intervenções políticas, marchas, pesquisas acadêmicas, processos judiciais, datas, políticas públicas, fotografias, retratos de personagens, camisetas, bandeiras, filmes, diferentes arquivos, monumentos, obras arquitetônicas, nomeações de logradouros públicos, sítios virtuais na internet.¹⁹

4 Lugares de Memória: conceito mais adequado à realidade brasileira

A construção de memoriais, a proteção de um espaço como lugar de memória, o estabelecimento de datas comemorativas, a formação de museus com temas que busquem prevenir a repetição das atrocidades ou outras formas de homenagem de vítimas são iniciativas de *memorialização*. Como tais, independentemente do uso de suportes físicos, se classificam como medidas intangíveis relevantes não somente para

as vítimas diretamente atingidas como também para toda a sociedade.

Nesse sentido, os atos de memorialização são de grande importância para a sociedade por representarem o reconhecimento público do legado de violência (ou do passado violento)²⁰. A percepção da importância da memória, após a transição ou o retorno para a democracia, é assunto que começa a ser sistematicamente explorado e destacado nas análises teóricas e nas políticas públicas, apesar da memória sempre ter sido um elemento essencial para os direitos humanos e para os movimentos democráticos²¹.

Nessa perspectiva, os chamados Lugares de Memória (ou sítios de consciência²²) servem como mecanismo extrajudicial para reparação simbólica das vítimas da ditadura e da sociedade e têm um potencial que atinge também o Estado que, por meio da implantação e gestão desses locais (ou pelo apoio aos mesmos, no caso de uma iniciativa privada), pode expressar pública e oficialmente seu repúdio às violações cometidas por seus agentes cometidas e ao negacionismo.

Termo concebido originalmente pelo historiador Pierro Nora, os Lugares de Memória “nascem e vivem do sentimento que não há memória espontânea, que é preciso criar arquivos, que é preciso manter aniversários, organizar celebrações, pronunciar elogios fúnebres, notariar atas, porque essas operações não são naturais”²³. Seriam constituídos e constituiriam, assim, diversos meios de celebração e cultuação das memórias.

No entanto, a contribuição de Nora se mostra mais restrita para a elaboração de um passado traumático, por dimensionar socialmente o local físico. Nesse conceito de Lugar de Memória, não há como enquadrar de forma adequada os espaços e recordações marginais, as vozes esquecidas e também as memórias consideradas subversivas²⁴. Nesse sentido, Ludmila da Silva Catela critica essa conceituação de Nora, por entendê-la por demais “estática, unitária e substantiva” e propõe a noção mais dinâmica e fluida de *territórios de memória*. Para a autora, esses territórios referem-se

“às relações ou ao processo de articulação entre os diversos espaços marcados e

às práticas de todos os que se envolvem no trabalho de produção de memórias sobre a repressão; ressalta os vínculos, a hierarquia e a reprodução de um tecido de lugares que potencialmente pode ser representado por um mapa. Ao mesmo tempo, as propriedades metafóricas do território nos leva a associar conceitos tais como conquista, litígios, deslocamentos ao longo do tempo, variedade de critérios de demarcação, de disputas, de legitimidades, direitos, ‘soberanias’”²⁵

Com certeza, a proposta de Catela é mais abrangente e encontra, inclusive, respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente porque é um conceito importante para a tutela da vida digna para povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais. Porém, a referência a *territórios de memória* parte do pressuposto de que seus elementos - lugares, documentos, narrativas, histórias e outros bens materiais e imateriais - já estão integrados entre si, compondo e caracterizando o espaço de memorialização. No Brasil, pela incipiência das políticas culturais e de direitos humanos em relação ao tema, é melhor que se apontem instrumentos que protejam cada bem (ou conjunto de bens) singular que integre um território de memória.

Sob enfoque diferente de Catela, partindo de Nora e do contraponto oferecido por Sarah Gensburger²⁶ em sua pesquisa sobre os campos anexos ao campo de concentração de Drancy, em Paris, Alejandro Baer destaca a importância de pesquisar e proteger os locais que passaram despercebidos. O autor cita, como exemplo espanhol, o movimento recente de exumação de fossas de fuzilados durante a guerra civil e o franquismo. Na Espanha, algumas associações envolvidas no movimento de recuperação da memória histórica advogam que essas fossas permaneçam onde estão, exceto em situações-límites. Para essas associações, é importante que o local onde se encontram as fossas sejam tratados com dignidade, sejam um espaço de celebração e valorização da memória das vítimas²⁷.

Nossa concepção é baseada nos elementos e argumentação fornecidos por Catela em seus *territórios de memória*, integrando também as

preocupações externadas por Baer e as pesquisas de Gensburger. Porém, encontramos na definição fornecida por Sebastian Brett, Louis Bickford, Liz Ševcenko e Marcela Rios os traços que fazem mais sentido para apropriação à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Os citados pesquisadores definem Lugares de Memória (ou Sítios de Consciência) como “memoriais públicos que assumem um compromisso específico com a democracia mediante programas que estimulam o diálogo sobre temas sociais urgentes de hoje e que oferecem oportunidades para a participação pública naqueles temas”²⁸. Ou seja, em linhas gerais e em uma definição mais aberta, o Lugar de Memória é um espaço concebido para cumprir uma função específica no Estado democrático, com a participação da sociedade. Mas, para ser considerado bem cultural, deve exercer as funções democráticas atribuídas a esta categoria de bens.

Por isso, se é possível pensar em territórios de memória para os grupos vulneráveis mencionados (povos indígenas dentre outros), a expressão Lugares de Memórias tem um significado mais claro e direto na perspectiva da gestão e uso de instrumentos protetivos dos bens culturais para dar conhecimento da verdade à sociedade brasileira e para a reparação simbólica das vítimas da ditadura militar. A expressão também tem repercussão para as histórias não contadas, para a verdade não revelada até agora sobre o passado violento. Daí que a centralidade da criação e gestão de um local de memória se oriente no sentido de romper com a lógica do silenciamento, com a valorização das vozes das vítimas e com a abertura para construção de memórias e ações que não aceitem de modo algum a hipótese de que as graves violações ocorridas no passado voltem a se repetir.

No mais, a menção a um Lugar de Memória facilmente se vincula à previsão constitucional dos espaços destinados à manifestação cultural (art. 216, inc. IV) ou dos *sítios de valor cultural ou de interesse arqueológico* como bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, inc. V). Por isso, o termo Lugar de Memória também delimita com maior clareza o bem que se deseja proteger, permitindo uma atuação administrativa

que lhe destine verbas orçamentárias específicas, que caracterize seus elementos constitutivos, seus traços diferenciadores e até mesmo seus valores de referência que o ligam à memória, à identidade e ação do povo brasileiro.

No entanto, isso não impede que os defensores dos direitos humanos e os profissionais que atuam na seara do patrimônio cultural trabalhem a concepção de territórios de memória, de acordo com o conceito de Catela, e que pensem em um perímetro espacial sem contornos tão definidos para congregar harmonicamente manifestações e bens culturais materiais e imateriais que possam traduzir a lembrança das atrocidades em posicionamentos a favor do respeito incondicional aos direitos humanos.

5 Os lugares de memória no cenário brasileiro e instrumentos protetivos

No Brasil, o mais destacado exemplo de Lugar de Memória é o Memorial da Resistência, em São Paulo, capital. O Memorial da Resistência integra a Estação Pinacoteca²⁹ e se localiza no prédio, inaugurado em 1914, que foi ocupado pelo Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), durante a ditadura militar. Esse lugar é o único do país que participa da Rede Latinoamericana de Sítios de Consciência³⁰, recebendo, atualmente, em torno de 7.000 visitas por mês. O programa museológico do Memorial tem as seguintes linhas de ação: Centro de Referência, Lugares da Memória, Coleta Regular de Testemunhos, Exposições, Ação Educativa e Ação Cultural³¹.

Atualmente, há uma campanha, veiculada na internet, para transformar a ‘Casa da Morte’ (também conhecida como ‘Casa dos Horrores’) localizada em Petrópolis, Rio de Janeiro, no Centro de Memória, Verdade e Justiça de Petrópolis. Para viabilizar o uso do local como *Lugar de Memória*, a campanha elege a desapropriação, que é a tomada de um bem pelo poder público, mediante o pagamento do valor deste ao seu proprietário. Ou seja: a desapropriação surge no cenário brasileiro como mecanismo extrajudicial da justiça de transição e pode servir para alcançar o objetivo público de preservar a memória cole-

tiva (ou torná-la acessível a toda a comunidade) ou de revelar a verdade.

Como a desapropriação é uma situação de excepcionalidade ao direito à propriedade, a sua necessidade decorre da presença de interesse público no bem (móvel e imóvel) que integra a memória coletiva do período referente à ditadura militar. E ainda da impossibilidade de preservação do imóvel conhecido como ‘Casa da Morte’, com amplo acesso de visitantes, sem a transferência da propriedade ao Estado.

Portanto, a desapropriação da Casa da Morte somente se justifica se houver uma expectativa fundamentada de que a assunção do bem pelo Poder Público trará uma rentabilidade para o processo de justiça de transição brasileiro, com a multiplicação das ações educativas, informativas e com a valorização da memória, vantagens que não seriam alcançadas com a manutenção da propriedade privada.

Em São Paulo, no âmbito da administração pública estadual, tramita o procedimento para abertura de estudo de tombamento do edifício onde funcionou o DOI/CODI - II Exército, edificação na qual está instalada a 36ª Delegacia de Polícia, localizada na capital paulista. Este local, segundo Pedro Estevam da Rocha Pomar, contou com “ocorrência de 50 mortes sob custódia e a passagem por ali de mais de 6.700 pessoas suspeitas ou acusadas, em menos de cinco anos (setembro de 1970 a junho de 1975)”³².

Mas se o prédio do DOI/CODI ainda não é considerado, pelo Poder Público, um Lugar de Memória, por que tombá-lo? O tombamento é um procedimento administrativo no qual o Estado reconhece que o bem é portador de valores culturais e determina a preservação de seus elementos, garantindo a não destruição do imóvel. A memória expressa nos componentes materiais, palpáveis, do prédio do DOI/CODI passará a ser preservada, abrindo a possibilidade de uma gestão do local para revelação dos sórdidos acontecimentos na época da ditadura militar. A opção pelo tombamento do DOI-CODI seguirá a linha de outros tantos tombamentos para reparação de injustiças históricas e para que nunca mais aconteça, como o tombamento do prédio do DOPS em São Paulo

(hoje ocupado pelo Memorial da Resistência); da Casa de Chico Mendes (onde o mesmo foi assassinado); e dos terreiros de Candomblé (como reconhecimento da memória e ação dos grupos afrodescendentes), dentre outros.

Os exemplos da possibilidade de tombamento do DOI-CODI ou da desapropriação da Casa da Morte revelam o uso uma interessante estratégia, ainda incipiente no processo brasileiro de justiça de transição: a utilização de instrumentos protetivos dos bens culturais para ampliar a discussão da potencialidade dos locais significativos para lidar com o legado de violência deixado pela ditadura militar. O resultado é uma fórmula que permite a instalação e gestão de Lugares de Memória que confirmam visibilidade ao passado violento a memória dos que foram afetados, contribuindo para reverberar socialmente e reforçar o imperativo de não repetição.

Outra iniciativa bastante importante é a construção de uma Memória da Anistia, que será feito na cidade mineira de Belo Horizonte e terá, segundo um de seus idealizadores, Paulo Abrão, três dimensões. Em suas palavras, “será um espaço de reparação, de memória e consciência”. Essa centro contará com grande acervo e documentação sobre os processos de reparação reconhecidos pelo Estado brasileiro e deverá ser inaugurado em 2012³³.

Outros temas:

Nessa reflexão, as demandas das vítimas e da sociedade sobre o acerto de contas em relação ao passado se somam a tantas outras necessidades atuais e futuras, que também exigem investimentos financeiros, elaboração e implementação de políticas públicas, emprego de pessoal, oferta de mecanismos participativos etc. Como destaca Jon Ester, em geral, antes de destinarem-se a juízos ou purgas, os recursos humanos e financeiros delineados nas políticas públicas são estabelecidos para o futuro, como o “desenho constitucional, a reconstrução econômica ou a transformação econômica”³⁴.

A escolha entre atender as demandas atuais de saúde, educação, tutela dos recursos naturais

etc e as demandas retrospectivas de justiça, verdade e memória herdadas de um período ditatorial (ou de conflitos armados) é um dos dilemas enfrentados na elaboração de políticas públicas, que sempre envolve ponderações complexas, seja em países em desenvolvimento (países da África ou da América Latina) seja em país desenvolvido, como a Espanha.

Conclusões

Os regimes autoritários latino-americanos, dentre os quais, a ditadura brasileira, adotaram lógicas repressivas que passavam, centralmente, pela exclusão, pelo esquecimento e pelo aniquilamento das diferenças e dos grupos ou indivíduos que as personificam. Esses processos, que objetivavam não apenas o isolamento, mas o próprio apagamento das identidades consideradas desviantes, aconteciam em algum espaço físico, que pode ser atualmente identificado e até pesquisado, se houver indícios de que dali podem ser extraídas informações relevantes para a compreensão das atrocidades, suas circunstâncias, sua motivação ou qualquer outra materialidade.

Nesse sentido, a discussão sobre lugares de memória encontra abrigo tanto no âmbito dos direitos humanos (por serem espaços de inclusão para grupos vulneráveis) como também na tutela da memória da dor como bem cultural imaterial (forma de expressão). Investigar a memória das vítimas, ainda que não seja a única, é uma das perspectivas privilegiadas e que precisam ser levadas em conta na construção democrática de uma memória social justa. É de grande importância a contribuição de outra narrativa histórica, assumindo essa perspectiva da memória dos que foram afetados e silenciados. Daí a necessidade de meios de busca e lugares de difusão dessas memórias que foram deslegitimadas ou tornadas invisíveis e os Lugares de Memória são um desses espaços para reflexão e difusão do não esquecimento, da não repetição.

No plano jurídico, a sua proteção se justifica não somente porque são instrumentos de direitos humanos, mas porque são bens culturais que se caracterizarem como um conjunto

formado por espaço geográfico e bens culturais (memória do passado violento) que estão interligados por uma base temporal, que vincula os elementos atuais ao passado de graves violações aos direitos humanos.

No Estado Democrático, a consideração dos Lugares de Memória como bens culturais traz como consequência a gestão desses espaços numa perspectiva intergeracional, com a produção e apropriação do conhecimento dos bens relevantes para a valorização da cultura e da história, para a conservação da memória e a sustentabilidade, inclusive econômica, da comunidade. Se os lugares de memória atendem aos deveres do Estado de recordar e de reparar as vítimas, a comunidade também tem direito a fruir dos benefícios advindos dos lugares de memória, especialmente do conhecimento do passado e da convivência com a verdade sobre o ocorrido.

Além das consequências jurídicas mencionadas, há um fértil campo de políticas de memória, ainda pouquíssimo explorado no Brasil, que muito contribuiria para a concepção e gestão de Lugares de Memória.

Notas

⁴ Para compreensão do que é justiça de transição ver: BICKFORD, Louis, 'Transitional Justice,' in *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, ed. Dinah Shelton, Detroit: Macmillan Reference USA, 2004, v. 3, pp. 1045-1047. Ver, também, ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La Justicia transicional em perspectiva histórica*, trad. E. Zaidenweg, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.

⁵ Dentre os arquivos encaminhados, estão os dos extintos Serviço Nacional de Informações, Conselho de Segurança Nacional e Comissão Geral de Investigações, além dos arquivos do Departamento de Polícia Federal, do Gabinete de Segurança Institucional e de outros órgãos públicos.

⁶ Ver MEZAROBBA, Glenda, *O processo de acerto de contas e a lógica do arbítrio*. In: TELLES, Edson e SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura*. Editora Boitempo, 2010, p. 109-119.

⁷ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*, 2007, p. 18. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/arquivos/livrodireitomemoriaeverdadeid.pdf, acesso em 22.03.2010

⁸ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Co-

missão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Ob.cit.

⁹ A Lei nº 10.559, de 2002, que criou a Comissão de Anistia, no âmbito do Ministério da Justiça. A referida Comissão desempenha importante papel na reparação daqueles que tiveram seus direitos violados por razões políticas, tendo julgado, até março de 2011, pouco mais de 60 mil dos 68 mil pedidos apresentados, conforme declaração de Paulo Abrão para a Agência Brasil, em reportagem de Marli Moreira, publicada em 18/03/2011.

¹⁰ No site do Ministério da Justiça há notícia do projeto Marcas da Memória: História Oral da Anistia. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/Acesso> em 31.03.2010

¹¹ Maiores detalhes em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=43>, acesso em 03.03.2010.

¹² Decreto nº 7.177/10. Disponível em versão eletrônica em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>.

¹³ A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.153 (ADPF 153) questionava a extensão do benefício da anistia aos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos.

¹⁴ ADI 4077, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Para maiores informações e acompanhamento processual: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2618912>

¹⁵ RICOUER, Paul. *La memoria, la historia, el olvido*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 22.

¹⁶ Sobre o paradoxo da representação do irrepresentável, também chamado "paradoxo de Levi", vale consultar a análise de Agamben sobre a impossibilidade do testemunho sobre Auschwitz: AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2007. A referência é ao Primo Levi, sobrevivente do campo de concentração de Auschwitz e que publicou diversas obras sobre essa experiência. Ver também COHEN, Stanley. *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimientos*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho - UBA, 2005.

¹⁷ Sobre o tema, ver diferenciação feita por Jan Assmann e Arno Gisinger entre a memória comunicativa e a memória cultural. In CHÉROUX, Clément. Por qué sería falso afirmar que después de Auschwitz no es posible escribir poemas? In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Políticas de la memoria: tensiones en la palabra y la imagen*. Buenos Aires: Gorla; Mexico: Universidad del Claustro de Sor Juana, 2007, pp. 220-222.

¹⁸ A dependência de uma geração em relação à outra para ter acesso ao material histórico que conforma a identidade e a cultura de um povo é fundamental. Nesse sentido ver: FLORES, Julio. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Idem*, p. 190.

¹⁹ REATI, Fernando. *Idem*, p. 161. Tradução livre dos autores.

- ²⁰ Ernesto Kiza, Corene Rathgeber y Holger-C. Rohne, *Victims of War: An Empirical Study on War-Victimization and Victims' Attitudes Toward Addressing Atrocities* (Hamburgo, Alemanha: Instituto de Investigación Social de Hamburgo, Junio 2006), p.119/122.
- ²¹ BICKFORD, Louis e SCHULTZ, Debra, *Memory and Justice: a Brief and Selected History of a Movement* (Part 3), 2009, <http://memoryandjustice.org/about/history/part3>, acesso em 05.02.2010.
- ²² Sobre a rede mundial de sítios de consciência consultar: <http://www.sitesofconscience.org/quienes-somos/networks/es/>.
- ²³ NORA, Pierre. Entre Memória e História: a problemática dos lugares. In: Projeto História. São Paulo: PUC, n. 10, dezembro de 1993, p. 13.
- ²⁴ BAER, Alejandro. La memoria social: breve guía para perpeljos. In *Memoria-Política-Justicia: en diálogo con Reyes Mate, Alberto Sucasas y José A Zamora* (ed), Editorial Trotta: Madrid, 2010, p. 137.
- ²⁵ CATELA, Ludmila da Silva.
- Situação-limite e memória: a reconstrução do mundo dos familiares de desaparecidos da Argentina. São Paulo: Hucitec/ Anpocs, 2001, p. 208.
- ²⁶ Gensburger, Sarah, "Lugares materiales, memoria y espacio social. El recuerdo de los campos anexos de Drancy en Paris": *Anthropos* 218 (2008), pp. 21-35.
- ²⁷ BAER, Alejandro. Ob.cit., p. 137-139
- ²⁸ Sebastian Brett, Louis Bickford, Liz Ševcenko e Marcela Rios, *Memorialización y Democracia: Políticas de Estado y Acción Civil*, informe baseado na Conferencia Internacional Memorialización y Democracia: Políticas de Estado y Acción Civil a realizada entre el 20 y el 22 de junio de 2007 en Santiago, Chile, disponível em www.ictj.org, acesso em 22.05.2010. Tradução livre dos autores.
- ²⁹ A Estação Pinacoteca é um espaço que apresenta exposições temporárias e abriga um importante acervo da Fundação José e Paulina Nemirovsky, que reúne obras dos mestres do Modernismo. No subsolo, há quatro celas remanescentes que documentam de modo vivo o período da ditadura.
- ³⁰ Atualmente, o programa é coordenado pela ONG da Argentina *Memória Abierta*. Maiores informações, ver: <http://www.sitesofconscience.org/recursos/networks/south-america/es/>.
- ³¹ Cf: http://www.pinacoteca.org.br/?pagid=memorial_da_resistencia, acesso em 05.02.10.
- ³² POMAR, Pedro Estevam da Rocha. Estatísticas do DOI-Codi, in: *Revista ADUSP*, nº34, maio/2005, p. 74.
- ³³ http://www.presidencia.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2011/01/comite-discute-projeto-do-memorial-da-danistia, acesso em 15/03/2011.
- ³⁴ ELSTER, Jon, *Rendición de Cuentas: La justicia transicional em perspectiva histórica*, 1 ed. Buenos Aires: Katz, 2006, p.248

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- BAER, Alejandro. La memoria social: breve guía para perpeljos. In *Memoria-Política-Justicia: en diálogo con Reyes Mate, Alberto Sucasas y José A Zamora* (ed), Editorial Trotta: Madrid, 2010.
- BICKFORD, Louis, 'Transitional Justice,' in *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, ed. Dinah Shelton, Detroit: Macmillan Reference USA, 2004, v. 3, pp. 1045-1047.
- _____, e SCHULTZ, Debra, *Memory and Justice: a Brief and Selected History of a Movement* (Part 3), 2009, <http://memoryandjustice.org/about/history/part3>
- BRASIL. *Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Direito à Memória e à Verdade, 2007. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/arquivos/livrodireitomemoriaeverdadeid.pdf
- CATELA, Ludmila da Silva. *Situação-limite e memória: a reconstrução do mundo dos familiares de desaparecidos da Argentina*. São Paulo: Hucitec/ Anpocs, 2001.
- CHÉROUX, Clément. Por qué sería falso afirmar que después de Auschwitz no es posible escribir poemas? In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Políticas de la memoria: tensiones en la palabra y la imagen*. Buenos Aires: Gorla; Mexico: Universidad del Claustro de Sor Juana, 2007.
- COHEN, Stanley. *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimientos*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho - UBA, 2005
- ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La Justicia transicional em perspectiva histórica*, trad. E. Zaidenweg, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.
- Ernesto Kiza, Corene Rathgeber y Holger-C. Rohne, *Victims of War: An Empirical Study on*

War-Victimization and Victims' Attitudes.Toward Addressing Atrocities (Hamburgo, Alemanha: Instituto de Investigación Social de Hamburgo, Junio 2006).

FLORES, Julio. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Políticas de la memoria: tensiones en la palabra y la imagen*. Buenos Aires: Gorla; Mexico: Universidad del Claustro de Sor Juana, 2007.

Gensburger, Sarah, “Lugares materiales, memoria y espacio social. El recuerdo de los campos anexos de Drancy en Paris”: *Anthropos* 218 (2008), pp. 21-35.

MEZAROBBA, Glenda, O processo de acerto de contas e a lógica do arbítrio. In: TELLES, Edson e SAFATLE, Vladimir (orgs). *O que resta da ditadura*. Editora Boitempo, 2010.

NORA, Pierre. Entre Memória e História: a problemática dos lugares. In: *Projeto História*. São Paulo: PUC, n. 10, dezembro de 1993.

POMAR, Pedro Estevam da Rocha. *Estatísticas do DOI-Codi*, in: Revista ADUSP, nº34, maio/2005, p.74.

REATI, Fernando. In LORENZANO, Sandra; BUCHENHORST, Ralph (orgs.). *Políticas de la memoria: tensiones en la palabra y la imagen*. Buenos Aires: Gorla; Mexico: Universidad del Claustro de Sor Juana, 2007.

RICOUER, Paul. *La memoria, la historia, el olvido*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

Sebastian Brett, Louis Bickford, Liz Ševcenko e Marcela Rios, Memorialización y Democracia: *Políticas de Estado y Acción Civil*, informe baseado na Conferencia Internacional Memorialización y Democracia: Políticas de Estado y Acción Civil a realizada entre el 20 y el 22 de junio de 2007 en Santiago, Chile, disponível em www.ictj.org, acesso em 22.05.2010. Tradução livre dos autores.

A INCLUSÃO SOCIAL DE IMIGRANTES INDOCUMENTADOS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ESTRUTURALISTA

Fabiana Galera Severo¹

Artigo recebido em 04/05/2011
Artigo aprovado em 15/06/2011

RESUMO: O presente estudo busca traçar um panorama da migração econômica, à luz de casos concretos de assistência jurídica gratuita prestada pela Defensoria Pública da União em São Paulo. A partir das bases teóricas desenvolvimentistas do estruturalismo jurídico, pretende-se apresentar algumas propostas com o objetivo de amenizar o problema do tráfico de pessoas para exploração do trabalho e do trabalho escravo de imigrantes pobres provenientes de países da América do Sul.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas. Trabalho escravo. Migrante econômico. Estruturalismo jurídico.

ABSTRACT: The present study aims to describe a prospect of the economic migration in the light of specific cases of legal aid provided by the Federal Public Defender in Sao Paulo. From the theoretical developmental of legal structuralism, it claims to show some proposals in order to diminish the problem of human trafficking for labor exploitation and slavery of migrants from poor countries in South America.

Keywords: Human trafficking. Slavery. Economic migration. Legal structuralism.

Introdução

Para abordar o tema da migração econômica, primeiramente, será contextualizado o fenômeno do deslocamento de pessoas em

¹ A autora é Defensora Pública Federal, com atuação profissional na área cível da Defensoria Pública da União em São Paulo. É especialista em Direito Público e membro do Comitê Interinstitucional de Prevenção e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Estado de São Paulo.

decorrência de situações de pobreza, com consequente privação de liberdade substancial. Nesse contexto, será apresentada a realidade das condições subumanas de trabalho de imigrantes pobres na capital paulistana, como retrato do subdesenvolvimento social.

Posteriormente, será estabelecida uma relação existente entre as estruturas jurídicas deficitárias, como a irregularidade documental e a exclusão social dos trabalhadores imigrantes de garantias substanciais trabalhistas, bem como a indústria do tráfico de pessoas e a exploração de trabalho em condições degradantes ou análogas à de escravo.

Por fim, reconhecendo-se a insuficiência dos direitos subjetivos declarados e meramente compensatórios, propõe-se a intervenção em determinadas estruturas jurídicas, como meio de efetivação dos direitos dos trabalhadores imigrantes, com consequente desenvolvimento econômico livre e socialmente sustentado.

1 Pobreza, migração e subdesenvolvimento

Na América do Sul, a pobreza tem se apresentado como a principal causa do deslocamento de pessoas, que se veem compelidas a deixarem o seu país de nacionalidade em busca de melhores condições econômicas e sociais.

A razão do deslocamento de pessoas em decorrência da pobreza é explicada por Amartya Sen, ao justificar que “(...) a privação de liberdade econômica, na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade. (...) A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social.”²

Países muito pobres, sem perspectiva de crescimento econômico e desenvolvimento social, como é o caso hoje, na América do Sul, sobretudo da Bolívia e do Paraguai, apresentam altos índices de emigração. Nacionais desses países têm se deslocado em massa, principalmente ao Brasil, em busca de trabalho.

A vinda de tais trabalhadores ao país, para se estabelecer, na grande maioria das vezes, na

cidade de São Paulo, costuma ser financiada por organizações que recrutam os trabalhadores em cidades grandes na Bolívia (principalmente em Santa Cruz de la Sierra), mediante oferta de boas oportunidades de emprego no Brasil, no ramo da confecção; realizam o transporte, normalmente via Paraguai³, facilitando a entrada no país mesmo em condições irregulares; providenciam moradia e alimentação, no mesmo local onde tais pessoas desenvolverão suas atividades laborais, com exaustivas jornadas de trabalho, em condições insalubres e degradantes.

Trata-se, portanto, de verdadeiro tráfico internacional de pessoas para fins de exploração do trabalho, nos termos do artigo 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.017, de 12.03.2004. Posteriormente essas pessoas não raro passam a desenvolver seus trabalhos em condições análogas à de escravos, precárias e, sobretudo, sem praticamente qualquer liberdade de sair das oficinas de costura – uma vez que, estando indocumentados, vivem sob a ameaça de serem autuados pela polícia para pagamento de multa por estada irregular, além de notificados para deixarem o país, sob pena de deportação, tudo com fundamento na ainda vigente Lei 6.815/80, o Estatuto do Estrangeiro.

A exploração do trabalho do migrante econômico nas oficinas de costura, apesar de gerar aparente aquecimento da economia, reproduz clara situação de subdesenvolvimento, sob o ponto de vista social, uma vez que o aumento na produtividade e consequentemente o lucro empresarial só ocorre porque, de outro lado, existe perda de salário real. O crescimento econômico, assim, não é socialmente sustentável. Trata-se de um dos paradoxos da história econômica contemporânea, conforme sustenta Calixto Salomão Filho⁴:

“O crescimento se dá exatamente a partir da distribuição de renda ao inverso, ou seja, a partir de ganhos de produtividade decorrentes de perda de salário real. O resultado final é a existência de economias

constantemente subdesenvolvidas, em que por mais que e até mesmo quanto mais crescem os agregados econômicos, mais pobreza e desigualdade social se produz.”

Aliás, a partir da análise da estrutura de exploração dessa mão de obra, de estrangeiros indocumentados que vivem no país em situação de alta vulnerabilidade social, sendo a ponta de uma longa rede de produção fragmentada, verifica-se forte semelhança com a nossa história colonial de exploração de mão-de-obra escrava, de acumulação de riquezas e produção verticalmente integrada, em regime de monopólio⁵.

Ao tratar da pobreza e desigualdade decorrentes do processo de colonização, Calixto apresenta o cenário do subdesenvolvimento, do ponto de vista da exploração do trabalho:

“Salários seriam mantidos em seu nível de subsistência, propiciando grandes transferências de renda, obrigando o trabalhador à maior jornada possível de trabalho e confiscando imediatamente todo e qualquer ganho de produtividade. Esses acabaram por ser os determinantes estruturais da pobreza e desigualdade hoje observados nos países colonizados por nações ocidentais.”⁶

Séculos depois, as mesmas condições de subdesenvolvimento são identificadas nos porões de oficinas de costura em bairros como Brás, Casa Verde e em toda a Zona Leste da capital paulistana, sendo que tais atrocidades acontecem em pleno século XXI, quando estão em pauta os mais variados tratados internacionais de direitos humanos.

Significa que, mesmo com o passar de tanto tempo e o suposto avanço, seja tecnológico, seja social, ante o arcabouço de direitos e garantias tão arduamente conquistados pela humanidade, perpetuam-se instituições e estruturas econômicas deficitárias, que fazem letra morta de qualquer discurso de direitos humanos.

Constata-se, pois, a inexorável influência das estruturas econômicas e jurídicas sobre o resultado social final, da pobreza e da desigualdade.

Com efeito, é a falha nas estruturas jurídicas, tanto na execução da política migratória

quanto na regulação das relações do trabalho, que permite que esses esquemas de tráfico de pessoas e exploração ilícita do trabalho se desenvolva como um negócio cada vez mais lucrativo.

2 A estreita correlação entre irregularidade documental, trabalho escravo e tráfico de pessoas

O trabalho indocumentado enseja exploração do ser humano em péssimas condições de meio ambiente do trabalho, incluindo exaustivas jornadas, insalubridade, falta de segurança e saúde do trabalhador.

É nesse mesmo cenário de vulnerabilidade social que ganham espaço as organizações criminosas de tráfico de pessoas e exploração do trabalhador em condições análogas à de escravo.

Isso porque é precisamente a situação migratória irregular que faz com que essas pessoas tenham receio de sair livremente às ruas, sob a ameaça de serem multadas, deportadas ou mesmo presas. Assim é que os imigrantes clandestinos permanecem boa parte do tempo confinados nas oficinas de costura onde dormem e trabalham, sem qualquer perspectiva de liberdade, ainda que não sejam fisicamente trancados nesses locais.

Nos autos do processo criminal nº 2009.61.81.013715-3, em trâmite na 7ª Vara Criminal Federal, em que a Defensoria Pública da União atuou na condição de assistente de acusação, na defesa de bolivianos vítimas de trabalho escravo⁷, que estavam no país em situação migratória irregular, extraem-se alguns trechos de depoimentos que retratam essa realidade:

“(…)A depoente costurava todo o tipo de roupa. A sua jornada de trabalho começava 07h00min e terminava 01 hora da madrugada. Durante esse período faziam quatro refeições rápidas: um chá pela manhã (um copo de chá com pedaço de pão); no meio dia o almoço (arroz com salsicha); as 16 horas outro chá; por volta de 20h30min o jantar (sopa de farinha com pedacinho de carne).

(…)

As refeições eram feitas no mesmo aposento onde dormiam os trabalhadores.

As vezes tomava banho sem sabonete ou shampoo; os valores desses produtos de higiene eram adicionados na dívida de cada trabalhador. O depoente considera que o valor de R\$ 4.800,00 por trabalhador era o preço que se pagava pela compra da mão de obra.

(...)"

Apesar desse retrato da realidade do trabalho escravo em São Paulo, pode-se considerar o Brasil um exemplo de embrião de política migratória em consonância com o discurso dos direitos humanos.

Isso porque, além de não termos uma tradição euro-centrista de recrudescimento de fronteiras, ao contrário, o país, ao longo da história, sempre se mostrou politicamente aberto a diferentes possibilidades de recebimento de imigrantes.

Evidentemente, a imigração mais incentivada ao longo da história brasileira não foi a chamada migração econômica, no sentido de receber pessoas de países que se encontravam em situação de extrema pobreza, como é o caso de muitos países da América do Sul. Nos séculos passados, o que se incentivou foi a imigração de nacionais de países desenvolvidos, a exemplo dos italianos, alemães, dentre tantos outros, com o objetivo de desenvolver o Brasil.

Porém, e apesar do contexto de preservação da segurança nacional em que foi produzido o Estatuto do Estrangeiro (lei 6.815/80) – que é o diploma legal ainda em vigor que disciplina a situação do estrangeiro no país, punindo a situação migratória irregular – fato é que o Brasil, em algumas oportunidades, já editou leis de anistia a estrangeiros irregulares. A mais recente é a Lei 11.961/2009, que concede residência provisória para estrangeiro em situação irregular no território nacional, com o objetivo de, após dois anos, torná-la definitiva. Mesmo com o protocolo provisório, porém, os estrangeiros podem tirar documentos, inclusive carteira de trabalho, o que já lhes ensina o mínimo de cidadania.

Entretanto, internacionalmente, o discurso do combate ao terrorismo vem dando azo a políticas xenófobas, a exemplo de políticas de punição

à imigração clandestina que vêm sendo adotadas na Europa e nos Estados Unidos, na contramão da evolução histórica da proteção aos direitos humanos. Esse tipo de política migratória certamente não resolve o problema, pois além de configurar afronta aos direitos humanos e à liberdade das pessoas, ao contrário de combater, a bem da verdade, incentiva e torna lucrativos esquemas de tráfico de pessoas e trabalho escravo, corroborando até mesmo a corrupção governamental.

3 Direito compensatório e perspectiva estruturalista

Diante de todo esse contexto, não se vislumbra um possível avanço para efetivação de direitos humanos com base em direitos meramente subjetivos e compensatórios. É preciso, mais que declarar direitos, alcançar as estruturas jurídicas e econômicas, o que se propõe fazer a partir da chamada perspectiva estruturalista.

A proposta estruturalista leva em conta, mais do que prever direitos subjetivos e compensações, garantias organizativas para que a estrutura funcione bem.

Num diálogo com Posner⁸ - adotado aqui exclusivamente sob a ótica do pragmatismo - é importante que o direito seja funcional, não meramente expressivo ou simbólico. Afinal, o que o direito deve buscar não é necessariamente a verdade, mas sim alcançar a necessidade social. Ou seja, o direito deve ser uma prática social, não um sistema de relações entre ideias jurídicas. Para o autor:

"(...) o pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do 'caráter local' do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da 'verdade', da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima e tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam

avaliados como instrumento a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins e si mesmos.”

Nesse contexto, a perspectiva estruturalista sugere a regularização desses migrantes econômicos, como forma, inclusive, de alcançar o desenvolvimento. Afinal, segundo Amartya Sen⁹, o desenvolvimento pressupõe um “processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”.

É também nessa mesma linha de desenvolvimento que Stiglitz¹⁰ afirma que “(...) sucesso significa um desenvolvimento sustentável, equitativo e democrático que tenha seu foco na melhoria dos padrões de vida e não apenas no PIB medido.” Pois, segundo o autor, e numa síntese irrepreensível, “as pessoas estão no cerne do desenvolvimento”¹¹.

4 Possibilidade de efetivação de direitos ao migrante econômico a partir de instrumentos de estruturalismo jurídico

Para reverter o quadro de violação de direitos humanos apresentado – a exploração ilícita do trabalho de imigrantes em oficinas de costura – é preciso romper com determinadas estruturas que impedem a efetivação dos direitos dos migrantes econômicos.

Afinal, a existência de tráfico de pessoas oriundas dos países mais pobres da América do Sul para exploração do trabalho na capital paulistana, envolvendo inclusive a prática de trabalho em condições análogas à de escravo, não deve ser creditada apenas a razões de ordem econômica.

Se há espaço, no mercado, para a crescente exploração desse tipo de trabalho e consequente violação de direitos humanos é porque as estruturas jurídicas que envolvem a produção e a comercialização têxtil são deficitárias. É preciso, portanto, influenciar nessas estruturas jurídicas, para permitir algum avanço na efetivação dos direitos desses trabalhadores.

Nesse sentido, apresentaremos duas propostas, sem qualquer pretensão revolucionária

de solucionar o problema – até porque, se de um lado o problema não é de simples solução, por outro lado, não é o direito o meio mais eficaz para a realização de grandes transformações sociais.

A primeira proposta tem por objetivo atingir os empresários que lucram com o negócio, beneficiando-se dessa exploração ilícita do trabalho, o que deve ocorrer mediante a exigência de fiscalização da cadeia produtiva, por parte da marca, como forma de desfragmentação da rede. A segunda, de outro giro, procura munir os trabalhadores migrantes com instrumentos mínimos de direito e cidadania, documentando-os.

A estrutura do trabalho escravo no setor têxtil ocorre porque a cadeia de produção de peças para o comércio varejista é altamente fragmentada. A partir das terceirizações, as marcas, ou seja, as empresas que mais se beneficiam desse tipo de exploração do trabalho, sequer possuem trabalhadores que produzem as roupas que vendem. A subordinação se dá em rede, mediante terceirizações sucessivas. A marca possui fornecedores, esses fornecedores subcontratam outros fornecedores, e por diante, até chegar na oficina de costura onde o trabalho humano é precário, degradante, ilicitamente explorado.

É importante ressaltar que esse contexto de terceirizações sucessivas, em tese, contraria até mesmo a pretendida maximização de riquezas – o que evidencia que a lucratividade dessa forma de contratação não é outra senão a inequívoca e desumana exploração do trabalhador. Do contrário, ou seja, se os direitos trabalhistas fossem absolutamente respeitados, a conta não bateria.

A proposta estruturalista que se apresenta, nesse sentido, é a responsabilização da marca, ou seja, do tomador do serviço terceirizado, que dessa forma se tornará um aliado no combate a esse tipo de fraude nas relações de trabalho, através de práticas de fiscalização de toda a cadeia de produção.

Para tanto, é imprescindível que o direito do trabalho reconheça a responsabilização solidária do mercado varejista, para que este seja instado a fiscalizar a mão de obra terceirizada. A responsabilização atual do tomador do serviço, meramente subsidiária, nos termos da súmula 331 do Tribu-

nal Superior do Trabalho, não é suficiente para o combate a todo o esquema de trabalho escravo e tráfico de pessoas que se desenvolveu a partir da exploração do trabalho de imigrantes. Mormente quando o empregador direto, dono da oficina de costura, é quase tão excluído quanto o trabalhador, muitas vezes sequer possuindo registro de sua atividade empresarial. Portanto, sem atingir as grandes marcas que se valem, indiretamente, desse tipo de exploração de trabalho, pouca ou nenhuma efetividade terá o discurso do direito subjetivo ao trabalho.

Na esteira da responsabilização solidária do tomador do serviço terceirizado é a proposta de projeto de lei do Ministério do Trabalho e Emprego, construída conjuntamente com centrais sindicais. Estão também em tramitação o projeto de lei nº 6832/2010, apensado ao projeto de lei nº 1621/2007, apresentado na Câmara dos Deputados, e o projeto de lei nº 87/2010, apresentado no Senado Federal, sendo que este último prevê a responsabilidade solidária da empresa, caso não fiscalize o cumprimento das obrigações trabalhistas, ou em caso de falência.

Todavia, independentemente de possíveis avanços nas esferas legislativa e judicial, é importante mencionar que já existe histórico, extrajudicialmente, de acordos formalizados com empresas detentoras de marcas de roupas, que assumiram sua responsabilidade social (porque juridicamente estão amparadas pela redoma da terceirização) pela exploração do trabalho em sua cadeia produtiva, mesmo sem de intervenção judicial. É o caso do Termo de Ajustamento de Conduta nº 1834/2010, formalizado no último dia 22 de setembro, entre o Ministério Público do Trabalho da 2ª Região – SP, a Superintendência Regional do Ministério do Trabalho e Emprego em São Paulo, a Defensoria Pública da União e a empresa Marisa Lojas S.A., por meio do qual a Marisa se compromete a realizar auditorias para checagem de toda a camada produtiva do setor de confecções. Nessa mesma linha, trabalhadoras resgatadas de uma oficina de costura, em operação realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, em conjunto com o Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Estado de São Paulo, no último dia 11 de agosto, em conciliação extrajudicial intermediada pelos órgãos

mencionados e pela Defensoria Pública da União, receberam da empresa detentora da marca verbas rescisórias trabalhistas, inclusive danos morais pelo trabalho em condições degradantes.

A proposta da responsabilização solidária do tomador do serviço, ao contrário do que pode parecer, não contraria o livre mercado, mas sim o regulamenta. Afinal, dentre os problemas do mercado, está “o uso não regulamentado de atividades que permitem aos poderosos tirar proveito de sua vantagem assimétrica”¹². Ao contrário, o uso da terceirização, de forma não regulamentada, por parte das grandes marcas, propicia a elas um proveito de custo da mão de obra, com vantagem assimétrica, em absoluto detrimento dos direitos humanos e do desenvolvimento social sustentável.

Outra proposta estruturalista para combater o problema em tela é o ajuste na execução das políticas migratórias, incluindo a desburocratização dos procedimentos para obtenção de documentos.

Subjetivamente, sob o ponto de vista de direitos declarados e reconhecidos, a maior parte dos imigrantes vítimas de trabalho escravo e tráfico de pessoas teriam direito de residência no Brasil, nos termos do Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, de 2002, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto 6.964/2009, conhecido como Acordo do Mercosul, bem como do Acordo também estendido a Bolívia e Chile, internalizado pelo Decreto 6.975/2009.

Nos termos do referido tratado internacional, nacionais de um Estado Parte que desejem residir no território de outro Estado Parte poderão obter residência legal neste último, mediante a comprovação de sua nacionalidade e apresentação dos requisitos, que basicamente se referem à ausência de antecedentes criminais em ambos os países.

Ocorre, todavia, que mesmo os nacionais beneficiários do referido acordo são constantemente autuados pela polícia, com fundamento na lei 6.815/80, pelo cometimento da infração de entrada clandestina em território nacional (artigo 125, I), passível de pena de deportação; e demorar-se no território nacional após esgotado o prazo legal de estada (artigo 125, II), sujeita a multa e deportação¹³. O valor da multa chega a R\$

827,75 (oitocentos e vinte e sete reais e setenta e cinco centavos) por membro da família, inclusive para crianças, sendo que o prazo para deixar o país, sob pena de deportação, é de oito dias.

Por outro lado, esses cidadãos nacionais de países do Mercosul, Bolívia e Chile não são devidamente cientificados direito subjetivo de residência no Brasil, nos termos do acordo internacional. E mesmo quando conhecem e procuram seus direitos, enfrentam barreiras burocráticas intransponíveis ao cumprimento do prazo estabelecido em suas autuações para regularização de sua estada no país. Isso porque a Polícia Federal, para dar cumprimento ao acordo, tem exigido uma série de documentos, que envolvem certidões de antecedentes criminais, que podem demorar meses a serem expedidas, como é o caso específico das certidões cuja emissão depende do serviço do consulado do país de origem.

É dizer, mesmo adotando todas as medidas que estão ao seu alcance para a pretendida regularização migratória, o imigrante necessariamente extrapolará o prazo estabelecido em seu auto de infração, correndo o risco de deportação e mesmo de prisão.

Com efeito, uma vez autuados, a liberdade desses estrangeiros fica ameaçada pela imposição da deportação e também pela impossibilidade de, quando sair do país, poder voltar livremente. Isso porque um dos efeitos da aplicação da multa a estrangeiros é que, tendo deixado o país, o retorno somente é possível mediante o pagamento da multa. Ressalte-se que a restrição à liberdade dessas pessoas, a depender do caso concreto, pode ser ainda mais drástica, eis o Brasil, mesmo depois da Constituição de 1988, registra casos de prisões administrativas, para fins de deportação ou expulsão, com fundamento no estatuto do estrangeiro¹⁴.

Diante do aparente conflito, no ponto, entre o Estatuto do Estrangeiro e o Acordo de Residência do Mercosul, Bolívia e Chile – apesar de advogarmos a tese de que o referido acordo, ante a natureza jurídica tratado internacional de direitos humanos, tem estatuto de norma constitucional – a solução mais comezinha pode advir da especialidade. Com efeito, o Acordo do Mercosul é norma especial, destinada aos nacionais dos Estados Partes, em relação à lei 8.615/80,

que prevê normas gerais a todos os estrangeiros. Isso sem entrar no mérito da discussão acerca da conformidade do Estatuto do Estrangeiro em relação à Constituição.

Lamentavelmente, o excesso de burocracia no procedimento de regularização migratória, associado à falta de qualquer incentivo, por parte da rede de produção, para que os trabalhadores sejam regularizados, inviabilizam a efetividade do referido Acordo.

Sendo indubitável que a falta de documentação dos migrantes econômicos acarreta privação de liberdade, devida à falta de emprego formal, de segurança econômica e social, negação de liberdade política e de direitos civis, como acesso à justiça, à informação, à sindicalização, etc.. Resta comprometido, portanto, o direito do migrante à existência em sociedade.

Conclusão

A regularização da situação migratória serve, assim, como mecanismo de expansão das capacidades (*entitlements*) e, por conseguinte, à consecução da liberdade de escolha (para, por exemplo, escolher para quem vender a força de trabalho, eventualmente em melhores condições de meio ambiente do trabalho, com quem negociar, onde morar, o que comer). Trata-se de liberdade substantiva, defendida por Amartya Sen, sob o aspecto da condição de agente, para cuidar de si e para influenciar o mundo. E mesmo de liberdade de transação, ou seja, direito de interagir economicamente, como por exemplo possuir conta bancária, abrir uma empresa.

Assim é que, por um lado, uma solução estruturalista seria, dentro do mesmo contexto de fiscalização por parte das marcas beneficiadas nessas cadeias de produção em rede, responsabilizar solidariamente o tomador do serviço terceirizado.

Por outro lado, a política migratória, mais do que um assunto de segurança nacional que justifique a atribuição da Polícia Federal, deveria ser vislumbrada como uma responsabilidade do Poder Executivo, por intermédio das estruturas especializadas em tratar com direitos humanos (Secretaria de Direitos Humanos) e com direitos

do trabalho (Ministério do Trabalho e Emprego), ou mesmo por uma nova estrutura executiva, com essa finalidade específica. Isso porque, mantendo a atribuição na Polícia Federal, é inevitável que o imigrante irregular seja tratado como um criminoso, o que atravança todo o procedimento burocrático de regularização – já que o objetivo, sob o olhar polícial, é não alcançar a regularização do estrangeiro.

O esforço de implementar tais propostas de alteração estrutural, para efetivação de direitos humanos dos imigrantes pobres que trabalham em oficinas de costura na capital, se justifica, pois o verdadeiro desenvolvimento enfoca a expansão da liberdade humana, a liberdade “das pessoas para levar a vida que elas têm razão para valorizar e para melhorar as escolhas reais que elas possuem”, de acordo com a teoria da escolha social sustentada por Amartya Sen¹⁵ e aqui adotada como fundamentação de opções de estruturação da sociedade brasileira.

Notas

² SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 23.

³ SILVA, Sidney Antonio da. “Bolivianos em São Paulo: entre o sonho e a realidade”, *Estudos Avançados* 20, 2006, p. 159.

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. “Monopólio colonial e subdesenvolvimento”, in *Democracia, Direitos Humanos e República*. São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 166.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 187.

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. “Concentração, Estruturas e Desigualdade: As origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda”, São Paulo, Icid, 2006, P. 13.

⁷ Dentre os crimes denunciados no processo em tela, não existe nada relacionado a tráfico internacional de pessoas, uma vez que, apesar do Protocolo de Palermo, que conceitua o tráfico de pessoas, também para fins de exploração do trabalho, fato é que a legislação penal brasileira se restringe a tipificar o crime de tráfico de pessoas (antes, tráfico de mulheres) apenas quando a finalidade é a exploração sexual (artigo 231 do Código Penal Brasileiro).

⁸ POSNER, Richard A. “Problemas de filosofia do direito”. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 621.

⁹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 17.

¹⁰ STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Op. cit., p. 117.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 123.

¹² STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Op. cit., p. 169.

¹³ A exemplo dos autos de infração nº 2961/2010 e 2964/2010 (com respectivas notificações).

¹⁴ A exemplo dos autos nº 0007001-49.2010.403.61.81, de pedido de prisão/liberdade vigiada para fins de expulsão, tendo sido devidamente colocado em liberdade após atuação da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal no caso.

¹⁵ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Op. cit., p. 332.

Referências

ARAÚJO, Nádia de. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CUNHA, Guilherme L. da. *Migrações, direitos humanos e direito de asilo*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Coords.). *O direito internacional do terceiro mundo: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Monopólio colonial e subdesenvolvimento, in Democracia, Direitos Humanos e República*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. *Concentração, Estruturas e Desigualdade: As origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda*. São Paulo: Icid, 2006.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Sidney Antonio da. *Bolivianos em São Paulo: entre o sonho e a realidade*, *Estudos Avançados* 20, 2006.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TRÁFICO HUMANO COMO AMEAÇA NA POLÍTICA INTERNACIONAL

De Leon Petta Gomes da Costa¹

Artigo recebido em 17/08/2010

Artigo aprovado em 04/05/2011

RESUMO: O crescente aumento de vítimas de tráfico humano e pessoas que utilizam os serviços de transportadores de pessoas (contrabandistas) vêm causando impactos sociais, econômicos, políticos e até relativos à segurança internacional. Problema este agravado com a demora das autoridades em identificar este problema ao longo dos anos 90 e começo dos anos 2000. Este artigo visa abordar a ameaça no contexto Geopolítico e o que os governos e as Nações Unidas vêm fazendo para sanar este problema.

Palavras-chave: Tráfico Humano. Geopolítica. Crime Organizado.

ABSTRACT: The growing number of victims of human trafficking and people who use the services of transporting people (smugglers) are impacting social, economic, political and even to international security. This problem was compounded by the delay of the authorities to identify this problem over the years 1990 and early 2000. This article seeks to address the threat in the geopolitical context and what governments and the UN are doing to remedy this problem.

Keywords: Human Trafficking. Geopolitics. Organized Crime.

Introdução

Desde a antiguidade a humanidade se deparou com a escravidão. Inicialmente, povos conquistados pela guerra eram escravizados e obrigados a trabalhar em serviços pesados ou

¹ Analista de Inteligência e Professor de História. Mestrando em Geopolítica (Geografia Humana) pela Universidade de São Paulo (USP) e aluno do curso de Direito da Universidade São Judas Tadeu (USJT). Pós-Graduado em Política e Relações Internacionais pela Fundação Escola de Sociologia e Política (FESP-SP). Formado em História pela Universidade Santanense (UniSant'Anna).

sexuais para aquele povo que os derrotou. Foi assim desde a antiguidade, tempos bíblicos até o início da Revolução Industrial no século XVIII (DIAMOND, 2002, p.292). Apesar da proibição nos séculos que se seguiram e de sua diminuição, o fim da Guerra Fria trouxe novamente este assunto para pauta de discussões, sobretudo quando ligado à globalização, segurança internacional, geopolítica, história e ciências criminais.

Atualmente o tráfico humano não é tão exposto quanto nos séculos passados, não envolvendo diretamente governos ou grandes corporações. Hoje ele é feito através das redes obscuras do crime organizado, de forma que seu estudo se torna mais difícil em comparação a outros assuntos internacionais.

O estudo do crime organizado em si é pouco difundido e pouco abordado no Brasil, e quando o é geralmente levanta tópicos relacionados ao tráfico de drogas ou de armas, devido ao seu impacto direto nas relações internacionais. Por não apresentar um impacto direto e imediato, o tráfico humano acaba por ser bem menos estudado, apesar de ser a terceira maior fonte de faturamento dos sindicatos criminosos internacionais.

As formas unilaterais com que esses assuntos vêm sendo combatido pelos governos vêm se demonstrando ineficazes, sendo necessária a atuação de organismos transnacionais para melhor lidar com a situação, sobretudo a Nações Unidas e a Interpol.

No século XX, duas guerras mundiais e a Guerra Fria moldaram o mundo e impulsionaram inovações tecnológicas com uma velocidade jamais vista na história do homem. A década de 1980 e o fim da Guerra Fria viram o crime organizado ganhar impulso renovado ao redor do mundo (NAIM, 2006, p. 17).

O fortalecimento de sindicatos colombianos, das máfias italianas e das triádes chinesas bem como o surgimento do Comando Vermelho no Brasil ou a entrada da máfia russa no cenário internacional fizeram com que o final da década de 80 mostrasse ao mundo que novos tempos começavam (NAIM, 2003). O impacto desses agentes não-estatais no cenário internacional começava a acelerar e os Estados nacionais

moldados por um mundo polarizado entre duas superpotências de 1945 a 1989, se encontravam agora diante de uma ameaça nova, para qual tinham pouco ou nenhum preparo (ZIEGLER, 2003, p.165).

O tráfico de drogas cresceu nos países sub-desenvolvidos e em desenvolvimento, criando facções e organizações criminosas poderosas, o tráfico de armas agora alimentava inúmeros conflitos em países pobres e o tráfico de pessoas, uma prática quase extinta, agora ressurgia com força e impulso de um mercado que ansiava por mão-de-obra barata e exploração intensiva de atividades sexuais (SKINNER, 2008).

O Crime Organizado Internacional e o Tráfico Humano

O Crime Organizado Internacional tem conseguido lucros cada vez maiores em uma quantidade imensa e vasta de seguimentos. A atuação das polícias e dos governos tem sido fraca e lenta diante do crescimento desta ocorrência. O problema do combate ao crime internacional sempre bate com a questão das fronteiras. E com isso com os interesses do poder e da economia dos países.

À exemplo deste jogo de poder, o mega traficante de armas Victor Bout, apelidado de “Mercador da Morte”, foi um dos criminosos mais procurados do mundo durante vários anos, devido a venda de armas ilegais, sobretudo na África, até que durante a guerra do Iraque em 2003, seu nome desapareceu da lista de procurados dos Estados Unidos e da Inglaterra, uma vez que Bout prestava serviços aos esforços de guerra dos Estados Unidos no Iraque. Tal situação só se reverteu após fortes pressões do governo da França, fazendo Bout voltar à lista de procurados (GLENNY, 2007, p.244).

O combate ao crime organizado internacional ainda passa por questões mais complicadas do que apenas poder e economia. Em alguns países ou regiões, o “comércio ilegal” pode ser a principal fonte de sustento da população, Montenegro é um exemplo na qual o dito “mercado negro” faz parte da economia fundamental do

país, neste caso o dinheiro com contrabando de cigarros é parte importante do produto interno bruto (GLENNY, 2007, p.42). Na China, Taiwan ou Vietnã são as mercadorias pirateadas de grande importância para a economia local (NAIM, 2006, p. 106).

Apenas com base nisso, já seria o suficiente para se perceber as dificuldades que existem em implantar operações ou leis internacionais conjuntas contra o crime organizado. Além disso, não obstante os poucos casos de cooperação entre países, a agência internacional criada justamente para esses assunto é pouco utilizada e desvalorizada. A Interpol, ao longo dos anos foi considerada, por muitos governos, mais como um banco de dados de criminosos e fugitivos do que propriamente um departamento de polícia internacional (NOBLE, 2007).

A economia do crime organizado é extremamente diversificada. O que torna as medidas para enfraquecê-lo ainda mais difíceis de serem tomadas. Cerca de 10% da economia global gira em torno do comércio ilícito. A maior fonte de renda do crime organizado internacional é sem dúvida nenhuma o tráfico de drogas, seguido do tráfico de armas e o tráfico de pessoas (NAIM, 2006, p.20).

O contrabando e o tráfico de seres humanos movimentam por ano cerca de 800 mil (2008) pessoas, isso sem levar em consideração o contrabando e tráfico internos de cada país, gerando em torno de 31,7 Bilhões de dólares. Cerca de 80% são mulheres e 50% são menores de idade. Desse total de pessoas, 43% têm como destino a prostituição, 32% o trabalho forçado e 25% destinos como adoção, remoção de órgãos e partes do corpo e etc. (CIA, 2008)

O tráfico humano já vinha sendo combatido desde o século XIX com várias convenções e tratados, mas se tornou crime contra a humanidade desde a Convenção de Palermo (2000). Sendo caracterizado pelo ato de recrutar, transportar, transferir, alojar, ou receptar pessoas através do uso de força, coerção, abdução, abuso de poder, fraude ou fornecendo e recebendo benefícios para ter domínio sobre outra pessoa, com o objetivo de exploração sexual, prostituição, trabalhos

forçados, escravidão ou remoção de órgãos (UNODC, 2006).

Contudo, é importante ressaltar a diferença entre contrabando e tráfico humano. No contrabando, a pessoa paga a outra pessoa, um contrabandista, para transportá-la ao destino que ela deseja. Por exemplo, os imigrantes mexicanos pagando aos coites para transportá-los através da fronteira dos Estados Unidos. Enquanto que, no tráfico humano, o traficante recruta, força, coage ou engana visando a exploração desta pessoa. É importante ressaltar que qualquer pessoa que pague para vir a ser contrabandeada pode, durante o processo de transporte, se tornar vítima de tráfico (NAIM, 2006, p.85).

Os casos envolvendo contrabando e tráfico de seres humanos segue uma linha lógica e clara, a de países fornecedores, os países de trânsito e a de países receptadores. Isto é, pessoas de países fornecedores (países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento) acabam indo por vontade própria ou sendo obrigadas a irem para países receptadores (países em desenvolvimento ou desenvolvidos) (UNODC, 2006).

Por exemplo, garotas pobres do leste europeu são obrigadas a se prostituir na Alemanha (GLENNY, 2007, p.408). Mas, os países em desenvolvimento podem ser tanto origem quanto destino, como por exemplo, o Brasil, na qual existe brasileiras indo à Portugal para se prostituir (NEVES, 2009), como bolivianos indo ao Brasil para buscar melhor qualidade de vida (CACCIAMALI, 2006, p.4).

O crescimento deste problema atualmente, se deve principalmente ao colapso do bloco soviético que possuíam fronteiras altamente rígidas antes da queda do muro de Berlim que dificultava a circulação entre ocidente e oriente; as facilidades de informações, comunicações e transporte com outros locais devido ao processo da globalização (NAIM, 2006, p.87).

A subordinação das mulheres em algumas sociedades reflete a disparidade entre os sexos na economia, educação e oportunidades de trabalho em alguns países, afinal, em muitas culturas as famílias têm uma forte preferência pelo nascimento de um homem e quando tem

uma mulher acabam por vendê-la para assim se livrar do pagamento do dote no casamento desta. Além disso, as sucessivas crises econômicas bem como as guerras que se resultaram no leste europeu com o fim da Guerra Fria fizeram com que as mulheres e as crianças se tornassem alvo fácil de traficantes, uma vez que seus estados não possuíam mais a capacidade de defendê-las; a alta demanda mundial nos últimos anos por sexo, trabalho barato e trabalho doméstico. Como resultado os países desenvolvidos tem endurecido suas políticas de imigração fazendo com que as pessoas interessadas em se deslocar de seus países de origem procurassem contrabandistas e traficantes. (RIBANDO, 2007, p.7).

Para Skinner, o fato é que mesmo após quase dois séculos de pressão antiescravista e quase cem anos desde a Convenção de Genebra em 1926 que tratava sobre o assunto (escravidão), o mundo nunca teve tantos escravos na história como tem hoje. Durante o período das grandes navegações, isto é, cerca de 400 anos, 12 milhões de pessoas foram traficadas da África para as Américas. Hoje em dia, em apenas 10 anos, 30 milhões de pessoas foram traficadas ou contrabandeadas (NAIM, 2006, p.85).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estimou em 2005, que ao menos 12 milhões e 300 mil pessoas eram vítimas de trabalhos forçados ao redor do mundo (JONES; ENGSTROM, HILLIARD, DIAZ, 2007). Tal fato geraria um fluxo neste mercado de 32 bilhões de dólares anualmente (FEINGOLD, 2005). Obviamente, estes números são oficiais, sobre um mercado não-oficial, portanto, podem ser ainda maiores.

Por muito tempo, o debate do tema de tráfico humano foi associado apenas à prostituição ou trabalhos sexuais, contudo pressões feministas ao longo dos anos foram dissociando o viés sexual do tema, abordando mais áreas e questões. Incluindo assim uma série de conceitos, tais como imigração ilegal, trabalho escravo e etc. (DESYLLAS, 2007).

Enquanto este problema é transnacional, principalmente devido ao fato de que as redes criminosas envolvidas acompanharam a evolução da globalização, os governos mostram-se

travados em suas próprias fronteiras por não terem acompanhados este novo cenário (ZIEGLER, 2003, p.33). Uma forma encontrada para o combate a esse novo sistema seriam as Nações Unidas, no caso o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, UNODC, criada em 1997 e estabelecida em Viena, Áustria. Contudo, existem críticas sobre como a ONU vem tratando o assunto, na qual ela deveria considerar alguns fatores para melhor lidar com a questão do tráfico humano, tais como: reconhecer que o contrabando de pessoas é um ataque direto à soberania de um país, que deve determinar quem pode ou não entrar e permanecer em seu território. Os contrabandistas de pessoas frequentemente compõem o núcleo das violações aos direitos humanos, fazendo disso não apenas uma questão política ou criminal, mas também, humanitária (RUDDOCK, 2002).

A ONU e os países desenvolvidos tratam o assunto como se este fosse uma questão de imigração e não criminal, além disso, a ineficiência de grande parte do sistema jurídico da maior parte dos países está tratando o assunto como se este viesse a ser menos grave do que o tráfico de drogas ou de armas. Por fim, existe um desinteresse e algumas vezes cumplicidade de alguns governos com tal situação, seja através da corrupção (vendendo documentos falsos) como ignorando o assunto (RIBANDO, 2007, p.8).

Em um evento da ONU recente, o Secretário-Geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon, disse durante a abertura do evento na Assembleia Geral que a comunidade internacional deve se unir para combater o crime e que os países precisam demonstrar tolerância zero no combate ao tráfico de seres humanos. O secretário afirmou ainda que o mundo tem que criminalizar este crime e que deve aplicar punições mais severas a seus infratores, em uma tentativa clara de pressionar os países à assinarem o Protocolo da ONU contra o Tráfico Humano. Por fim, o secretário-geral terminou seu discurso apoiando o pedido de alguns países para criar um Plano de Ação Global contra o Tráfico Humano (Rádio ONU, 2009).

As Nações Unidas atualmente tentam enfrentar o tráfico de pessoas através de reforços às

estratégias nacionais em países em desenvolvimento, coordenação de ações à repressão a estas organizações intergovernamentais que utilizam as pessoas como produto. Além de providenciar ajuda às vítimas para que possam reconstruir suas vidas (BOLTON, 2005), ou ainda, através da promoção do desenvolvimento econômico nos países que vem sendo afetados por esse problema, devido a suas condições precárias (JONES; ENGSTROM, HILLIARD, DIAZ, 2007).

Em meio a todo este cenário fica a dúvida da efetividade dos órgãos internacionais no combate específico ao tráfico humano, uma vez que é sumariamente subestimado quando se comparado ao tráfico de drogas e de armas. Embora seja a terceira mais rentável forma de lucro dos sindicatos criminosos, as medidas gerais tomadas pelas Nações Unidas são mais no sentido educacional ou de conscientização, do que necessariamente pressionando os países receptores a mudar suas políticas sobre imigração, ou ainda pressionando os países emissores a combater os criminosos de formas mais rigorosas ou efetivas.

A globalização e as novas tecnologias moldaram um novo cenário internacional, na qual os países e seus estados ainda não se moldaram por completo. Grande parte dos órgãos governamentais ainda lida com a questão das fronteiras para a defesa, um conceito não mais adequado para os novos atores internacionais (NAIM, 2003).

A década de 90 viu o fim da Guerra Fria causar diversos impactos antes não esperados. Seja na cultura, na soberania, nas estratégias ou na economia, o fato é que novos jogadores vem aparecendo e jogando com novas regras, as quais os estados têm dificuldade a se moldar. Estes novos personagens de um novo teatro de operações não dependem da supervisão ou do controle estatal, como vinha sendo durante o período da Guerra Fria, dependem no geral apenas de si próprios (ZIEGLER, 2003, p.91).

Sejam estes atores empresas visando lucros em regiões estrangeiras, terroristas com células espalhadas por diversos países por inúmeros objetivos ou sindicatos criminosos contrabandeando produtos de vários lugares para outros vários lugares. A questão é que as fronteiras se

enfraqueceram no controle de organismos não-governamentais.

Esse tipo de estudo ainda é relativamente novo e pouco estudado, sobretudo quando se trata da ligação deste novo paradigma com o crime organizado internacional. Esse tema é geralmente estudado e pesquisado por juristas ou forças estatais, não sendo muito aberto ao público em geral por opção dos governos ou por falta de interesse mais amplo.

A questão do tráfico humano em si, se mostra um pouco mais complexo que os demais temas de crime organizado, afinal, é um problema que já atinge a humanidade a vários séculos e a despeito de diversas medidas para conter esta ameaça, sobretudo no século XIX, ela volta com força após o fim da União Soviética e o colapso de seu antigo império.

O contrabando de pessoas causa sérios impactos sociais, em todo o percurso de países envolvidos. Nos países originários dos seres humanos contrabandeados, a situação geralmente é precária e difícil, possuindo assim um contingente enorme de pessoas pobres e desesperadas por uma qualidade de vida melhor. Os sindicatos criminosos se aproveitam disso para enganar, extorquir ou seqüestrar estas pessoas, no geral ignorantes sem acesso a educação, e então vendê-las para que posteriormente venham a realizar trabalhos forçados em regime explícito de escravidão, se prostituam ou ainda para que vendam seus órgãos. Enquanto que os países que recebem esse contingente de pessoas, enfrentam problemas com superpopulação, criminalidade, desemprego, xenofobia, etc.

No Brasil, existe tanto o problema de países originários quanto o de países destino. Sejam garotas pobres enganadas e sendo levadas a Portugal (NEVES, 2009) e Espanha (UNODC, 2006, p.51) para se prostituir ou pessoas que se submetem a pequenas cirurgias e acabam sem um rim (NAIM, 2006, p. 153). Além de sofrer com a consequência gerada por imigrantes ilegais vindos de outros países ainda mais pobres, como Bolivianos que trabalham em confecções têxteis da cidade de São Paulo (ILLES; TIMÓTEO; FIORUCCI, 2008).

Assim, as circunstâncias envolvendo este problema geram desemprego, criminalidade, crises diplomáticas e etc. O combate a este problema se torna de suma importância, uma vez que seus impactos sociais, econômicos e políticos são imensos e quando percebidos publicamente já estão gravemente avançados.

O que se constata, é que a ONU não se encontra numa posição política suficientemente forte para coordenar uma resposta internacional ao tráfico de seres humanos. Isso acontece por que os Estados não conferem a ela autoridade, autonomia e recursos políticos, legais e técnicos para efetuar essa coordenação.

Sem condições adequadas para poder enfrentar o tráfico de pessoas, a UNODC fica limitada a processos educacionais e pedagógicos, tentando conscientizar as autoridades envolvidas, dos malefícios e consequências causadas por este problema.

Referências

BOLTON, Sally. **The Inhumanity of Human Trafficking**. Magazine Title: UN Chronicle. Volume: 42. Issue: 4. Publication Date: December 2005.

CACCIAMALI, Maria Cristina. **Entre o tráfico humano e a opção da mobilidade social: A Situação dos imigrantes bolivianos na cidade de São Paulo**. PROLAM/USP (ano 5 - vol. 1 – 2006). Disponível em: www.usp.br/prolam/downloads/2006_1_7.pdf

CHENEVA, Iveta. **Trafficking in Persons: Training Program to Assist in Developing Policies**. Journal of International Peace Operations. Volume 3, Number I. July-August, 2007.

COLARES, Marcos. **I diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará**. – Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2004.

COSTA, Andréia. **Tráfico de pessoas**. O Povo. Ed. 10 de Março de 2009.

DESYLLAS, Moshoula Capous. **A Critique of the Global Trafficking Discourse and U.S.**

Policy. Journal Title: Journal of Sociology & Social Welfare. Volume: 34. Issue: 4. Publication Year: 2007.

DIAMOND, Jared. **Armas, Germes e Aço**. Os destinos das sociedades humanas. Rio de Janeiro. Ed. Record, 2002.

FASULO, Linda; **An Insider's Guide to the UN**. Yale University Press/ New Haven and London. 2004.

FEINGOLD, D. A. **Human Trafficking**. Foreign Policy. September/October 2005.

GLENNY, Misha. **McMáfia, Crime sem fronteiras**. São Paulo. Companhia das Letras. 2007.

HANAH, Adely. **The Golden Venture: A Journey into America's Immigration Nightmare**. The Journal News. May 2, 2006.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Hopes Betrayed: Trafficking of Women and Girls to Post-Conflict Bósnia and Herzegovina for Forced Prostitution**. Volume 14, NO. 9. November, 2002.

ILLES, Paulo; TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares; FIORUCCI, Elaine da Silva. **Tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho na cidade de São Paulo**. São Paulo, Outubro de 2008.

JORDAN, Ann. **Sex Trafficking: The Abolitionist Fallacy**. Toward Freedom: Foreign Policy in Focus. 24 March 2009.

JONES, Loring. ENGSTROM, David, W. HILLIARD, Tricia. DIAZ, Mariel. **Globalization and Human Trafficking**. Journal of Sociology & Social Welfare. Volume: 34. Issue: 2. Publication Year: 2007.

LANDERSMAN, Peter. **The Girls Next Door**. The New York Times. January 25, 2004.

KEMPADOO, Kamala. **Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres**. York University, Canadá. Setembro de 2005.

MILLER, John R. **Slave Trade: Combating Human Trafficking**. Journal Title: Harvard International Review. Volume: 27. Issue: 4. Publication Year: 2006.

NAIM, Moisés. **Ilícito, O ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. Rio de Janeiro. Ed. Zahar, 2006.

NAIM, Moisés. **Ilícito, O ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. Rio de Janeiro. Ed. Zahar, 2006.

NAIM, Moisés. **The five wars of globalization**. Magazine Title: Foreign Policy. Publication Date: January-February 2003.

MISHRA, Girish. **Human Smuggling and Trafficking in era of Globalization**. Maio de 2006. Disponível em: www.zmag.org/znet/viewArticle/15487

MILLER, John J. **Border Lines - What to Do about Immigration after 9/11**. National Review. Volume: 53. Issue: 20. Publication Date: October 15, 2001.

NEVES, Céu. **40 mil vítimas de tráfico no Brasil por ano**. Diário de Notícias Portugal. 24 de Março de 2009.

NOBLE, Ronald Kenneth. **Em entrevista ao programa 60 Minutes da CBS. Outubro de 2007**. Disponível em: www.cbsnews.com/stories/2007/10/04/60minutes/main3330289_page3.shtml RIBANDO, Clare M. **Trafficking in Persons: U.S. Policy and Issues for Congress**. CRS Report for Congress. June 20, 2007.

RICHARD, Amy O'Neal. **International Trafficking in Women to the United States: A Contemporary Manifestation of Slavery and Organized Crime**. Center for the Study of Intelligence. November, 1999.

RUDDOCK, Philip. **What the United Nations should do about people smuggling**. Magazine Title: UN Chronicle. Volume: 38. Issue: 2. Publication Date: June-August 2001.

SCHLOENHARDT, Andreas. **Migrant Trafficking and Regional Security**. Journal Title: Forum for Applied Research and Public Policy. Volume: 16. Issue: 2. Publication Year: 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **O tráfico internacional de mulheres e crianças**. Boletim IBC-Crim São Paulo, ano 10, n. 112, p. 3-4, mar. 2002.

SKINNER, Benjamin E. **World Enslaved: There Are Now More Slaves on the Planet Than at Any Time in Human History. True Abolition Will Elude Us until We Admit the Massive Scope of the Problem, Attack It in All Its Forms, and Empower Slaves to Help Free Themselves**. Magazine Title: Foreign Policy. Issue: 165. Publication Date: March-April 2008.

UNITED NATIONS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. 18 de Dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.december18.net/UNconventionPortuguese.pdf>

UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. **Assistance for the Implementation of the ECOWAS Plan of Action against Trafficking in Persons**. 2002. Disponível em: www.unodc.org/documents/human-trafficking/ecowas_training_manual_2006.pdf

UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. **Global Report on Trafficking in Persons**. February 2009. Disponível em: www.unodc.org/documents/human-trafficking/Global_Report_on_TIP.pdf

UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. **The Globalization of Crime**. A Transnational Organized Crime Threat Assessment. 2010. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf

UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. **Trafficking in Persons: Global Patterns**. Abril/2006. Disponível em: www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime. **Tráfico internacional de pessoas e tráfico de migrantes entre deportados(as) e não admitidos(as) que regressam ao Brasil via o aeroporto internacional de São Paulo**. São Paulo, Novembro 2006. Disponível em: www.unodc.org/pdf/brazil/op_14786_traf_pessoas.pdf

UNITED NATIONS, Rádio das Nações Unidas. **ONU pede tolerância zero a Tráfico Humano**. 13 de Maio de 2009. Disponível em: <http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/detail/163880.html>

VASCONCELOS, Márcia; BOLZON, Andréa. **Trabalho forçado, tráfico de pessoas e gênero: algumas reflexões.** São Paulo, Outubro 2008.

WAGLEY, John R. **Transnational Organized Crime: Principal Threats and U.S. Responses.** CRS Report for Congress. March 20, 2006.

ZIEGLER, Jean. **Os Senhores do Crime, As novas máfias contra a democracia.** Rio de Janeiro. Ed. Record, 2003.

A MEMÓRIA E A VERDADE COMO INSTRUMENTOS DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL *

Carlos Artur Gallo **

Artigo recebido em 04/05/2011

Artigo aprovado em 01/06/2011

RESUMO: O presente estudo analisa em que consiste, como surge e quais as possibilidades de concretização do “direito à memória e à verdade” no Brasil. Este direito consiste, basicamente, no resgate da memória e da verdade dos fatos referentes às trajetórias daqueles que foram perseguidos e/ou mortos pela violência estatal. No caso brasileiro, a memória e a verdade tem sido pouco a pouco melhor tratadas, contudo, segue-se enfrentando sérios obstáculos à sua efetivação.

Palavras-chave: Direito à Memória e à Verdade. Direitos Humanos. Ditadura Civil-Militar no Brasil (1964-1985). Emancipação Social.

ABSTRACT: This paper analyzes what is, how emerges, and what are the possibilities to achieve the ‘right to memory and truth’ in the Brazilian reality. This right is, basically, the recovery of memory and truth of the facts concerning to the trajectories of who were persecuted and / or killed by authoritarian regimes. In Brazil, it appears that the memory and the truth as rights have been gradually better treated. However, there are still serious obstacles to its realization.

Keywords: Right to Memory and Truth . Human Rights. Civil-Military Dictatorship in Brazil (1964-1985). Social Emancipation.

Considerações iniciais

A partir de dezembro de 2009, quando se deu a divulgação do 3º Plano Nacional dos Di-

* O presente artigo reproduz, com alterações, parte da monografia “A política na balança e o caso das mãos amarradas”, que foi apresentada no Departamento de Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em junho de 2010. O autor reitera agradecimentos ao seu orientador, Prof. Dr. Alfredo Alejandro Gugliano (IFCH / UFRGS).

** Bacharel em Direito (Uniritter) e em Ciências Sociais (UFRGS). Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração (UFRGS). Mestrando em Ciência Política (UFRGS). Bolsista do CNPq. Contato: galloadv@gmail.com

reitos Humanos (PNDH-3), através dos meios de comunicação foram difundidas e, de certa forma, potencializadas, inúmeras discussões sobre a violação aos direitos humanos perpetradas ao longo das duas décadas de ditadura civil-militar vivenciadas no Brasil de 1964 a 1985.

Tais discussões, que ao longo do ano de 2010 foram revigoradas em virtude do julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 (que tratava da revisão da interpretação da Lei da Anistia) pelo Supremo Tribunal Federal (ocorrido no final de abril) e pelo julgamento do “Caso da Guerrilha do Araguaia” pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (em dezembro), e, que no primeiro trimestre de 2011 têm se dado em torno da aprovação do Projeto de Lei nº 7.376/2010, que prevê a criação da Comissão Nacional da Verdade, vinculam-se diretamente a promoção do direito à memória e à verdade.

Em que consiste esse direito? O que o fundamenta? Quais os objetivos daqueles que o reivindicam? Como ele vem sendo tratado na realidade brasileira? Quais as suas possibilidades de efetivação? Com o presente estudo pretende-se responder a estes questionamentos, e, sem limitar-se a este objetivo, contribuir para a reflexão sobre o tema construindo uma linha de análise baseada nos estudos de Boaventura de Sousa Santos sobre os direitos humanos.

Direito, direitos humanos e emancipação social

Com o início dos processos de redemocratização, que se realizaram ao longo do continente latino-americano a partir dos anos de 1980, a temática dos direitos humanos, impulsionada principalmente em função das violações ocorridas no período ditatorial vigente não só no Brasil, mas em países como a Argentina, o Chile e o Uruguai, dentre outros, é (re)inserida na pauta de discussões. No Brasil, contudo, conforme destaca Rodrigo Stumpf González (1994, p. 8-9), tal valorização não se deu com a mesma intensidade que nos demais países, isto porque, ao que tudo indica, a reabertura brasileira se deu de forma menos abrupta¹.

De acordo com Norberto Bobbio (1992, p. 18 e 32), os direitos humanos são historicamente construídos, e, por isto, variáveis em cada época. Ou seja, correspondendo às condições sociais, políticas e econômicas vigentes, e, particularmente inseridos em um contexto específico que lhes legitima e reconhece como exigíveis, é que estes direitos são conquistados através das lutas sociais. No tocante ao seu conceito, Bobbio (1992, p. 17-18) constata que a maioria das definições comumente apresentadas por juristas e filósofos constituem uma explicação retórica que, analisada profundamente, evidencia um significado pouco nítido, principalmente por serem constituídas de termos avaliativos, fazendo com que, ao invés de um consenso frutífero, decorram polêmicas quase insolúveis.

Argumenta Boaventura de Sousa Santos (1989, p. 3), que os direitos humanos integram o projeto civilizatório da modernidade, e que, no bojo da crise deste paradigma, contudo, o déficit na sua efetivação restou bastante agravado.

Para entender em que consiste a crise referida, é necessário compreender-se, primeiramente, o que contempla o projeto da modernidade, bem como a sua trajetória. Neste sentido, é interessante relembrar que Sousa Santos (1989, p. 3; 1999a, p. 77), ao analisar o projeto da modernidade, irá constatar que o mesmo, embora muito rico, amplo em possibilidades, contudo, sujeito à contradições, se sustenta em dois pilares específicos e complementares: a regulamentação social e a emancipação social, estando cada um destes constituído por três princípios/lógicas específicas.

O pilar da regulamentação social, segundo a concepção de Boaventura, constitui-se pelos princípios: do Estado (cujas origens remontam ao pensamento hobbesiano); do Mercado (predominante nos estudos de Locke); e da Comunidade (cuja formulação remete à filosofia política de Rousseau). A emancipação, por sua vez, é formada por três lógicas ou tipos de racionalidade: a estético-expressiva da arte e da literatura; a moral-prática da ética e do direito; e a cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.

Dito isso, complementa o autor:

Como em qualquer outra construção, estes dois pilares e seus respectivos princípios ou lógicas estão ligados por cálculos de correspondência. Assim, embora as lógicas de emancipação racional visem, no seu conjunto, orientar a vida prática dos cidadãos, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado no pilar da regulação. A racionalidade estético-expressiva articula-se privilegiadamente com o princípio da comunidade, porque é nela que se condensam as ideias de identidade e de comunhão sem as quais não é possível a contemplação estética. A racionalidade moral-prática liga-se preferencialmente ao princípio do Estado na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito. Finalmente, a racionalidade cognitivo-instrumental tem uma correspondência específica com o princípio do mercado, não só porque nele se condensam as ideias da individualidade e da concorrência, centrais ao desenvolvimento da ciência e da técnica, como também porque já no século XVIII são visíveis os sinais da conversão da ciência numa força produtiva (SANTOS, 1999a, p. 77).

Assim, verificando-se que o desenvolvimento do projeto civilizatório moderno ocorre de forma concomitante e vinculada ao desenvolvimento do sistema capitalista nos países centrais (valendo a mesma assertiva para a construção dos direitos humanos), é possível dividir tal desenvolvimento em três períodos: o do capitalismo liberal, o do capitalismo organizado e, finalmente, o do capitalismo desorganizado (SANTOS, 1989, p. 4).

O primeiro período, que se estende ao longo de todo o século XIX, corresponde à fase de expansão e consolidação dos direitos civis e políticos, que foram sendo conquistados a partir das lutas sociais organizadas pelos trabalhadores. A segunda etapa, que vai do final do século XIX até o final dos anos 1960, sendo o período do desenvolvimento capitalista organizado, irá contemplar a conquista de direitos sociais e econômicos, assistindo, também, ao surgimento do

Estado-Providência. Por fim, o terceiro período mencionado por Sousa Santos, que é aquele do capitalismo desorganizado, inicia nos anos sessenta e prolonga-se até a atualidade. Nesta etapa, que para o estudioso referido é bastante complexa, ao mesmo tempo em que a sociedade se valeu dos direitos sociais e econômicos, travaram-se as lutas pelo reconhecimento de direitos “culturais, pós-materialistas, anunciadores de modos de vidas alternativos (ecológicos, feministas, pacifistas, anti-racistas, antinucleares)” (SANTOS, 1989, p. 4).

No que tange aos países periféricos ou semiperiféricos, agrupamento no qual se enquadram os países da América Latina, o desenvolvimento apresentado, embora tenha servido de modelo, não se deu de forma tão linear, ocorrendo que toda uma agenda implementada nos países centrais, ao longo de mais de um século, foi consolidada no continente latino-americano em pouco mais de duas décadas e, o que não pode ser esquecido, após diversas descontinuidades democráticas, fato este que, de certa forma, justifica a fragilidade bem com a quantidade das garantias jurídicas positivadas em alguns Estados (SANTOS; et al., 1996, p. 42-44).

Todavia, embora essa gama de direitos humanos tenha-se consolidado ao longo do desenvolvimento do capitalismo e da modernidade, há que ser notado que, conforme assevera Boaventura de Sousa Santos (1989, p. 5):

Em todos os períodos, o que se tem consolidado é contudo a liberdade possível, a igualdade possível, e a autonomia e a subjectividade possíveis no marco das relações sociais capitalistas. Trata-se, porém, de possibilidades, activas, criadoras, na medida em que as lutas sociais pelos direitos humanos acabaram por transformar significativamente as relações sociais capitalistas. Até onde pode ir tal transformação é ponto de debate.

Por isso, ainda de acordo com Sousa Santos (1989, p. 5-6), o que parecia visível no final da década de 1980 era a existência de uma crise dos direitos humanos em si, visto que estes, enquanto promessa do modelo civilizatório moderno,

começavam, novamente, a ser questionados. Todavia, complementa o autor, o fato de serem questionados não necessariamente coloca em xeque a validade e as possibilidades de efetivação desses direitos. Tendo em vista que os mesmos enfrentam dificuldades de sustentação social, os indícios apontam, na verdade, para uma crise do modo de produção capitalista, e, por consequência, do seu próprio mantenedor: o projeto da modernidade.

Tratando-se a mesma de uma crise que se apresenta sobre as mais variadas formas, especificamente no domínio da racionalidade moral-prática – que é o sustentáculo da emancipação que mais diretamente se relaciona aos direitos humanos – é possível visualizar-se quatro dilemas: o primeiro, diz respeito ao fato de os valores da modernidade, como a autonomia e a subjetividade, estarem aparentemente apartados das práticas políticas e da vida cotidiana dos cidadãos; o segundo dilema, por sua vez, refere-se ao excesso de regulamentação jurídica da vida social que, além de gerar um sistema jurídico que se alimenta de si próprio – marcado pela auto-regulamentação –, esmaga o cidadão por um conhecimento jurídico extremamente especializado, desarmando-o e deslegitimando o seu senso comum; o terceiro, fazendo menção às teorias de Karl Otto Apel, chama à atenção para o surgimento – e para o êxito – de uma ética bastante individualista, que parece tornar os indivíduos incapazes de pensar coletivamente nos problemas globais; finalmente, o quarto dilema é relativo à existência de uma lógica concentratória e exclusivista da própria modernização que permite que os valores fundamentais do projeto da modernidade sejam negados ao mesmo tempo em que os mesmos são reafirmados (SANTOS, 1989, p. 6-7; SANTOS, 1999a, p. 91).

Assim, diante desses argumentos e, constatando que os direitos humanos partilham da crise do Direito e do Estado na modernidade, Boaventura ensina e teoriza que a saída para a crise se dará com uma transição paradigmática (SANTOS, 1989, p. 7; SANTOS, 1999a, p. 92-93). Esta transição, chamada de pós-moderna na falta de uma nomenclatura mais adequada, deve ser concretizada porque, já que as possibilidades

emancipatórias restaram esgotadas dentro do modelo vigente, vê-se que a solução para a crise não pode ser pensada dentro do paradigma da própria modernidade, sob pena de, ao proceder-se desta forma, incorrer-se naquilo que Boaventura de S. Santos (1999a, p. 93) designou de “mega-armadilha da modernidade”, através da qual as possibilidades de emancipação restariam incessantemente convertidas em práticas regulatórias.

Nesse cenário de transição paradigmática os direitos humanos, para superarem o desequilíbrio existente entre os pólos da emancipação e da regulação social, necessitam esclarecer duas questões: a primeira, é referente à existência e ao reconhecimento de um pluralismo jurídico; a segunda, diz respeito às formas e aos objetivos das lutas travadas pelos direitos humanos (SANTOS, 1989, p. 7).

O Direito, na modernidade e, principalmente na terceira etapa do desenvolvimento do capitalismo (que é a fase do capitalismo desorganizado), restou convertido em uma espécie de dogma, cuja única fonte reveladora é o Estado. Entretanto, conforme Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (1999, p. 115), a partir dos anos 70 verificou-se no Ocidente um processo crescente de desregulação e infomalização da justiça, no qual o monopólio da produção do direito passou a ser questionado, sobretudo porque, até então, enquanto reconhecido como monopólio estatal, o Direito se estruturava e funcionava como uma espécie de estratégia de dominação do Estado capitalista.

Dito isso, uma vez que se tenha omitido o fato de que na sociedade não há somente uma fonte produtiva de poder e de direito, e que, o Estado é apenas uma das suas fontes (além dele existem inúmeros espaços de interação social nos quais também são produzidas regras), é premente a necessidade de que se reconheça a existência de um pluralismo jurídico, sob pena de os direitos humanos prosseguirem com seu impacto democratizador limitado às relações jurídicas estatais (SANTOS, 1989, p. 7-8).

Por isso, e, atinente à segunda questão a ser transposta, os direitos humanos necessitam, ainda, vencer a negação do seu contexto, outro

artifício do modernismo, que os tornou gerais e abstratos, e, devido a isto, de difícil aplicação, posto que os cidadãos acabam sendo intencionalmente destituídos de um senso comum jurídico, sendo reforçado o caráter hiper-especializado e técnico do direito (SANTOS, 1989, p. 8).

Torna-se necessário, assim, que predomine um pensamento efetivamente emancipatório, no sentido de que, na luta contra a dominação, emerja o contexto e, como resultado, se obtenha “cada vez mais e cada vez mais eficazes direitos humanos”, bem como que, através das lutas, sobrevenha a criação e ampliação dos espaços políticos e públicos e de novos sujeitos que, coletivamente capazes, aprofundem a democracia (SANTOS, 1989, p. 8-9 e 12).

Compreendidas as duas questões a serem transpostas pelos direitos humanos a fim de que a emancipação seja concretizada, há que ser referido que Boaventura de Sousa Santos (1999b, p. 276) ensina que, para fundar uma nova teoria da emancipação, primeiramente e, como condição à sua exitosa fundação, é preciso instrumentalizar-se, na ruptura paradigmática, um projeto de democracia pós-moderna capaz de alargar o campo político em todos os espaços de interação social e, sobretudo, naqueles espaços em que o já esgotado projeto da modernidade vinha limitando o acesso das demandas dos cidadãos.

Mas, é no combate aos excessos de regulação existentes que a emancipação será alcançada, pois, na medida em que, mesmo sabendo “melhor o que não queremos do que o que queremos”, as lutas sociais travadas, embora sem fim definido, estão dotadas de um sentido político democratizador, visto que aprofundam e ampliam os espaços das práticas sociais, convertendo e constituindo a cidadania, em tal cenário, tanto em “obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado, como na obrigação política horizontal entre cidadãos” (SANTOS, 1999b, p. 276-278).

Nesse sentido, cabe recordar que, em um estudo dedicado à questão da multiculturalidade dos direitos humanos Santos (2001, p. 7-8) salienta que, diante da crise dos projetos de emancipação intentados com a adoção do socialismo em diversos países do mundo, forças progres-

sistas parecem recorrer aos direitos humanos, na atualidade, “para reinventar a linguagem da emancipação”, e, questionando em seguida se tais direitos poderão preencher o vazio deixado pelo socialismo, complementa dizendo que sua resposta é um “sim muito condicional”.

A condicionalidade aventada existe, na verdade, porque a emancipação pós-moderna, ao contrário do que ocorre sob a égide do paradigma moderno, deve estar em vigilância permanente sobre si própria, pois as lutas que a efetivam devem ser tão críticas às formas de regulação que combateram quanto às novas formas regulatórias que ajudam a criar (SANTOS, 2002, p. 334).

Basicamente, com a elaboração desta parte da exposição buscou-se, através da apresentação de uma teoria não-convencional do Direito, dos direitos humanos e da própria modernidade, refletir sobre as possibilidades de emancipação social existentes na atualidade.

Como foi visto, tendo-se por base analítica os estudos de Boaventura de Sousa Santos, pode-se interpretar que os direitos humanos assumem, no período de transição paradigmática que se está assistindo, um papel emancipador. Concebidos como um grupo de direitos historicamente construídos, os direitos ditos humanos, são os mais diversos possíveis e seu rol é passível de constante alargamento.

Na esteira das reivindicações ensejadas em virtude dos acontecimentos de um passado recente que a história latino-americana viveu, desponta, cada vez menos timidamente, o direito à memória e à verdade. Entender em que ele consiste, quais as suas origens e como ele tem sido efetivado, por sua vez, será objeto de análise dos itens seguintes.

Origens e objetivos do direito à memória e à verdade

Como a recém foi afirmado, na esteira dos direitos humanos surgidos nas últimas décadas desponta a elaboração de um discurso pró-asseguramento e pró-efetivação de um direito à memória e à verdade. No desenvolvimento deste

ponto específico da exposição faz-se necessário, antes da apresentação dos fundamentos jurídicos e meta-jurídicos deste direito, tecer algumas considerações sobre um conceito mais amplo (e que engloba o próprio direito à memória e à verdade), conhecido como justiça de transição.

A justiça de transição, assinala o jurista Kai Ambos (2009, p. 26-27 e 46-47), surge como método de restabelecimento da reconciliação da sociedade que passou por experiências traumáticas, consistindo, basicamente, na busca pela efetivação da justiça, da punição e responsabilização dos que violaram os Direitos dos cidadãos, bem como na garantia de que aqueles que sofreram violência por parte dos agentes estatais em períodos autoritários sejam reconhecidos pelo Estado como vítimas e suas histórias, que restaram adulteradas e / ou obscurecidas, sejam resgatadas.

No tocante à nomenclatura, tendo a mesma sido criada por Ruti Teitel (*apud* SANTOS, 2009, p. 476), professora de Direito norte-americana, em 1991, época em que se deu o colapso do bloco comunista europeu, bem como estavam em curso a maioria dos processos de redemocratização na América Latina, é de se salientar que, conforme assinalado por Cecília MacDowell Santos (2009, p. 476), em períodos de transição o Direito reveste-se de características excepcionais, sendo “[...] tanto prospectivo quanto retrospectivo, contínuo e descontínuo, e vai além das suas funções habituais, interligando-se à política em um esforço construtivo”, contribuindo, sobremaneira, para a transformação radical da comunidade política.

Todavia, convém alertar que a concepção de uma Justiça organizada *na* e a serviço *da* transição, possui algumas limitações do ponto de vista teórico e analítico, pois:

É difícil determinar com precisão o início e o fim de um período de transição. Além disso, o papel do direito ao serviço da memória não é uma especificidade quer de momentos de transição, quer de lutas pela memória política. De referir, ainda, que os processos de democratização são mais descontínuos do que a literatura de justiça de transição parece indicar (SANTOS, 2009, p. 477).

Feitos esses esclarecimentos acerca da justiça transicional, do direito à memória e à verdade, cabe dizer, primeiramente, que, a despeito da delimitação do conceito e do conteúdo da Justiça de Transição tratem-se de um fato relativamente recente, visto que as discussões que se travam sobre este tema remontam a não mais do que duas décadas, é possível encontrar seus fundamentos já nas primeiras discussões pós-Segunda Guerra Mundial, quando se deram as negociações que culminaram na criação da Organização das Nações Unidas (ONU), na elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem e na criação do Tribunal de Nuremberg².

Pode-se afirmar, também, que seus objetivos possuem inegável compatibilidade com uma série de princípios estabelecidos, por exemplo, nas Convenções de Genebra I-IV, editadas em 1949, e nos artigos 32 e 33 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, datado de 1977, todos estes textos jurídicos internacionais que, conjuntamente, reconhecem e dão fundamento jurídico ao direito à verdade (AMBOS, 2009, p. 41-43).

O mesmo ocorre com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, dentre outros, ambos documentos internacionais ratificados pelo Brasil em 1992.

Mesmo patentemente visíveis em mecanismos legais internacionais, convém referir que, de acordo com Kai Ambos (2009, p. 42-43), o que tem sido fundamental na sua efetivação, contudo, é o reconhecimento pela jurisprudência nacional e internacional, bem como através dos instrumentos de direitos humanos (resguardados pelo trabalho das Comissões) que foram surgindo e, especialmente, pela prática dos Estados que implementaram Comissões de Verdade e Reconciliação, situações estas que, além de evidenciarem o caráter coletivo da efetivação desse direito, também demonstram que o mesmo tem se firmado como uma norma consuetudinária emergente (isto é, estabelecida pelo costume) e como um princípio geral do direito.

No tocante a esse aspecto observado por Kai Ambos, e, recordando-se as teses de Boa-

ventura de Sousa Santos, é de se constatar que, a despeito do fato de poderem ser extraídas das normativas da ONU as suas bases, a construção que leva ao reconhecimento do direito à memória e à verdade confirma a ideia de que, na atualidade, vem sendo assistida a uma paulatina recepção do pluralismo jurídico, visto que este direito, ao contrário do que prega o paradigma da modernidade, é construído contra-hegemonicamente, já que não é o monopólio jurídico do Estado quem o cria.

Mas, cabe atentar-se ao fato de que, se manifestando de forma semelhante ao que recém foi explicitado, José Carlos Moreira da Silva Filho (2009, p. 79) destaca que:

[...] Conforme já assinalado, remonta à segunda metade do século XX a crescente afirmação de um Direito à Memória e à Verdade, configurando-se claramente como um direito transindividual, que ultrapassa a formulação por meio dos atores políticos tradicionais como partidos e sindicatos, alcançando os mais diversos grupos da sociedade civil e experimentando as mais diversas formas de reivindicação e concretização, não estando necessariamente preso à legislação estatal, visto que sua formulação e reivindicação continua a existir mesmo que a legislação imponha políticas de esquecimento, mas com fortes tendências de formalização no ordenamento jurídico, o que se vislumbra no caso brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988.

Especificamente no que se relaciona ao plano interno brasileiro, pode-se dizer que esse direito, na realidade, está amparado em duas premissas que, presentes em reiteradas manifestações da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos e seus integrantes, indicam em que consiste o mesmo³.

A primeira premissa diz respeito ao direito presumido que cada cidadão possui de conhecer a verdade dos fatos que compõem a sua história e do seu país. A segunda, por sua vez, consiste na ideia de que há de ser preservada a memória daquelas pessoas e grupos sociais que, no decorrer da história foram perseguidos e reprimidos,

em alguns casos tão brutalmente que, como consequência, chegaram a ser mortos pelos agentes repressores do aparelho estatal, a fim de que, a partir da preservação de tais lembranças, situações semelhantes não mais ocorram.

Como empecilho à efetivação da memória e da verdade enquanto direitos humanos na atualidade brasileira é encontrado, principalmente, um problema decorrente das interpretações colidentes que existem sobre a Lei da Anistia (Lei nº 6.683 de 1979), que, para muitas pessoas, anistiou tanto os perseguidos políticos quanto os perseguidores. Salienta Suzana Keniger Lisboa (2009, p. 207) que:

A leitura distorcida da lei passou a fazer parte do cotidiano político brasileiro, tomando conta da opinião pública. Juristas renomados, políticos da oposição e até mesmo beneficiados pelo instituto da anistia passaram a acreditar no absurdo e difundir-lo. [...] Não se podia – e ainda hoje não se pode – denunciar a presença de torturadores em cargos públicos, que logo vozes poderosas aparecem invocando a anistia para não tratar do assunto, ou o que é pior, para deixar como está [...]. Qualquer interpretação distinta da anistia recíproca provoca pânico, sendo considerada grave ameaça aos avanços democráticos. Ainda hoje sendo tachados de revanchistas os que exigem a investigação dos crimes e a punição dos culpados.

Isso ocorre por que, de acordo com Glenda Mezarobba (2009, p. 372), falar em anistia, hoje, no Brasil, serve “[...] quase sempre, para aquiescer que os crimes cometidos pelo regime militar-autoritário, tanto pelos ocupantes do poder, quanto pelos seus opositores, foram ‘perdoados’ e devem ser ‘esquecidos’ [...]”.

Mas, independente dessa tendência ao esquecimento, bem como contra a sua manutenção, algumas ações podem ser implementadas. Para tanto, e, uma vez apresentados os principais fundamentos jurídicos e esboçado um conceito do direito à memória e à verdade, no que tange ao seu embasamento teórico é interessante destacar os trabalhos desenvolvidos por Walter Benjamin (1994, p. 222-232), nas suas teses sobre o con-

ceito da História, bem como o de Hannah Arendt (2005), quando analisou a conturbada relação entre verdade e política, a fim de que tais questões que se referiu sejam transpostas.

Walter Benjamin (1994, p. 224-225) considera que a história, tal como a mesma tem sido concebida e construída nos últimos séculos, é uma versão meramente descritiva dos fatos, através da qual restam perpetuadas tão somente àquelas versões correspondentes à ótica dos vencedores, sendo a própria ciência histórica, portanto, um instrumento a serviço das classes dominantes, parecendo evidente, diante disto, que “nunca houve um monumento da cultura que não fosse também um monumento da barbárie”.

Por isso, mencionando uma pintura de Paul Klee chamada de *Angelus Novus*, cuja tela “representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente” que parece estar com os olhos escancarados, a boca dilatada e as asas abertas, Walter Benjamin (1994, p. 226) dirá que:

O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos de progresso.

Para o historiador consciente dessa limitação que vem sendo imposta tradicionalmente à sua tarefa de narrar o passado (que é quase que atropelado pelo progresso), mas cujo preço tem sido o ocultamento deliberado das histórias dos oprimidos, cabe, na perspectiva delineada por Benjamin (1994, p. 230-231), proceder à ruptura do *continuum* da história.

Ao fazê-lo, será legítimo e possível, conforme apontado por Boaventura de Sousa Santos (1996, p. 7) diante da lição de Walter Benjamin,

ressignificar o passado para que se possa, então, voltar a refletir sobre a transformação e emancipação sociais.

Agregar, dar novos significados ao passado, contudo, não equivale dizer que se está permitindo (ou querendo permitir) que os fatos históricos sejam livre ou maliciosamente modificados. O que se busca, neste contexto, é que, segundo José Carlos Moreira da Silva Filho (2008, p. 173), o ato de recuperar uma memória signifique trazer para o presente o passado que ficou ausente (esquecido), sendo que:

É no cultivo e no resgate dessa e de todas as histórias negadas pelo avanço impiedoso da civilização que se poderá ser capaz de se tornar mais humano, de voltar a se indignar com as injustiças e de não esquecer a barbárie que se esconde por trás de cada cena da vida cotidiana.

Por esse motivo, também, e, por mais instáveis que sejam as relações entre verdade e política, que Hannah Arendt (2005, p. 296), em estudo realizado como uma espécie de réplica às polêmicas surgidas em torno de seu livro-reportagem *Eichmann em Jerusalém*, irá salientar que a verdade fatural – isto é, vinculada aos fatos concretos – existe independente do significado histórico (e político) que a eles são atribuídos, não estando permitido aos historiadores manipulá-los de acordo com a sua vontade.

Assim, ciente da inegável fragilidade dos fatos diante do exercício do poder (que talvez, com a finalidade de ser mantido, acredite ser conveniente até mesmo negá-los), Hannah Arendt (2005, p. 320) adverte que:

A atitude política diante dos fatos deve, com efeito, trilhar a estreita senda que se situa entre o perigo de tomá-los como resultados de algum desenvolvimento necessário que os homens não poderiam impedir e sobre os quais, portanto, eles nada podem fazer, e o risco de negá-los, de tentar maquinar sua eliminação do mundo.

O direito à memória e à verdade no Brasil

O processo que culminou na elaboração da Lei da Anistia no Brasil (em 1979) diferenciou-se do que ocorreu na Argentina e no Chile, por exemplo, porque, além de a distensão do poder militar ter se dado de forma bastante lenta no caso brasileiro (de 1974 até 1985), a legislação que previu a anistia foi elaborada e chancelada pelo próprio regime ditatorial, e, embora resultante de uma ampla reivindicação dos movimentos sociais pró-anistia que se organizaram, o fato de ter contado com a participação dos apoiadores do regime vigente na sua promulgação fez com que as possibilidades de resgate da memória política daquele período restassem bastante dificultadas (SILVA FILHO, 2008, p. 161).

Além disso, uma vez que a Justiça de Transição, no que se refere ao seu objetivo precípua (de persecução penal dos envolvidos na prática da violência política), não foi instaurada no momento da reabertura brasileira, foram mecanismos alternativos de efetivação dos seus preceitos fundamentais que, pouco a pouco, se utilizou (MOURA; et al., 2009, p. 184).

Na busca pela efetivação do direito à memória e à verdade têm sido enfrentados dois problemas: o primeiro, diz respeito à já referida difusão e a aparente aceitação de que a Lei nº 6.683 de 1979 estabeleceu uma anistia recíproca tanto a torturadores quanto aos torturados, situação esta bastante propícia à consolidação de uma política do esquecimento; e, além deste, o outro entrave, sobretudo à verdade, tem sido a questão relativa à abertura dos arquivos da repressão, cuja ocultação (e até mesmo a destruição) de documentos oficiais faz com que, até hoje, caiba aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos obter, nos poucos arquivos que foram abertos, prova documental de que seus irmãos, pais, filhos e cônjuges foram mortos pelo Estado brasileiro.

Diante disso, enfrentando esses dois entraves, o que se tem assistido na realidade brasileira, já no período da distensão, mas, principalmente, nos anos que se seguiram ao final da ditadura,

tem sido o trabalho da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos (CFMDP), e, mais recentemente, o da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CE-MDP) e da Comissão de Anistia (vinculada ao Ministério da Justiça).

A CFMDP, foi formada na primeira metade da década de 1970 (atuando até a atualidade), sendo que, além de promover a denúncia das torturas, das mortes e desaparecimentos de militantes opositores ao regime ditatorial, esta organização visa obter o reconhecimento de que o Estado brasileiro, violando reiteradamente os direitos humanos, assassinou presos políticos. Com a admissão destes crimes e por meio da abertura dos arquivos da repressão, acreditam ser possível, finalmente, localizar os corpos dos desaparecidos políticos e restabelecer as verdadeiras circunstâncias dos seus assassinatos, identificando os responsáveis e promovendo o seu julgamento (LISBÔA, 2009, p. 208-212 e 228-229).

No que tange às nomenclaturas utilizadas, é útil destacar que o termo *desaparecidos* designa aqueles que, até a edição da Lei nº 9.140, em 1995, não haviam sido publicamente declarados mortos pela repressão e que, ainda sem Registro de Óbito, tiveram seu cadáver ocultado; a expressão *mortos*, por sua vez, abrange os casos em que houve a elaboração, por parte dos integrantes do regime militar, de uma versão oficial sobre a morte dos militantes e presos políticos, mesmo que subsista até a atualidade, de forma semelhante ao primeiro grupo, a ocultação dos seus cadáveres (ALMEIDA et al., 2009, p. 22).

Em 1995, após mais de vinte anos de luta, e, durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, foi aprovada a Lei nº 9.140 (chamada de *Lei dos Mortos e Desaparecidos*), na qual o Estado brasileiro assumiu a sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos de 136 pessoas, listadas no anexo do texto legislativo, sendo que, posteriormente, foi excluído deste rol o militante Manoel Alexandrino, por ter sido comprovado que o mesmo falecera de causas naturais.

Além disso, com a edição da lei foi criada a CEMDP, que, vinculada à Secretaria Especial dos

Direitos Humanos da Presidência da República desde 2003, passou a analisar e julgar os casos envolvendo a morte e o desaparecimento de militantes políticos durante o regime militar e a fixar indenizações aos familiares, sendo que, em quase 11 anos de trabalho, reconheceu-se 221 novos casos (BRASIL et al., 2007, p. 17-18 e 41)⁴.

Posteriormente, mais duas conquistas no âmbito legislativo foram obtidas pelos familiares dos mortos e desaparecidos. Em 2002, com a Lei nº 10.536, o período de responsabilidade do Estado brasileiro, inicialmente compreendido de 1964 a 1979, foi ampliado de 1961 a 1988, e, em 2004, com a Lei nº 10.875, foram consideradas mortes passíveis de responsabilização do Estado e fixação de indenização todas aquelas que, ocorridas no período fixado, se deram em manifestação pública mediante repressão policial, bem como para aquelas pessoas que morreram ou cometeram suicídio para evitar prisão ou devido às sequelas da tortura (ALMEIDA; et al., 2009, p. 35-36).

Também, com vistas ao resgate da memória política no Brasil, destaca-se, desde 2007 o trabalho da Comissão de Anistia, que vem promovendo a realização das Caravanas da Anistia, que têm percorrido o país realizando julgamentos públicos dos crimes cometidos pela ditadura, dando palestras, propiciando debates e apresentando filmes e documentários que auxiliem na divulgação dos acontecimentos durante o regime militar, tendo se empenhado na construção do Memorial da Anistia, que será um centro destinado à pesquisa e à organização, arquivamento e apresentação de materiais (documentários, filmes e documentos) sobre o período (SILVA FILHO, 2008, p. 162).

Outra medida, implementada por parte do Governo Federal, foi a decisão de centralizar a documentação sobre a ditadura no Arquivo Nacional e colocá-la à disposição dos cidadãos interessados, via internet, com a criação do projeto e do portal *Memórias Reveladas*, mediante a edição do Decreto nº 5.584 de 2005 (SILVA FILHO, 2008, p. 162-163).

Embora seja uma iniciativa que, com certeza, dá destaque à questão dos mortos e desaparecidos, contudo, uma crítica dos familiares a este

projeto é o fato de que, através da sua execução, o Estado brasileiro parece estar se desvinculando da obrigação de abertura dos arquivos da ditadura, visto que, na propaganda veiculada nos meios de comunicação a partir do segundo semestre de 2009, o povo brasileiro é convocado a prestar informações sobre o paradeiro dos mortos e desaparecidos, bem como a apresentar documentos sobre o período que mantenha consigo, quando, na verdade, muitos dos principais documentos estão, ainda, sigilosamente mantidos pelo Governo Federal e seus ministérios⁵.

O reconhecimento de tal responsabilidade por parte do Estado obtido através da organização de movimentos sociais como a CFMDP, da CEMDP e da Comissão de Anistia, por sua vez, caracteriza um ato político relevante, já que colabora para a “construção de uma mentalidade democrática” (GONZÁLEZ, 2002, p. 6)⁶. Mas, conforme assevera Lúcia Avelar (2004, p. 234), para que se desencadeie uma onda de democratização é preciso que a participação se materialize “[...] em políticas para a efetiva extensão de direitos e que a cada nova classe de direitos alcançados corresponda à efetiva integração de cada membro com igual valor na coletividade política”.

Conclusão

Com o presente estudo verificou-se que, no que se refere às possibilidades de efetivação da memória e da verdade enquanto direitos, e, no Brasil, vivencia-se uma realidade bastante complexa.

Por um lado, vê-se que existe uma série de conquistas obtidas ao longo das últimas duas décadas. Neste sentido, basta lembrar que, após anos de luta, a CFMDP conseguiu que fosse editada a *Lei dos Mortos e Desaparecidos*, foi criada a CEMDP, e, mais recentemente, a partir de 2007, a questão do direito à memória e à verdade também passou a ser melhor trabalhada com a atuação da Comissão de Anistia e a realização das suas Caravanas.

A despeito dessas conquistas, o Brasil segue complacente diante das discussões sobre a

abertura dos arquivos da repressão e, sobretudo, do julgamento e da punição daqueles que foram responsáveis pela reiterada violação dos direitos humanos ao longo do período ditatorial. Neste sentido, encontra-se o julgamento da ADPF nº 153 pelo STF, que impediu que a interpretação limitada da Lei da Anistia fosse revista, e a série de polêmicas que, surgidas em torno do 3º PNDH, fez com que houvesse um recuo do Governo Federal, postergando a criação da Comissão Nacional da Verdade.

Nesse cenário, embora seja evidente que apesar dos avanços obtidos muitas batalhas ainda necessitam ser travadas até que esse conjunto de direitos seja devidamente protegido e exercido, parece interessante refletir sobre o mesmo a partir de uma concepção emancipatória do direito. Adotando e instrumentalizando essa concepção, talvez seja possível, através de pesquisas empíricas, analisar as políticas existentes e estabelecer objetivos com vistas à efetivação de um caráter emancipador da memória e da verdade. Desta forma, acredita-se, contribui-se não só para a concretização de uma sociedade mais democrática, mas também para que, ao não se esquecer de tudo o que se passou durante os anos de autoritarismo no país, violações semelhantes nunca mais aconteçam.

Notas

¹ A transição à democracia no Brasil foi bastante longa (de 1974 até 1985), visto que, conforme ditado pelos integrantes do regime ditatorial, a mesma seria efetivada de forma “lenta, gradual e segura”.

² O Tribunal de Nuremberg (oficialmente denominado Tribunal Militar Internacional) foi criado em 1945 e encerrou suas atividades em 1949, tendo como objetivos primordiais a atribuição de responsabilidades e a punição daqueles que, enquanto dirigentes nazistas, médicos, juristas e pessoas importantes dentro do Governo, dentre outras, participaram, tanto como mentores/mandantes como auxiliares ou executores dos crimes de guerra cometidos durante a 2ª Guerra Mundial (1939-1945) contra judeus, ciganos, comunistas, Testemunhas de Jeová, homossexuais, deficientes motores e/ou mentais, bem como contra integrantes de outros grupos minoritários.

³ Ver, por exemplo: Almeida; et al., 2009, p. 21-22 e 43-44; Brasil; et al., 2007, p. 17-18 e 30-33; Lisboa, 2009, p. 189-192.

⁴ Em 2007, o trabalho desenvolvido pela CEMDP desde a sua criação até 2006 foi publicado em um livro-relatório intitulado *Direito à memória e direito à verdade*. Esta publicação encontra-se disponibilizada em: <<http://www.sedh.gov.br/>>.

⁵ A crítica dos familiares e / ou dos grupos vinculados à luta da CFMDP ocupou brevemente os meios de comunicação no último trimestre de 2009. Uma matéria interessante sobre a discussão pode ser encontrada na página 6 do *Jornal Zero Hora* (de Porto Alegre), datada de 1º de novembro de 2009.

⁶ Cumpre destacar que além da CFMDP e da Comissão Brasileira pela Anistia (CBA), tiveram papel importante na luta pela anistia, bem como, de forma direta ou indireta, na preservação da memória política do período ditatorial, os trabalhos desenvolvidos pelo Grupo Ecumênico Tortura Nunca Mais, e, regionalmente, pelas Comissões de Cidadania e Direitos Humanos (CCDH) vinculadas às Assembleias Legislativas Estaduais brasileiras.

Referências

ALMEIDA, Criméia Schmidt de; et al. *Dossiê ditadura: mortos e desaparecidos políticos no Brasil (1964-1985)*. 2.ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.

AMBOS, Kai. El marco jurídico de la justicia de transición. In: AMBOS, Kai et al. (Org.). *Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009. p. 23-129.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

AVELAR, Lúcia. Participação política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004. p. 223-235.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Pluralismo jurídico e direitos humanos: uma difícil e necessária equação na transição pós-moderna. *Sociologias*, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 96-121, jul./dez. 1999.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 7.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL; et al. *Direito à memória e à verdade*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. *Direitos Humanos e democracia na transição brasileira*: OAB, CNBB e Anistia Internacional. 222f. Dissertação de Mestrado em Ciência Política – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), Porto Alegre, 1994.

_____. *Direitos Humanos na América Latina hoje*: heranças de transições inconclusas. 2002. 9f. Acesso em 16 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.corredordelasideas.org/docs/ponencias/>>.

LISBÔA, Suzana Keniger. Lembrar, lembrar, lembrar... 45 anos do Golpe Militar: resgatar o passado para transformar o presente. In: PADRÓS, Enrique Serra; et al. (Org.). *A Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985)*: história e memória. Vol. II. Porto Alegre: Corag, 2009. p. 189-235.

MEZAROBBA, Glenda. Anistia de 1979: o que restou da lei forjada pelo arbítrio? In: SANTOS, Cecília MacDowell et al. (Org.). *Desarquivando a ditadura*: memória e justiça no Brasil. Vol. II. São Paulo: Hucitec, 2009. p. 372-385.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; et al. Justicia de transición: informes nacionales (Brasil). In: AMBOS, Kai et al. (Org.). *Justicia de Transición*: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009. p. 171-199.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A queda do Angelus Novus: para além da equação moderna entre raízes e opções. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n.45, p. 5-34, 1996.

_____. O social e o político na transição pós-moderna. In: _____. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999a. p. 75-114.

_____. Os direitos humanos na pós-modernidade. *Oficina do CES*, Coimbra, n.10, 14f., 1989.

_____. *Para um novo senso comum*: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. I. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. *Contexto Internacional*, v.23, n.1, p. 7-34, 2001.

_____. Subjectividade, cidadania e emancipação. In: _____. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999b. p. 235-280.

_____; et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n.30, p. 29-62, 1996.

SANTOS, Cecília MacDowell. A justiça ao serviço da memória: mobilização jurídica transnacional, direitos humanos e memória da ditadura. In: _____. et al. (Org.). *Desarquivando a ditadura*: memória e justiça no Brasil. Vol. II. São Paulo: Hucitec, 2009. p. 472-495.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. *Veritas*, Porto Alegre, v.53, n.2, p. 150-178, 2008.

_____. Dever de memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do direito à memória e à verdade. In: PADRÓS, Enrique Serra; et al. (Org.). *A Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985)*: história e memória. Vol. IV. Porto Alegre: Corag, 2009. p. 47-92.

AVALIANDO OS ESFORÇOS INTEGRADOS PARA ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA BAHIA

Débora Cristina da Silva Aranha*
Nara Maria Santos de Menezes**

Artigo recebido em 13/09/2010
Artigo aprovado em 04/05/2011

RESUMO: O Programa CATCH pretende oferecer um modelo de coordenação de esforços entre governo e sociedade para proteger crianças vítimas e em risco de tráfico para fins sexuais na Bahia, uma das principais rotas desta violência fim no país. Este artigo apresenta os principais componentes do modelo proposto e analisa os achados da avaliação intermediária do programa.

Palavras-chave: tráfico de pessoas, criança e adolescente, participação juvenil, rede, modelo, monitoramento e avaliação.

ABSTRACT: The CATCH Program aims to provide a model for coordination of efforts between government and society to protect children at risk and victims of trafficking for sexual purposes in Bahia, one of the main routes of this violence in the country. This article presents the main components of the model and analyzes the findings of the midterm review of the program.

Keywords: trafficking in persons, child and adolescent, youth participation, network, model, monitoring and evaluation.

Introdução

Dentre as piores formas de violência no país, o tráfico de pessoas para fins de exploração

*Coordenadora do programa Combatendo o Abuso e o Tráfico de Crianças na Bahia e representante do Winrock Internacional no Brasil. Autora de livros e pesquisas sobre o tráfico de pessoas. Recebeu o prêmio USAID/Brazil Award of Appreciation em 2006, em reconhecimento por sua contribuição ao Programa Agência no Brasil.

**Consultora do Winrock para avaliação do programa CATCH, possui 10 anos de experiência como oficial de programas de cooperação internacional, prestando apoio técnico a diversos projetos no Brasil, Colômbia, Peru, em temáticas relativas à proteção e defesa de direitos de crianças, jovens, mulheres e populações em situação de vulnerabilidade.

sexual comercial vem crescendo, com dimensões nacionais e internacionais. De acordo com UNODC, o tráfico para fins sexuais ocorre em todos os Estados do país, e no Distrito Federal. Em 2003, 241 rotas nacionais e internacionais deste crime foram mapeadas no país. Muitas mulheres e meninas brasileiras, especialmente afro-descendentes, bem como transexuais, têm sido exploradas sexualmente em rodovias e centros turísticos e industriais do país, e no exterior. O tráfico para fins sexuais é uma das piores violações de direitos de crianças e adolescentes em todo o mundo. Por isso, o Instituto Winrock iniciou, no ano de 2008, com apoio da Fundação Oak, o programa CATCH - Combatendo o Abuso e Tráfico de Crianças na Bahia. Com duração de 3 anos, e em parceria com o Instituto Latino-Americano de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos (ILADH), o Instituto Aliança com o Adolescente, o Centro de Referência Integral do Adolescente (CRIA) e outros atores públicos e da sociedade civil, o programa pretende oferecer um modelo de coordenação de esforços entre governo e sociedade para proteger crianças vítimas e em risco de tráfico para fins sexuais. O programa foi lançado em resposta à gravidade da situação demonstrada pelas pesquisas na Bahia.

Em 2010, como parte das metas de monitoramento do programa, o Winrock contratou uma consultoria externa para avaliar os resultados e impactos do programa em indivíduos, organizações e comunidade até este momento e oferecer recomendações e sugestões para o direcionamento do programa no próximo ano. Tanto a atuação das ONGs quanto dos atores públicos envolvidos, a nível municipal, estadual e federal, foi objeto de avaliação neste estudo.

Os resultados do programa foram avaliados de acordo com os quatro objetivos do modelo, a saber: (1) fortalecimento de capacidades dos órgãos, (2) empoderamento de jovens, (3) aumento de consciência pública, e (4) melhoria das redes. Para tanto, foram realizadas grupos e entrevistas com atores estratégicos, jovens, comunitários e representantes de redes da sociedade civil, entre outros. Esta artigo traz os principais achados desta avaliação.

Promovendo o Desenvolvimento Integral de Crianças e Adolescentes

O Cria vem desempenhando um papel fundamental no desenvolvimento de habilidades, arte educação, aprofundamento teórico do tema, formação, e a própria integração das meninas (vítimas de violência) com outros jovens no sentido do encontro de uma identidade e resgate da própria vida na plena realização de seus direitos como adolescentes. -- trecho do relatório de avaliação

Há diversos fatores que tornam crianças e adolescentes vulneráveis ao tráfico para fins de exploração sexual. Um elemento-chave do modelo proposto pelo Catch é a existência de locais seguros para crianças, adolescentes e jovens desenvolverem seu pleno potencial e terem seu grau de vulnerabilidade à violência sexual e ao tráfico humano reduzido. A proposta é que esses locais funcionem como “centros de serviços integrados”, oferecendo atividades diversas (de educação, lazer e profissionalizantes ou empreendedoras), com profissionais qualificados e jovens participando ativamente na tomada de decisões. Pela diversidade de serviços a serem oferecidos, o Catch optou, ao invés de trabalhar com uma única organização que pudesse abarcar todas as frentes na sua estrutura, por descentralizar algumas ações, trabalhando com vários parceiros e envolvendo outros serviços públicos, privados e da sociedade civil no atendimento das frentes demandadas pelos casos de violência.

O Centro de Referência Integral de Adolescentes (CRIA), no Pelourinho, foi a organização selecionada para implantação de atividades educativas e culturais a partir de junho de 2009, tendo recebido capacitação e apoio técnico e financeiro do CATCH para oferecer estas atividades para 116 adolescentes e jovens de 11 a 19 anos de 23 comunidades de baixa renda de Salvador. A maioria dos jovens foi selecionada pelo seu potencial para se tornarem jovens dinamizadores culturais, indicados por outros jovens que já atuam como dinamizadores do CRIA. Além destes, o projeto recebeu meninas adolescentes e jovens,

a maioria do sexo feminino, que estavam em situação de maior vulnerabilidade, encaminhados pela rede de atenção (Creas, associações de bairro e centros comunitários), os quais tiveram acesso a um programa de atividades específico. Além da sede do CRIA, os jovens tiveram acesso a outros espaços culturais da cidade (biblioteca, teatro, museu, cinema, telecentro) e participaram em festivais e mostras de arte e cultura, rodas de pipoca e papo, intercâmbios com outros jovens e momentos de celebração coletiva. O CRIA realizou também encontros e formações com os familiares dos jovens, e, em alguns casos, atendimento psicológicos individuais.

Os jovens dinamizadores participaram de encontros sobre arte, linguagem e expressão, metodologia usada para melhorar habilidades de escrita, leitura e expressão oral de crianças e adolescentes através de atividades culturais e artísticas, e formações em teatro e arte-educação onde adolescentes criaram trabalhos artísticos através do teatro, poesia, clowning, música e outras expressões criativas para as atividades de sensibilização do próprio programa. As atividades desenvolveram as habilidades e potencial artístico e impulsionaram a autonomia, liderança, auto estima e fortalecimento da identidade dos jovens participantes. A metodologia utilizada, elaborada com base na experiência do próprio CRIA, propicia a sensibilização dos jovens para os temas trabalhados (como o tráfico de crianças e adolescentes), fazendo com que despertem gradualmente como agentes multiplicadores. Além disso, estimula uma participação real dos adolescentes, que começa com a influência no planejamento das ações até sua execução nas comunidades de origem, com vistas à disseminação de informações para outros jovens e adultos, e alcança também espaços públicos de deliberação e formulação de propostas.

Já as jovens encaminhadas pela rede participaram de encontros de formação em arte, saúde, direitos sexuais e reprodutivos, contaram com apoio emergencial (roupas, material de higiene), buscas ativa, contato com escola e comunidade, e com encaminhamento para o sistema de garantia de direitos, e articulação, acompanhamento e monitoramento do atendimento nesses serviços.

Uma parceria com o SESI permitiu ainda o encaminhamento das jovens para o programa VIRA VIDA de profissionalização e inserção no mercado de trabalho. Apesar de vivenciarem uma dinâmica um pouco distinta dos outros jovens, percebe-se que as atividades foram um apoio essencial para a criação de vínculos de confiança, fundamentais para a minimização dos prejuízos e consequências das violências sofridas e reorganização de referenciais de afeto, que lhes fornecem bases para a reconstrução de vínculos para sua integração e participação social. O projeto tem proporcionado a tomada de consciência das meninas sobre a sua própria problemática, além da saída da situação de risco pessoal, e entrada em outros serviços e programas importantes como o Vira Vida.

“Eu corri o risco de pegar doença, eu corri o risco de morrer, (...) Era arriscada aquela vida...” X, 19

“Eu comecei a frequentar o curso. E aí mudou a minha vida assim, de como eu era e como eu sou agora.” U, 19

“Eu gostei de tudo porque tudo o que a gente fazia era juntos, era tudo em grupo, aí era bonito. Eu nunca tinha feito nada disso, então pra mim tudo era novo, porque uma pessoa que sempre viveu na escuridão, quando vê o clarão, tudo é novo.” D, 21

-- depoimento de meninas e jovens participantes do projeto

Inserção produtiva e social

O CATCH acerta quando parte de uma concepção de trabalho que vai além da identificação de postos de emprego: investe na ampliação do processo de formação, e vê o trabalho como direito para estes jovens. -- trecho do relatório de avaliação

Muitas adolescentes e jovens acabam se tornando vítimas do tráfico de pessoas por questões econômicas. A pobreza e a dificuldade de acesso a emprego e alternativas de geração de renda é um dos principais fatores que contribui

para o comércio de vidas. Pensando nisso, o Catch realizou parceria com o programa Vira Vida, do SESI/CN, com apoio do Sistema S. O Vira Vida tem o objetivo de criar um leque de oportunidades produtivas sustentáveis para adolescentes e jovens em situação de exploração sexual, contemplando a profissionalização e o encaminhamento para o mundo do trabalho. Em 2009, 100 adolescentes e jovens foram cadastrados pelo CATCH para a seleção do programa. Ao final do processo seletivo, 16 destes jovens foram contemplados para participar da 1ª Turma do Vira Vida na cidade de Salvador. Os jovens selecionados têm acesso a cursos de educação básica e profissional com carga horária média de 800 horas. Os participantes recebem uma bolsa-auxílio mensal, com uma parte reservada para ser resgatada na conclusão do curso de forma a poder apoiar a implantação de micro-empresendimentos. Na Bahia o projeto atenderá 100 adolescentes e jovens até o final de 2010, que serão capacitados na área de Auxiliar Administrativo. O Winrock, como umas das instituições parceiras do SESI, integra o Conselho Gestor do programa. Para realizar o acompanhamento psicossocial das jovens selecionadas e suas famílias, o Winrock firmou uma nova parceria com o CEDECA – Centro de Defesa da Criança e do Adolescente Yves de Roussan. Além disso, para que os cursos profissionalizantes estejam sintonizados com a demanda do mercado local e com o perfil dos adolescentes e jovens, o programa auxiliou o Instituto Aliança a obter recursos para realizar um Estudo de viabilidade para inserção qualificada de adolescentes e jovens no mundo do trabalho, relacionando as ocupações e setores que mais empregam e os perfis demandados por estas ocupações em Salvador.

O CATCH também tem tido um papel fundamental para assegurar que as políticas públicas do PRONASCI - Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - na área de geração de renda sejam postas em prática. O CATCH colaborou com a identificação de capacidades locais e elaboração técnica do Projeto Rede Moinho, submetido ao PRONASCI, obtendo parecer favorável à execução em 2010. O projeto visa, entre outras ações, mapear e for-

talear Empreendimentos Econômicos Solidários nos Territórios de Paz, em 4 municípios baianos.

Capacitando técnicos, especialistas e multiplicadores

A compreensão sobre o fortalecimento da capacidade de profissionais tem como pressuposto uma visão integral de direitos relacionada com as bases do próprio sistema de garantias de direitos. A opção pela formação de atores estratégicos posicionados nos três eixos do sistema (promoção, defesa e responsabilização) fortalece uma visão sistêmica, integrada, que cria um ciclo de proteção e prevenção a crianças e adolescentes envolvidos direta ou indiretamente com o projeto.

-- trecho do relatório de avaliação

“Se eu tivesse tido essa capacitação antes, quando a menina esteve no Conselho, aí eu ia dizer, essa situação é de tráfico.”

- Conselheira Tutelar participante das formações

O Catch, com apoio da SNJ e significativo co-financiamento da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República/ Projeto Disseminação, ofereceu uma série de formações aos profissionais da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Estado, especialmente no município de Salvador. Mais de 200 profissionais dos serviços da rede de garantia de direitos e 100 policiais rodoviários estaduais e federais participaram em treinamentos sobre prevenção e enfrentamento ao tráfico de seres humanos, e assistência psicossocial, jurídica e de reinserção familiar e comunitária das vítimas. As formações foram dirigidas às equipes de abrigos, núcleos de direitos humanos, centros de saúde e de assistência social, delegacias, juizados, conselhos tutelares, ONGs, etc. contando com a participação de advogados, policiais, assistentes sociais, psicólogos e profissionais de saúde e educação. As formações foram realizadas em conjunto com organizações com larga experiência e metodologias comprovadas: o Instituto Aliança (IA), na capacitação dos profissionais da rede para atendimento a crianças e adolescentes

vítimas de tráfico para fins de exploração sexual comercial, e o ILADH, na formação de agentes multiplicadores na prevenção e enfrentamento ao tráfico de pessoas. Os agentes públicos estratégicos, como a Superintendência de Direitos Humanos da Bahia e o abrigo para crianças vítimas de tráfico da Fundação Cidade Mãe, contaram também com assessoria para atender os casos e para formulação de políticas e criação ou melhoria das estruturas de atendimento.

Como resultado destes esforços, os profissionais estão mais instrumentalizados, ou seja, contam com maior nível de entendimento e subsídios para identificar e atuar em relação aos casos de tráfico e exploração sexual, e começaram a mudar as suas práticas de atendimento. Alguns casos de tráfico de pessoas começaram a ser identificados e/ou atendidos em instituições de referência. As vítimas encaminhadas por outros países contaram no seu retorno à Bahia, com serviços de recepção e proteção emergencial, articulados a partir de uma força-tarefa do Comitê de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Percebe-se que a capacidade de identificação e assistência a vítimas foi melhorada e a rede de atendimento, apesar de ainda não funcionar sistemicamente, mas “emergencialmente” (devido à ausência de um Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - NETP), dá sinais de coordenação e prontidão para receber e encaminhar vítimas e responsabilizar agressores.

“No geral, a gente percebe que a Rede está mais instrumentalizada. Na última capacitação nós recebemos alguns feedbacks de pessoas que estavam usando os instrumentais, que estavam mudando a prática do atendimento, que estavam repensando essa prática a partir da capacitação. Isso é um resultado bastante positivo para a gente.”, diz a Coordenadora do projeto Disseminação

O programa também realizou, com o apoio de Conselhos e Embaixadas de outros países, encontros e intercâmbios com especialistas nacionais e internacionais, com destaque a inclusão do tema na agenda auxiliar do XII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, através de um seminário e

apresentação teatral. Ainda este ano, foi introduzida uma disciplina específica sobre tráfico de pessoas no curso de especialização promovido pelo Ministério Público Estadual.

As dificuldades encontradas no atendimento aos casos são observadas, entretanto, no âmbito da própria desestruturação da rede de atendimento, na priorização do tema na agenda política; no funcionamento e operacionalização de um fluxograma de atendimento; e no acompanhamento dos casos até a responsabilização dos violadores. A rotatividade dos agentes públicos e a falta de investimento em formação continuada é um problema constante para os ciclos de formação.

O projeto, neste sentido, vem colaborando com a formação de competências especializadas e avalia-se que é imprescindível que as ações empreendidas possam ter continuidade, visto que o poder público local ainda não está completamente estruturado para oferecer conteúdo formativo aos profissionais que trabalham com a temática do tráfico.

Em relação ao registro para a rede de atendimento, observa-se ainda que é fundamental estabelecer mecanismos adequados de sistematização e compartilhamento das informações sobre os casos.

A questão do abrigamento das vítimas

Peça essencial no funcionamento do sistema de atendimento a crianças e adolescentes vítimas, o abrigo Sam e Jô, desenhado e estruturado com apoio da Cooperação Internacional, foi pensado para atender especificamente casos de tráfico para fins de exploração sexual com sigilo e proteção. O projeto tem contribuído com o fortalecimento do abrigo e o poder público tem cumprido o compromisso assumido de manutenção e operacionalização da casa, porém o espaço não tem recebido um fluxo “satisfatório” de casos.

A avaliação recomenda que o Ministério Público cobre dos órgãos uma melhor identificação dos casos, e que atores-chaves, como juízes,

promotores, policiais e conselheiros tutelares, entre outros, principalmente no interior do Estado, sejam informados da existência desse abrigo especializado e do fluxo de encaminhamento dos casos, passando por capacitações para tal.

A Participação Juvenil como Direito

“...antes eu não tinha informação, mas depois que eu passei pela formação, comecei a olhar pra isso diferente. Antes quando alguém explorava uma criança eu pensava que ela seduziu ele. Hoje eu penso diferente.” – Adolescente membro do Conselho Jovem do programa

Uma das abordagens efetivas para a redução da vulnerabilidade de crianças e adolescentes diante de várias problemáticas que as afetam é o processo conhecido como educação de pares, onde a aprendizagem de um grupo é facilitada por um de seus membros – um dos pares. Com o objetivo de alertar sobre as conseqüências de determinados hábitos e modos de entendimento preconcebidos sobre relacionamentos, sexo, sexualidade, e sobre sua saúde sexual e reprodutiva, os programas de educação de pares contribuem para que crianças e adolescentes possam observar e refletir sobre seus comportamentos e, assim, diminuir os riscos de situações de violência e exploração. Uma boa educação de pares depende, em primeiro lugar, da participação de crianças e adolescentes, especialmente daqueles que fazem parte do grupo alvo do projeto, através do desenvolvimento de mecanismos e técnicas tendentes ao envolvimento dos(as) mesmos(as) nos diferentes momentos.

O Catch, de acordo com a avaliação, proporciona esta participação. Um dos objetivos do Programa é o de empoderar jovens para atuar como líderes nas suas comunidades para prevenir o tráfico e a exploração sexual. Trata-se de trabalhar junto com o jovem para encontrar soluções para este problema e ampliar o espaço de participação juvenil. Mais do que apenas um “recurso”, eles são atores fundamentais, que devem ter suas idéias e desejos respeitados. O modelo do Catch tem como pressuposto que a participação de crianças, adolescentes e jovens é um direito

que lhes deve ser assegurado, que os jovens devem ser estimulados a participar das decisões que afetam as suas vidas e compartilhar suas experiências e aprendizados com outras crianças, adolescentes e jovens. Pensando nisso, o CATCH estabeleceu um Conselho de Jovens no CRIA, selecionados entre os participantes do projeto. Estes adolescentes e jovens participaram de um processo intenso de formação em arte-educação e formação temática sobre violência sexual, tráfico de pessoas e assuntos relacionados. Com isso, os jovens criaram estratégias para atuação nas suas próprias comunidades, que incluíram a formação de outros jovens multiplicadores, e a criação e circulação de espetáculos e esquetes teatrais que abordam a temática, com a realização de debates, em conjunto com especialistas da equipe móvel do Catch.

A experiência do programa mostra que os adolescentes tiveram a oportunidade de vivenciar uma experiência profunda de interpretação de fatos reais, muitas vezes vividos por eles mesmos ou nas suas comunidades de origem, e através disso tomar consciência da problemática, fortalecendo sua ação prática como agentes potencias de enfrentamento a violência sexual de crianças e adolescentes. Outros adolescentes das comunidades envolvidas se sensibilizam, pois, a abordagem de Educação de Pares funciona para envolvê-los em ações de prevenção, sensibilização e participação coletiva. Os jovens passaram assim a se tornar uma referência nas comunidades onde atuam, para as pessoas adultas e outros jovens, que os buscam para ter maiores informações ou até fazer denúncias. O teatro feito com os jovens proporciona uma atuação protagônica, revelando o potencial não só artístico destes jovens mas sua capacidade de participação na sociedade. O Conselho também participa de espaços de controle social e incidência política, como o Comitê de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, e do planejamento e execução das ações do próprio projeto. Essa participação tem permitido, por exemplo, que representantes da juventude fizessem parte da discussão para elaboração de códigos de conduta do turismo no Nordeste.

A avaliação trouxe ainda uma reflexão sobre a necessidade de níveis diferenciados

de participação, quando se trata de vítimas ou grupos vulneráveis, considerando as situações de risco a que estão sujeitas, e o significado e o sentido desta participação para estes jovens. Um outro elemento analisado foi a questão do acolhimento do jovem nos espaços de deliberação de políticas. Observa-se que os ambientes precisam ser mais educativos e proporcionar a escuta e a oportunidade de entendimento num mesmo nível, de maneira equilibrada e equitativa, permitindo que as experiências de jovens e adultos possam ser partilhadas e encaradas como válidas numa proporção de igualdade de forças. Os jovens opinam que podem contribuir muito se houver oportunidades reais de participação.

Por uma sociedade mais consciente

A pesquisa Tráfico de Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial na Bahia, realizada pelo Winrock, apontou vários locais, como rodovias, zonas turísticas, de lazer e comerciais, onde ocorre tráfico de crianças e adolescentes. Constatou ainda que a falta de informação da sociedade, os mitos com relação ao turista estrangeiro e a invisibilidade do tema de forma geral contribuíam para tornar meninas e mulheres vulneráveis à atuação de exploradores e para o baixo nível de denúncias. Para tornar a comunidade mais vigilante e informada sobre os riscos envolvidos e cuidados que precisam ser tomados em relação a convites de viagens, o programa lançou uma campanha, com panfletos e cartazes, intitulada “Esta viagem vai mudar a sua vida”. Os materiais foram distribuídos em pontos estratégicos de Salvador e do interior, durante o carnaval e outras datas importantes, em parceria com os órgãos da rede de enfrentamento. O projeto ajudou também a disseminar o tema através da internet e mídia em geral, com notícias e entrevistas.

Atuando nas comunidades

“Depois da discussão e após as esquetes apresentadas, eles nos procuraram para

contar situações que estavam acontecendo em determinadas comunidades. Então a gente percebe que chegou lá uma semente para essa comunidade começar a identificar a situação e procurar os órgãos de defesa.” – Técnico da equipe móvel

Uma inovação do Catch foram as oficinas e atividades culturais desenvolvidas por uma equipe móvel, constituída por técnicos das ONGs e jovens do projeto. Através de uma atuação na própria comunidade, os jovens do grupo Iyá de Erê realizaram apresentações do espetáculo Quem me Ensinou a Nadar?, e os jovens das comunidades de Arenoso e Cosme de Farias realizaram esquetes teatrais sobre o tema, seguidas de debates, em doze bairros de Salvador, e em três destes também ocorreram oficinas e vídeo-debates com os técnicos da equipe. A experiência, segundo a avaliação, foi bastante proveitosa, contribuindo para impulsionar a mobilização social e atingindo um público significativo, superando os resultados previstos. A centralização da mobilização comunitária na figura do jovem dinamizador foi fundamental para que comunidades com alto índice de violência, que muitas vezes receiam falar sobre o assunto, apoiassem essas atividades.

Nos processos de formação de lideranças comunitárias e profissionais de áreas estratégicas, como educação e saúde, os temas trabalhados incluíram noções básicas dos direitos de crianças e adolescentes para prevenir e enfrentar a violência sexual, com ênfase no tráfico para fins de exploração sexual, canais de denúncia e organizações de atendimento. Relatos e depoimentos do grupo após as oficinas apontam a importância de se trabalhar a temática em suas comunidades, de ampliar as informações sobre o tema da violência sexual, vulnerabilidade de crianças e adolescentes e prevenção e enfrentamento da questão.

“De uma vez por toda entendi e aprendi a diferença de abuso, exploração e outras formas de violência”

“Eu estou aqui me alimentando para trabalhar com os meus alunos e espero com isso além de estar melhor preparada, poder ajudá-los a entender esta violência

e trazê-los para o meu lado no seu enfrentamento”

-- Depoimentos de educadores e comunitários

Percebe-se que a metodologia articulada – formação para a temática, atuação dos dinamizadores em suas comunidades e mobilização comunitária – funciona e consegue atingir um público que é fundamental ser sensibilizado para ações de enfrentamento na comunidade. Professores, agentes de saúde, lideranças comunitárias e adolescentes que estão no dia-dia de suas comunidades e muitas vezes não tem acesso a esse tipo de formação aliada a uma metodologia que também se baseia na criação de ações culturais para disseminação de informações chaves e mobilização social.

Arte Para a Transformação Social

Uma das estratégias do programa, baseada na metodologia do Centro de Referência Integral de Adolescentes, é a utilização da arte como instrumento de transformação social. Para isso, os jovens do CRIA contaram com uma formação intensiva sobre expressão vocal e corporal, improvisação, pesquisa, leitura e interpretação de textos, que permitiu aos jovens desenvolver um trabalho artístico com qualidade. Um dos grupos de teatro do Centro, o Iyá de Erê, passou por uma formação temática com especialistas do Winrock, CRIA e Instituto Aliança, para criar o espetáculo Quem me ensinou a nadar?, que aborda a temática do tráfico de crianças no contexto da comunidade do Pelourinho.

Através dos debates com o público, temas como violência sexual, tráfico de pessoas, puderam ser discutidos, indo de encontro com as experiências vividas nas comunidades. A avaliação verificou que a metodologia utilizada é comprovadamente eficaz, pois, faz com que a comunidade se sinta motivada a participar em outros eventos, treinamentos ou workshops e tenha acesso a informações relevantes sobre o tema. A peça é ainda eficaz como instrumento de educação de pares no sentido da linguagem

utilizada, que aproxima o público jovem do tema de uma maneira simples, ainda que com o cuidado de levantar temas relevantes para serem discutidos. Além disso, funciona para envolver outros jovens em ações de prevenção, sensibilização e participação coletiva. Os jovens também começam a construir uma referência como dinamizadores na comunidade. A metodologia utilizada ativa a sensibilização da comunidade para a sua própria mobilização para o enfrentamento da problemática e atinge com grande eficácia a maior parte do público comunitário que foi envolvido em ações do projeto, disseminando informações importantes, a exemplo de serviços de referência que podem ser acessados pela população, e o esclarecimento de dúvidas e até denúncias de casos.

A Cidade Cria - Cenários de Cidadania

O teatro como linguagem e expressão utilizada para veiculação do tema funciona como um instrumento eficaz de sensibilização, pois consegue “afetar”, através da emoção das histórias contadas, um público que vive na própria pele os problemas apresentados.

-- trecho do relatório de avaliação

Cerca de 8.720 pessoas assistiram as peças apresentadas no Pelourinho na mostra “A Cidade Cria - Cenários de Cidadania” e nas comunidades, entre elas Quem me ensinou a nadar?. Com este festival, o Cria envolve as comunidades, e fortalece crianças e adolescentes como lideranças em processos de mobilização social. As peças, criadas em conjunto com adolescentes participantes dos projetos, são apresentadas para crianças, jovens, familiares, outras ONGs, escolas e centros de saúde, além de convidados que podem ser autoridades locais, internacionais, entre outros. Quem me ensinou a nadar? Foi vista por 2.630 pessoas e circulou em teatros, escolas, centros comunitários e espaços públicos de 12 comunidades de Salvador. Segundo os jovens

entrevistados, foi uma experiência exitosa de sensibilização do público sobre o tema.

Além da peça, foram criadas e apresentadas quatro esquetes, que são apresentações teatrais de menor duração, criadas por grupos de teatro de jovens das comunidades, com apoio do projeto. Os grupos também passaram pelas formações e sensibilizações, seja no centro ou nas comunidades, para criação das esquetes. As esquetes, vistas por mais de 860 espectadores, ainda se mostraram bastante apropriadas para apresentações curtas em espaços públicos, eventos e momentos de mobilização social, a exemplo das mobilizações ocorridas em torno das campanhas de Combate ao HIV-AIDS e Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, quando foram apresentadas.

Uma Trajetória de Atuação em Rede

Emblematicamente, o tema do tráfico estava “escondido” sob a questão da exploração sexual, que aos poucos, com a atuação do projeto, foi sendo desvelado e impulsionado, exigindo ações estratégicas. -- trecho do relatório de avaliação

Winrock vem apoiando diretamente o governo e sociedade civil na luta pela redução do tráfico de crianças e mulheres no país. A Bahia foi escolhida como foco da atuação devido ao alto índice de exploração de crianças e adolescentes e uma rede de parceiros fortemente comprometida com o seu enfrentamento. O Catch se insere em um contexto de ações empreendidas pelo Winrock e parceiros para o enfrentamento do abuso, exploração e tráfico sexual de crianças e adolescentes no Brasil, participando de Redes que articulam as ONGs, organismos governamentais e internacionais que compartilham projetos políticos, identidades e valores coletivos - essas redes têm transformado experiências vividas em todo o país, em propostas e insumos para a formulação das políticas públicas, voltadas para populações especialmente vulneráveis ao tráfico. Winrock contribui para a implementação das políticas de enfrentamento, através de uma visão que compreende além do binômio denúncia/responsabilização, considerando o elemento mais

amplo, multifacetado, das redes de exploração, e que exige alternativas de solução multisetoriais. Segundo a avaliação, o apoio de Winrock tem sido fundamental para o planejamento e articulação de ações e criação de estruturas para o enfrentamento do tráfico para fins de exploração sexual no estado da Bahia.

O impulsionamento do Comitê de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CIPETP) e a elaboração de uma Política e Plano Estadual de Enfrentamento ao tráfico de seres humanos são alguns dos resultados já obtidos pelo Programa. Percebe-se um crescimento no sentido da estrutura política do Comitê, através do apoio técnico direto do Winrock para os processos de planejamento, avaliação e articulação dos membros. Apesar de diversos problemas de articulação e continuidade das ações, devido a sucessivas mudanças de gestão dos órgãos chaves, conseguiu-se, no início do ano, aprovar o texto final do Plano e da Política Estadual, que se encontram em apreciação pela Casa Civil. Por outro lado, a articulação de agentes estratégicos no estado para que o sistema de garantia de direitos de fato funcione rebate nas falhas de funcionamento da própria rede de atendimento, nos eixos da defesa, promoção e proteção. Os desafios enfrentados pelo programa refletem a existência de um vácuo estrutural, anterior à sua implantação: um contexto de fragmentação desta atuação, principalmente no que diz respeito a ações de enfrentamento ao tráfico, relativamente novas, e que necessitam de maior respaldo e vontade política.

Plano Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas

Significativo investimento foi feito ao longo dos últimos anos pelo poder público e sociedade civil, com apoio de projetos de cooperação internacional, como o Catch, para a produção da Política e do Plano Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, elaborados pelo CIPETP/BA. O Plano Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Estado da Bahia, PEETP, foi estruturado a partir de três eixos estratégicos (Prevenção, Repressão e Responsabilização, e

Atendimento as Vítimas), e indica, para cada um dos três eixos estratégicos, um conjunto de prioridades que deverão ser implementadas durante o período de dois anos bem como, determina quais órgãos serão responsáveis por sua execução. Além de prevê a criação de um sistema de monitoramento e avaliação que se destina a acompanhar, *pari passu*, a execução das atividades propostas. Entre as prioridades globais do Plano estão o fortalecimento do CIPETP/BA, a criação de Comitês regionais, a implantação de estruturas-chaves, como o núcleo estadual de combate ao tráfico de pessoas e postos avançados de atendimento a migrantes na capital e no interior, a realização de mobilizações sócio-educativas e a formação de profissionais para enfrentamento ao tráfico de pessoas. Outras prioridades incluem a estruturação dos órgãos de defesa e responsabilização, e ações diversas de prevenção primária, secundária e terciária, de campanhas a iniciativas para geração de renda. O atendimento as vítimas é considerado o eixo estratégico mais relevante, com ações pautadas pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Para que o plano seja posto em prática, é fundamental que a Coordenação do CIPETP/BA adote as providências necessárias para a sua publicação e efetivação enquanto política pública estadual, e estabeleça um GT, com ampla participação da sociedade civil e organismos internacionais, para monitoramento das ações previstas.

Polícia Rodoviária Estadual – um exemplo exitoso

A pesquisa realizada pelo Instituto Winrock em 2008 identificou uma maior incidência da utilização das rotas intermunicipais terrestres para o tráfico de crianças e adolescentes. Para enfrentar esta questão, o CATCH trabalhou junto com a representante do batalhão da Polícia Rodoviária Estadual no Comitê Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, capitã Aparecida Teixeira. Agente multiplicadora do programa, a tenente foi responsável pela sensibilização e formação de cerca de 695 policiais militares e rodoviários.

Ela tem também coordenado a participação do batalhão em campanhas de conscientização pública, organizado operações de repressão nas rodovias estaduais e realizado palestras e pesquisas em comunidades vulneráveis. Trata-se de um caso exitoso de sensibilização e disseminação de práticas para o enfrentamento da problemática do tráfico.

“Eu participei de um curso (...) e achei muito importante nós, como agentes de segurança e atuantes no combate ao crime nas rodovias, que também estivéssemos devidamente qualificados para podermos efetivamente enfrentar o tráfico de pessoas, especialmente na modalidade de exploração sexual e especificamente contra vítimas. crianças e adolescentes, porque não tem como enfrentar alguma coisa se você não conhece essa coisa. (...) eu percebi a necessidade de trazer esse curso para cá, para que a gente realmente pudesse fazer alguma coisa, saísse daquela idéia de estar discutindo no Comitê para realmente partir para a prática.” -- Capitã Aparecida Teixeira, representante do Batalhão da Polícia Rodoviária Estadual no CIPETP

Os primeiros resultados podem ser verificados na prática dos policiais nas estradas, como relata no seu depoimento continuado a seguir:

“Então eu passei a chamar a atenção dos policiais que dentro do veículo tem um mundo. (...) Com a capacitação, além de drogas e armas eles passaram a pensar que ali dentro podia ter uma vítima de exploração. Terminou dia 15 e nós já tivemos dois flagrantes de estupro de vulnerável. Então perceba que realmente há necessidade de sensibilizar e qualificar, para poder aparecer frutos. Eu tenho quatro anos aqui e nunca vi uma ocorrência de flagrante de um cidadão por policial, por estar explorando alguém. Então a partir da sensibilização eles passaram a verificar melhor. E o Winrock também nos forneceu elementos para serem utilizados nas ocorrências. Esses instrumentos vão ajudar a

gente, porque é uma coisa nova, embora o crime de exploração sexual de criança e adolescente seja antigo.”

Núcleo estadual de enfrentamento ao tráfico de pessoas e posto avançado

Os esforços empreendidos pelo Catch foram fundamentais para que o governo federal disponibilizasse recursos para implantação de um núcleo estadual de enfrentamento ao tráfico de pessoas (NETP) na Bahia e de um posto avançado no aeroporto de Salvador, previstos para serem implantados ainda este ano. Os Núcleos e Postos são estruturas centrais para o funcionamento da rede, e já contam com um padrão mínimo de atendimento, estabelecidos na portaria nº 31, de 20 de agosto de 2009, da Secretaria Nacional de Justiça. Os Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas têm por principal função articular e planejar as ações para o enfrentamento ao tráfico de pessoas, no âmbito estadual. O Posto Avançado tem como objetivo proporcionar a assistência a migrantes deportados de seus países de destino ou capturados no processo de tentar emigrar ilegalmente. Entre os migrantes estão vítimas do tráfico que são identificados, assistidas e encaminhadas a outros serviços, conforme apropriado a cada caso. Enquanto os serviços não se encontram ainda em operação, os casos de tráfico têm sido atendidos através de forças-tarefa. A avaliação reflete que a implementação desses serviços devem ser tratadas com prioridade pelo poder público.

Movimento Contra o Tráfico de Pessoas: um marco histórico para a sociedade civil

Devido à dimensão transnacional do fenômeno, o Catch buscou a articulação dos esforços locais com esferas maiores (nacionais e internacionais). Nesse sentido, o programa contribuiu efetivamente para a estruturação de uma articulação nacional da sociedade civil

organizada para enfrentamento ao comércio de vidas, o MCTP – Movimento Contra o Tráfico de Pessoas, formalizado pela Plataforma Nacional contra o Tráfico de Pessoas. O movimento foi lançado no VI Encontro Internacional sobre Migração e Tráfico de Pessoas, em São Paulo, em novembro de 2009, com adesão de entidades de todo o país. O MCTP representa um marco histórico para a sociedade civil nessa luta e visa acompanhar e complementar as ações do poder público. Um dos resultados dessa frente é a expansão da metodologia de formação de agentes multiplicadores utilizada no Catch para quatro estados do nordeste do país, a partir deste ano, com apoio do Banco do Nordeste. A avaliação sinaliza ainda a necessidade de apoio para estruturação e fortalecimento desta rede que se encontra em nível incipiente, mas que pode vir a contribuir significativamente para influenciar as políticas públicas a nível nacional e para melhorar a coordenação para o atendimento às vítimas.

Considerações Finais

A atuação de organizações internacionais e da sociedade civil tem se mostrado crítica para promover avanços no enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil, principalmente quando esta atuação é realizada em estreita cooperação com o poder público, nas suas diversas esferas. O Programa CATCH é uma iniciativa do Instituto Winrock Internacional, que dá visibilidade a problemática do Tráfico para fins de exploração sexual comercial na Bahia, como uma das principais rotas para este fim no país, a partir do investimento em pesquisa, diagnósticos e ações estratégicas para a criação de modelos referenciais de colaboração entre governo e sociedade civil para o enfrentamento do problema. De acordo com a avaliação intermediária realizada em 2010, Winrock cria um caminho que aponta para a construção de referências que podem fornecer subsídios importantes para políticas e programas públicos, na área de combate ao tráfico de seres humanos. As diversas iniciativas, elaboradas com base na experiência acumuladas do Winrock e das organizações parceiras, já apresentam

resultados importantes, conforme evidenciado pelos depoimentos e casos analisados, e podem servir como base para a construção de melhores práticas no enfrentamento ao tráfico de pessoas, especialmente crianças e adolescentes, uma área de que ainda carece de modelos efetivos de atuação.

Referências

Menezes, Nara. **Projeto CATCH – Avaliação Intermediária**. Salvador, Julho de 2010.

Aranha Débora e Ribeiro, Anália. **MANUAL DE CAPACITAÇÃO PARA O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS**. Winrock International Brasil e

Instituto Latinoamericano de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos. Salvador: Agosto de 2010.

Aranha, Débora; Piñeiro, Irene e Ribeiro, Keu. **FALA SÉRIO! TRÁFICO DE PESSOAS? Reflexões, Jogos e Histórias para a Atuação de Jovens e Educadores**. Winrock International Brasil. Salvador: Agosto de 2010.

Ellery, Celina; Corrêa, Eveline e Gadelha, Graça. **Pesquisa sobre Tráfico de Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual no Estado da Bahia**. Instituto Winrock Internacional. Salvador: Outubro de 2008.

O TRÁFICO DE MULHERES SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS¹

Vanessa Alexandre de Souza²

Artigo recebido em 04/05/2011

Artigo aprovado em 01/06/2011

Enfrentamento ao tráfico de mulheres: Os direitos das mulheres como parte integrante, inalienável e indivisível dos direitos humanos.

RESUMO: O Projeto: “Violência e Relações Internacionais: Tráfico de Mulheres - Brasil e os Organismos Internacionais” tem o objetivo geral de apresentar um panorama e discutir se existe uma consonância entre a legislação brasileira e os ordenamentos jurídicos internacionais com respeito ao tráfico de mulheres, bem como averiguar se o Brasil tem adotado as orientações dos organismos internacionais com relação ao tratamento dispensado às famílias das vítimas deste tipo de crime.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Tráfico de mulheres. Relações internacionais.

ABSTRACT: The aim of the Project: - “Violence and International Relations: Trafficking in Women - Brazil and the international organizations” is to present an overview and discuss whether there is a line between the Brazilian legislation and international legal systems with respect to trafficking in women and determine whether Brazil has adopted the guidelines of international bodies with respect to the treatment at families of the victims of this crime.

Keywords: Human Rights. Trafficking in women. International relations.

¹ Artigo original escrito em 28 de Agosto de 2010.

² Estudante de graduação do curso de Ciências Sociais da Faculdade de Ciências Sociais/Universidade Federal de Goiás. Integrante do Grupo de pesquisa em relações internacionais, no projeto “Violência e relações internacionais: Tráfico de mulheres – Brasil e os organismos internacionais”, coordenado pela Profa Drª Telma Ferreira Nascimento. E-mail: vanessa.csociais@gmail.com

A culminância de um processo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos

O princípio fundador dos Direitos Humanos é a igualdade entre todos os seres humanos, apesar das diferenças biológicas e culturais. Nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação pode afirmar-se superior aos demais. As instituições jurídicas têm a função de garantir a aplicação dos direitos humanos em defesa da dignidade humana contra a violência, a exploração e a miséria. A idéia de que os indivíduos podem ser englobados em um conceito ou categoria geral é recente na História. Após o início desse pensamento no período axial, foram necessários vinte e cinco séculos para surgir a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A convicção de que todos os seres humanos têm direito à igualdade está vinculada à lei escrita, uma instituição social de fundamental importância.

A aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e da Convenção Internacional Sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, são os marcos inaugurais da fase histórica dos direitos humanos que está em desenvolvimento até o presente momento. A “primeira geração” de direitos humanos, representada pelos documentos produzidos pelos Estados Unidos e pela Revolução Francesa, foi composta de direitos que protegiam as liberdades civis e políticas dos cidadãos, contra a força dos órgãos estatais. Há um fundamento de vigência dos direitos humanos que ultrapassa a organização estatal. Este fundamento é a consciência coletiva, uma convicção estabelecida na comunidade de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, mesmo que não reconhecidos na ordem estatal. Essa consciência vem se expandindo e desenvolvendo no curso da História.

A Declaração representou a culminância de um processo ético iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos

e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano independente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem social ou nacional, ou qualquer outra condição, como consta no artigo II.

Para a consolidação dos direitos humanos é fundamental a distinção entre diferenças e desigualdades. As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Enquanto as desigualdades devem ser destruídas e eliminadas, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.

O reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível, após a segunda guerra mundial, quando se tornou perceptível que a idéia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião sobre as demais, põe em risco a sobrevivência da humanidade. A retomada dos ideais da Revolução Francesa, com o reconhecimento dos valores da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, consta no seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos se realizará progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.

A última grande concentração cronológica de ultrajes na História ocorreu entre 1930 e o término da 2ª Guerra Mundial, com a instituição do Estado totalitário. Cessadas as hostilidades, as consciências abriram-se, afinal, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a reorganização da vida em sociedade em escala planetária, com base no respeito absoluto à pessoa humana. Os países que lutaram contra a barbárie nazista erigiram a Organização das Nações Unidas. O que predomina hoje, em lugar da solidariedade internacional contra a guerra e a miséria é a subordinação da humanidade aos interesses exclusivos das grandes potências.

O acesso dos Estados Unidos à condição de potência hegemônica mundial, após o esfacelamento da União Soviética, tornou muito difícil a reorganização das relações internacionais num sentido comunitário. Os Estados Unidos vêm-se recusando, sistematicamente, a se submeter às normas internacionais de proteção aos direitos humanos, por considerarem que isso implica uma limitação de sua soberania. Assim foi com os Protocolos de 1977 às Convenções de Genebra de 1949, com a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres de 1979 e muitos outros tratados já em vigor no plano internacional. Desta forma, os Estados Unidos vão-se tornando um Estado fora da lei no plano internacional.

A reivindicação dos direitos das mulheres na Revolução Francesa

A Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Posteriormente percebeu-se que o espírito da Revolução Francesa era, muito mais, a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais para todos. Na luta contras as desigualdades, foram extintas as servidões feudais, a emancipação dos judeus e a abolição dos privilégios religiosos. Através de um decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias. Mas esse movimento igualitário não conseguiu derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos. As mulheres reclamavam contra a situação injusta de inferioridade em que se encontravam em relação aos homens.

Um ano após o início da Revolução, Condorcet publicou na imprensa um artigo intitulado “Sobre a admissão das mulheres ao direito de cidadania”, que foi ignorado pela Assembléia Nacional. A escritora e atriz Olympe de Gouges redigiu e publicou, em 1791, a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã” baseada na Declaração de 1789. No artigo X desta declaração constava que “a mulher tem o direito de subir ao cadafalso”, assim como o “direito de subir

na tribuna”. Olympe de Gouges foi perseguida politicamente e executada.

A defesa dos direitos das mulheres nas convenções internacionais

A constituição Alemã de 1919, que instituiu a primeira república alemã, denominada Constituição de Weimar, contém inovações importantes no campo da vida familiar. Ela estabeleceu, pela primeira vez na história do direito ocidental, a regra da igualdade jurídica entre marido e mulher e equiparou os filhos ilegítimos aos legitimamente havidos durante o matrimônio, em relação à política social do Estado.

Com base nos direitos positivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que consagraram as liberdades individuais clássicas e reconhecem os direitos políticos, as Nações Unidas adotaram três convenções internacionais com o objetivo de defender os direitos das mulheres, de acordo com o princípio básico de igualdade entre os sexos. A primeira, em 20 de dezembro de 1952, destinada a regular os direitos políticos das mulheres; A segunda, em 7 de novembro de 1962, sobre o consentimento, o registro e a idade mínima para o casamento; A terceira, em 21 de dezembro de 1965, sobre todas as formas de discriminação racial.

Em 17 de julho de 1998, a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma, adotou o estatuto de um Tribunal Penal Internacional, com competência para julgar os responsáveis pelo crime de genocídio e pelos crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão. Fez-se uma distinção entre o crime de genocídio e os crimes contra a humanidade.

Os crimes contra a humanidade abrangem os seguintes atos: a) homicídio; b) extermínio, entendendo-se como tal a imposição intencional de condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos e a tratamento médico, capazes de provocar a destruição de parte da população; c) a escravidão, d) a deportação ou transferência forçada da população; e) a prisão ou outra grave privação da liberdade

física, em violação às regras fundamentais do direito internacional; f) a tortura; g) o estupro, a escravidão sexual, a prostituição forçada, a gravidez forçada, a esterilização compulsória, ou qualquer outra forma de violação sexual de gravidade comparável; h) a perseguição contra qualquer grupo identificável ou coletividade, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero (masculino, feminino), ou outros motivos que sejam universalmente conhecidos como proibidos pelo direito internacional, em conexão com qualquer outro ato considerado como crime contra a humanidade; i) o desaparecimento forçado de pessoas; j) o crime de apartheid; k) outros atos inumanos análogos, causando intencionalmente sério sofrimento ou dano ao corpo, ou à saúde mental ou física. (COMPARATO, 2001, p.245)

O tráfico de mulheres se caracteriza como um crime contra a humanidade (item g). A eliminação do estatuto jurídico de inferioridade da mulher, na vida civil, somente veio a ocorrer no século XX, mas não em todos países. Na Parte II, artigo 3º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto.”

As primeiras manifestações em defesa dos direitos das mulheres estão presentes na trajetória de afirmação histórica dos direitos humanos.

Na Europa, a primeira manifestação em favor da igualdade entre os sexos foi a de Poulain de La Barre, publicado em 1673. Em 1739, sob o pseudônimo de *Sophia, a Person of Quality*, apareceu em Londres editada por John Hawkins, uma obra com extenso título: *Woman not inferior to Man: or A Short and modest Vidication of the natural Right of the Fair-Sex to a perfect Equality of Power, Dignity and Esteem, with the Men.* (COMPARATO, 2001, p.287)

Junto com este episódio pode se considerar o episódio já citado de Condorcet e Olympe de

Gouges. Porém, essas primeiras manifestações do movimento feminista não chegaram a produzir um efeito relevante nos séculos seguintes. Até o século XX, as mulheres sempre foram excluídas da participação nos assuntos políticos. Por causa do atraso que ainda persistia em vários países, as Nações Unidas adotaram, em 20 de dezembro de 1952, uma convenção para o reconhecimento dos direitos políticos das mulheres. A Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 29 de janeiro de 1957, também estabeleceu regras importantes. Em 18 de dezembro de 1979 foi aprovada pelas Nações Unidas a convenção internacional de eliminação de todas as formas de discriminação contra mulheres.

As iniciativas brasileiras

No Brasil, em 1950, foi promulgada a Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos à Mulher, firmada em Bogotá em 2 de maio de 1948. Em 12 de dezembro de 1963, a Convenção para o reconhecimento dos direitos políticos das mulheres, adotada pelas Nações Unidas, foi promulgada no país pelo Decreto n. 52.476.

Em termos globais, o século XX representou um momento de grande desenvolvimento das lutas implementadas pelos movimentos de mulheres no sentido da afirmação dos seus direitos de cidadania, o que implicava diretamente a conquista do reconhecimento da igualdade de condições em relação aos homens. Dentro desse contexto, a luta pelo direito ao voto, na primeira metade do século XX, e a luta pelos direitos sexuais e reprodutivos, na segunda metade, são uma espécie de síntese da movimentação levada a cabo pelas mulheres em prol da superação dos limites a elas impostos por uma sociedade fundada na centralidade do poder do homem – uma luta, em suma, pela ocupação do espaço público até então mantido sob o rígido controle dos homens.

No caso brasileiro, a luta contra a sociedade patriarcal obteve uma primeira vitória importante quando do reconhecimento do direito ao voto das mulheres na Constituição Federal de 1934.

Entretanto, iniciado o século XXI, a constatação é de que continuam a se fazer presentes na sociedade brasileira práticas típicas de um passado no qual às mulheres cabia apenas e tão-somente o espaço doméstico. Assim, apesar das conquistas obtidas no ordenamento legal, a violência física e simbólica permanece sendo praticada em relação às mulheres, tanto no campo como na cidade, independentemente da condição de classe. Um fato que não pode deixar de relevar a importância do combate à discriminação de gênero como um elemento fundamental da luta mesma pela democratização mais ampla da nossa sociedade.

Princípios da Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras (2002):

13) A comissão organizadora responsável pela realização da Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras, no primeiro semestre de 2002, considera necessário estabelecer uma Carta de Princípios com critérios claros e acordos objetivos para orientar todas as adesões de organizações, redes e instâncias nacionais, regionais e locais que venham participar do processo de construção e organização da Conferência.

14) Como espaço de articulação política a Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras objetiva empoderar os movimentos de mulheres, fortalecendo sua capacidade de interferir amplamente na sociedade, como sujeitos que produzem transformação social, seja no relacionamento com esferas do poder; na atuação conjunta com outros sujeitos respeitando as diferenças e buscando a superação das desigualdades de toda ordem; no estabelecimento de alianças internas e com parceiros externos aos movimentos de mulheres; na democratização de informação; e no exercício de liderança.

15) Os movimentos de mulheres compreendem que, para acompanhar os debates atuais sobre modelo de sociedade e desenvolvimento, e influenciá-los, é necessário aprofundar a capacidade de análise e crítica e, sobretudo, de elaboração de propostas alternativas consistentes. Este é o rumo que as mulheres pretendem seguir, e o processo que levará à Conferência Nacional tem este objetivo.

16) A Conferência Nacional das Mulheres Brasileiras deverá apresentar para a sociedade uma Plataforma Política ampla calcada na perspectiva da superação das desigualdades econômicas, sociais, de gênero, raça e etnia, levando em consideração as especificidades locais e regionais. Uma agenda ao mesmo tempo sintética, ousada, propositiva e, sobretudo, apoiada na ótica feminista.

17) Para atender a estes objetivos os eixos norteadores dos debates serão: igualdade, racismo e pobreza. Os eixos de discussão serão refinados e aprofundados no processo de construção e organização da Conferência, partindo-se do princípio de que devem ser de caráter macrosocial e abranger a totalidade das preocupações presentes na atuação política dos/as participantes, contemplando as diversidades regionais.

18) Os princípios contidos nesta Carta devem ser respeitados por instituições, organizações e grupos que venham integrar instâncias organizacionais da Conferência – Comissão Organizadora, Comitê de Mobilização ou Comitê de Parcerias. Esses princípios são:

- reconhecer a autonomia e a autodeterminação dos movimentos sociais de mulheres.
- comprometer-se com a crítica ao modelo neoliberal injusto, predatório e insustentável do ponto de vista econômico, social, ambiental e ético.
- reconhecer os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais das mulheres.
- comprometer-se com a defesa dos princípios de igualdade e justiça econômica e social.
- reconhecer o direito universal à educação, saúde e previdência.
- comprometer-se com a luta pelo direito à terra e à moradia.
- comprometer-se com a luta anti-racista e a defesa dos princípios de equidade racial-étnica.
- comprometer-se com a luta contra todas as formas de discriminação de gênero, e com o combate à violência, maus-tratos, assédio e exploração de mulheres e meninas.
- comprometer-se com a luta contra a discriminação a lésbicas e gays.

- comprometer-se com a luta pela assistência integral à saúde das mulheres e pela defesa dos direitos sexuais e reprodutivos.
- reconhecer o direito das mulheres de ter ou não ter filhos com acesso de qualidade à concepção e/ou contracepção.
- reconhecer o direito de livre exercício sexual de travestis e transgêneros.
- reconhecer a descriminalização do aborto como um direito de cidadania e uma questão de saúde pública.
- reconhecer que cada pessoa tem direitos às diversas modalidades de família e apoiar as iniciativas de parceria civil registrada.

19) Os princípios a seguir visam ampliar o alcance da Conferência:

- A Conferência Nacional de Mulheres é um espaço aberto para o debate democrático de idéias, o aprofundamento de propostas e a articulação dos movimentos sociais de mulheres que se opõem ao neoliberalismo, ao sexismo, ao racismo e à homofobia.
- A Conferência Nacional de Mulheres reúne e articula organizações de mulheres e ativistas feministas em nível nacional, mas não pretende ser uma instância representativa do movimento social de mulheres.
- A Conferência Nacional de Mulheres não tem caráter deliberativo. Ninguém estará, portanto autorizado a exprimir, em nome da Conferência, posições que pretenderiam ser de todas as suas participantes. A Conferência somente aprovará por aclamação a sua Plataforma Política construída ao longo do processo.
- Será assegurado, no entanto, às entidades, pessoas ou conjuntos de entidades que participem da Conferência, a liberdade de deliberar sobre declarações e ações que decidam desenvolver em nome próprio. A Comissão Organizadora da Conferência se compromete a difundir amplamente essas declarações através dos meios de seu acesso.
- A Conferência Nacional de Mulheres tem a vocação de ser um espaço plural e diversificado, não confessional, não governamental e não partidário, que articula de forma centralizada os movimentos sociais de mulheres em nível local, regional e nacional.³

Sob a coordenação da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, da Secretaria de Direitos Humanos (SDH) e da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), ambas da Presidência da República, foi elaborada e aprovada, em 2006, a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Como desdobramento desta importante política pública, foi instituído em 2008 o Plano Nacional de Enfrentamento ao tráfico de seres humanos (PNETP), o que possibilitou a implantação de Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETPs), bem como a instalação dos Postos Avançados. Atualmente existem dois: Posto Avançado de Atendimento Humanizado ao Migrante e o Posto Avançado de Direitos ao Viajante, que trabalham na prevenção e atendimento às vítimas. O Ministério Público de Goiás abriga um destes Núcleos. O Ministério da Justiça, em parceria com o escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), colocou em prática, no ano de 2003, o Programa de Prevenção ao Tráfico de Seres Humanos.

Plano Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas

Em 13 de março de 2007, foi publicada a Portaria Conjunta nº 631 que designou os membros do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), encarregado de elaborar o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Os trabalhos foram coordenados pela Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, Secretaria de Direitos Humanos e Secretaria de Políticas para as Mulheres, ambas da Presidência da República.

Em 8 de janeiro de 2008, o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, instituiu, pelo Decreto nº 6.347, o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (I PNETP), que tem o objetivo de prevenir e reprimir o tráfico de pessoas, bem como responsabilizar os seus autores e garantir atenção e suporte às vítimas. Concluído em janeiro de 2008, o Plano Nacional possibilitou a integração de diversos órgãos governamentais, sociedade civil e organismos internacionais que atuam no enfrentamento a esse crime.

O IPNETP possibilitou a intersetorialidade da temática, pois se ampliou a articulação entre diferentes saberes e experiências no planejamento, implementação e avaliação de ações previstas na Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Dentre os principais resultados, pode-se citar: ampliação de assistência às vítimas; aumento significativo de estudos e pesquisas sobre o tema; crescimento no número de denúncias e inquéritos instaurados.

Há, ainda, muito a ser realizado, por isso, por meio da Portaria nº 749, de 29 de abril de 2010, foi criado o Grupo de Trabalho para coordenação do processo de elaboração do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, que conta com representantes da Secretaria Nacional de Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, Secretaria de Políticas para as Mulheres e Secretaria de Direitos Humanos.

Plano Nacional de Direitos Humanos

Em 1996 foi redigida a primeira versão do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH I). Em 2002 foi lançada a segunda versão PNDH II. Estes documentos trazem o projeto de implementação de políticas públicas que atendam às necessidades das mulheres.

PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS – PNDH I

(Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996)

Mulheres

Curto prazo

115. Apoiar o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher na formulação e implementação de políticas públicas para a defesa dos direitos da mulher.

116. Apoiar o Programa Nacional de Combate à Violência Contra a Mulher, do Governo Federal.

117. Incentivar a criação de centros integrados de assistência a mulheres sob risco de violência doméstica e sexual.

118. Apoiar as políticas dos Governos estaduais e municipais para prevenção da violência doméstica e sexual contra as mulheres.

119. Incentivar a pesquisa e divulgação de informações sobre a violência e discriminação contra a mulher e sobre formas de proteção e promoções dos direitos da mulher.

120. Assegurar o cumprimento dos dispositivos existentes na Lei nº 9.029/95, que dá proteção às mulheres contra discriminação em razão de gravidez.

121. Apoiar o projeto de lei que altera o Código Penal nos crimes de estupro e atentado violento à mulher.

Médio prazo

122. Regulamentar o artigo 7º, inciso XX, da Constituição Federal, que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher através de incentivos específicos.

123. Revogar as normas discriminatórias ainda existentes na legislação infra-constitucional, incluindo particularmente as normas do Código Civil Brasileiro que tratam do patrio poder, chefia da sociedade conjugal, direito da anulação do casamento pelo homem quando a mulher não é virgem, privilégio do homem na fixação do domicílio familiar.

124. Reformular as normas de combate à violência e discriminação contra as mulheres, em particular, apoio ao projeto do Governo que trata o estupro como crime contra a pessoa e não mais como crime contra os costumes.

125. Incentivar a inclusão da perspectiva de gênero na educação e treinamento de funcionários públicos, civis e militares e nas diretrizes curriculares para o ensino fundamental e médio, com o objetivo de promover mudanças na mentalidade e atitude e o reconhecimento da igualdade de direitos das mulheres, não apenas na esfera dos direitos civis e políticos, mas também na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais.

126. Incentivar a geração de estatísticas que evidenciem salários, jornadas de trabalho, ambientes de trabalho, doenças profissionais e direitos trabalhistas da mulher.

Longo prazo

127. Definir políticas e programas governamentais, nas esferas federal, estadual e municipal, para implementação das leis que asseguram a igualdade de direitos das mulheres e dos homens em todos os níveis, incluindo saúde, educação e treinamento profissional, trabalho, segurança social, propriedade e crédito rural, cultura, política e justiça.⁴

PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS – PNDH II

(Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002)

Mulheres

170. Apoiar as atividades do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, assim como dos conselhos estaduais e municipais dos direitos da mulher.

171. Estimular a formulação, no âmbito federal, estadual e municipal, de programas governamentais destinados a assegurar a igualdade de direitos em todos os níveis, incluindo saúde, educação e treinamento profissional, trabalho, segurança social, propriedade e crédito rural, cultura, política e justiça.

172. Incentivar a capacitação dos professores do ensino fundamental e médio para a aplicação dos Parâmetros Curriculares Nacionais – PCNs no que se refere às questões de promoção da igualdade de gênero e de combate à discriminação contra a mulher.

173. Incentivar a criação de cursos voltados para a capacitação política de lideranças locais de mulheres, com vistas ao preenchimento da quota estabelecida para a candidatura de mulheres a cargos eletivos.

174. Apoiar a regulamentação do Artigo 7º, inciso XX da Constituição Federal, que prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher.

175. Incentivar a geração de estatísticas sobre salários, jornadas de trabalho, ambientes de trabalho, doenças profissionais e direitos trabalhistas da mulher.

176. Assegurar o cumprimento dos dispositivos existentes na Lei nº 9.029/95, que garante

proteção às mulheres contra a discriminação em razão de gravidez.

177. Apoiar a implementação e o fortalecimento do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher – PAISM.

178. Apoiar programas voltados para a sensibilização em questões de gênero e violência doméstica e sexual praticada contra mulheres na formação dos futuros profissionais da área de saúde, dos operadores do direito e dos policiais civis e militares, com ênfase na proteção dos direitos de mulheres afrodescendentes e indígenas.

179. Apoiar a alteração dos dispositivos do Código Penal referentes ao estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude e o alargamento dos permissivos para a prática do aborto legal, em conformidade com os compromissos assumidos pelo PNDH II Programa Nacional de Direitos Humanos Estado brasileiro no marco da Plataforma de Ação de Pequim.

180. Adotar medidas com vistas a impedir a utilização da tese da “legítima defesa da honra” como fator atenuante em casos de homicídio de mulheres, conforme entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

181. Fortalecer o Programa Nacional de Combate à Violência Contra a Mulher.

182. Apoiar a criação e o funcionamento de delegacias especializadas no atendimento à mulher – DEAMs.

183. Incentivar a pesquisa e divulgação de informações sobre a violência e discriminação contra a mulher e sobre formas de proteção e promoção dos direitos da mulher.

184. Apoiar a implantação, nos estados e municípios, de serviços de disque-denúncia para casos de violência contra a mulher.

185. Apoiar programas voltados para a defesa dos direitos de profissionais do sexo.

186. Apoiar programas de proteção e assistência a vítimas e testemunhas da violência de gênero, contemplando serviços de atendimento jurídico, social, psicológico, médico e de capacitação profissional, assim como a ampliação e o fortalecimento da rede de casas-abrigo em todo o país.

187. Estimular a articulação entre os diferentes serviços de apoio a mulheres vítimas de violência doméstica e sexual no âmbito federal, estadual e municipal, enfatizando a ampliação dos equipamentos sociais de atendimento à mulher vitimizada pela violência.

188. Apoiar as políticas dos governos estaduais e municipais para a prevenção da violência doméstica e sexual contra as mulheres, assim como estimular a adoção de penas alternativas e o fortalecimento de serviços de atendimento profissional ao homem agressor.⁵

Na terceira versão do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH3), elaborado em 2009, pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República constam as seguintes orientações para a defesa dos direitos das mulheres na “Diretriz 9 – Combate às desigualdades estruturais”:

Garantia dos direitos das mulheres para o estabelecimento das condições necessárias para sua plena cidadania.

Ações programáticas:

- a) Desenvolver ações afirmativas que permitam incluir plenamente as mulheres no processo de desenvolvimento do País, por meio da promoção da sua autonomia econômica e de iniciativas produtivas que garantam sua independência.

Responsável: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República
Parceiros: Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério do Desenvolvimento Agrário; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades

- b) Incentivar políticas públicas e ações afirmativas para a participação igualitária, plural e multirracial das mulheres nos espaços de poder e decisão.

Responsável: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República

- c) Elaborar relatório periódico de acompanhamento das políticas para mulheres com recorte étnico-racial, que contenha dados sobre renda, jornada e ambiente de trabalho, ocorrências de

assédio moral, sexual e psicológico, ocorrências de violências contra a mulher, assistência à saúde integral, dados reprodutivos, mortalidade materna e escolarização.

Responsável: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República
Parceiros: Ministério da Saúde; Ministério da Educação; Ministério da Justiça; Ministério do Trabalho e Emprego; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea); Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

- d) Divulgar os instrumentos legais de proteção às mulheres, nacionais e internacionais, incluindo sua publicação em formatos acessíveis, como braile, CD de áudio e demais tecnologias assistivas¹⁴.

Responsável: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República
Parceiros: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República

- e) Ampliar o financiamento de abrigos para mulheres em situação de vulnerabilidade, garantindo plena acessibilidade.

Responsáveis: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

- f) Propor tratamento preferencial de atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e familiar nos Conselhos Gestores do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social e junto ao Fundo de Desenvolvimento Social.

Responsáveis: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República; Ministério das Cidades; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

- g) Apoiar a aprovação do projeto de lei que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos.

14 – Ampla gama de equipamentos, serviços, estratégias e práticas concebidas e aplicadas que contribuem para proporcionar ou ampliar habilidades funcionais de pessoas com deficiência e consequentemente promover vida independente e inclusão. (PNDH3, p.90- 91)⁶.

E mais explicitamente, o PNDH3 emite um conjunto de medidas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas na “Diretriz 13: Prevenção da violência e da criminalidade e profissionalização da investigação de atos criminosos”:

Objetivo estratégico VI:

Enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Ações programáticas:

- a) Desenvolver metodologia de monitoramento, disseminação e avaliação das metas do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, bem como construir e implementar o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência Programa Nacional de Direitos Humanos—3

Responsáveis: Ministério da Justiça; Ministério do Turismo; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República; Ministério do Trabalho e Emprego; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República

Parceiros: Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

Recomendações:

- Recomenda-se aos estados, Distrito Federal e municípios a implementação de políticas e planos estaduais e municipais de enfrentamento ao tráfico de pessoas, com previsão nos respectivos orçamentos para sua execução.
- Recomenda-se aos estados, Distrito Federal e municípios a intensificação da fiscalização e repressão do tráfico de pessoas e do turismo sexual.

- b) Estruturar, a partir de serviços existentes, sistema nacional de atendimento às vítimas do tráfico de pessoas, de reintegração e diminuição da vulnerabilidade, especialmente de crianças, adolescentes, mulheres, transexuais e travestis.

Responsáveis: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres

da Presidência da República; Ministério da Justiça; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República

Recomendação: Recomenda-se aos estados a criação de núcleos regionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas, como órgãos de articulação dos serviços existentes.

- c) Implementar as ações referentes a crianças e adolescentes previstas na Política e no Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Responsáveis: Ministério da Justiça; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República

Parceiro: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República

- d) Consolidar fluxos de encaminhamento e monitoramento de denúncias de casos de tráfico de crianças e adolescentes.

Responsáveis: Ministério da Justiça; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República

Parceiro: Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República

Recomendações:

- Recomenda-se aos estados, Distrito Federal e municípios a aplicação de fluxos de encaminhamento de denúncias de casos de tráfico de crianças e adolescentes.
- Recomenda-se ao Ministério Público a garantia de investigação e punição adequada aos casos de combate ao tráfico de pessoas.

- e) Revisar e disseminar metodologia para atendimento de crianças e adolescentes vítimas de tráfico.

Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República

Parceiro: Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República

Recomendação: Recomenda-se aos estados, Distrito Federal e municípios a aplicação de

metodologia de atendimento de crianças e adolescentes vítimas de tráfico em suas redes de serviços.

- f) Fomentar a capacitação de técnicos da gestão pública, organizações não-governamentais e representantes das cadeias produtivas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Responsável: Ministério do Turismo

Parceiros: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Ministério da Justiça; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República

- g) Desenvolver metodologia e material didático para capacitar agentes públicos no enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Responsáveis: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Ministério do Turismo; Ministério da Justiça; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República

Parceiros: Ministério da Educação; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

- h) Realizar estudos e pesquisas sobre o tráfico de pessoas, inclusive sobre exploração sexual de crianças e adolescentes.

Responsáveis: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Ministério do Turismo; Ministério da Justiça; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República
Parceiros: Ministério da Educação; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência. (PNDH3, p.120 - 122)⁷

Direitos Humanos e relações internacionais

A Convenção de Genebra de 1864 inaugurou o que se convencionou chamar de direitos humanitários, em matéria de direito internacional. O direito internacional é entendido como o conjunto das leis e costumes da guerra, que tem como objetivo diminuir o sofrimento dos

soldados doentes e feridos e das populações civis atingidas pelos conflitos bélicos. Esta foi a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. O direito da guerra e da paz foi sistematizado originalmente por Hugo Grócio em sua obra *Lus Belliac ac Pacis*, do início do século XVII. Existem o direito preventivo da guerra e o direito da situação ou estado de guerra, destinado a regular as ações das potências combatentes. A sobrevivência da humanidade exige a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana.

Nos casos de violência internacional como ocorre no do tráfico de pessoas, prevalece o direito internacional ou o direito interno? Existe uma hierarquia normativa expressa pela autoridade política? Nas pesquisas que realizamos dentro da bibliografia citada, a resposta encontrada para essas questões foi que nos conflitos normativos entre o direito internacional e o direito interno prevalece a regra mais favorável ao sujeito de direito. A proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última do sistema jurídico. As normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado.

Essa resolução tem como pressuposto a afirmação de que a essência do ser humano é uma só, acima da multiplicidade de diferenças, individuais e sociais, biológicas e culturais, que existem na humanidade. É por isso que todos os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo tempo e em todas as partes do mundo em que se encontrem. Portanto, como assinalou Hannah Arendt, com a consolidação das nações-Estados, no curso do século XIX, os direitos do homem acabaram sendo absorvidos pelos direitos do cidadão. Com o advento do Estado totalitário, os homens e as mulheres privados de nacionalidade acabaram perdendo toda capacidade jurídica, ou seja, deixaram de serem pessoas.

Uma grande contribuição para a proteção da pessoa humana ocorreu com a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950. A partir desta convenção foram instituídos órgãos incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos nela

declarados e julgar as suas eventuais violações pelos Estados e se deu o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direito internacional, em relação aos direitos humanos.

As reflexões de Hannah Arendt

A 2ª Guerra Mundial engendrou uma multidão de refugiados, em toda a Europa. O Estado nazista aplicou a política de supressão da nacionalidade alemã a grupos minoritários, sobretudo a pessoas consideradas de origem judaica. Logo após a guerra, Hannah Arendt chamou a atenção para a novidade perversa desse abuso, mostrando como a privação da nacionalidade fazia das vítimas pessoas excluídas de toda proteção jurídica no mundo. Ao contrário do que se supunha no século XVIII, mostrou ela, os direitos humanos não são protegidos independentemente da nacionalidade ou cidadania. O asilado político deixa um quadro de proteção para encontrar outro. Mas aquele que foi despojado de sua nacionalidade, sem ser opositor político, pode não encontrar nenhum Estado disposto a recebê-lo: ele simplesmente deixa de ser considerado uma pessoa humana. Numa fórmula tornada célebre, Hannah Arendt concluiu que a essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos.

Algumas diferenças humanas não são deficiências, mas sim fontes de valores positivos, devem ser protegidas e estimuladas. Ao refletir sobre a trágica experiência dos totalitarismos no século XX, Hannah Arendt sustenta que a privação de todas as qualidades concretas do ser humano, de tudo aquilo que forma a sua identidade nacional e cultural, tornam-no uma frágil e ridícula abstração. A dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito.

Se o ser humano é uma pessoa, isto é, o personagem principal no processo evolutivo da vida, o protagonista da História. Ser pessoa significa possuir capacidade jurídica, ou seja, ter direito a ter direitos, segundo a fórmula célebre de Hannah Arendt.

O tráfico de mulheres como uma nova forma de escravidão

A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma a proibição absoluta da escravidão e do tráfico de escravos no artigo IV: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.” E também no artigo III: “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

Os escravos não são os únicos seres humanos aos quais se denegam todos os direitos: o mesmo ocorreu com os apátridas durante a 2ª Guerra Mundial. Segundo estimativas de organizações não governamentais, aceitas pelos órgãos especializados das Nações Unidas, haveria em todo o mundo, no final do século, cerca de duzentos milhões de pessoas submetidas à escravidão ou a formas assemelhadas, como novas formas de tráfico de pessoas, como ocorre na atualidade com mulheres e crianças.

Num relatório publicado em 2000, o Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Mulher estimou que o tráfico de mulheres e crianças atingem atualmente, um milhão de pessoas em todo o mundo e movimentam entre 7 e 12 bilhões de dólares por ano. (COMPARATO, 2001, p.300)

Os direitos humanos e o conceito kantiano de pessoa

Com a filosofia kantiana adveio uma elaboração teórica do conceito e pessoa, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores a toda ordenação estatal. O primeiro postulado ético de Kant é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática. O princípio primeiro de toda ética, definido por Kant em “Fundamentos para a metafísica dos costumes”, é o de que “o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante.”

A dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas,

um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, por sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isso é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

Pela sua vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo em que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, segundo o imperativo categórico. A concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão.

O *gulag* soviético e o *lager* nazista foram despersonalizadores de seres humanos. A transformação das pessoas em coisas realizou-se com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção, a reificação das pessoas, segundo Marx. O princípio kantiano defende que a pessoa humana não pode nunca ser utilizada como simples meio para a obtenção de uma finalidade alheia, pois ela deve sempre ser tida como um fim em si mesmo. O ser humano representa um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como meio ou instrumento para a consecução de outros fins.

A visão ética kantiana pode ser aplicada na análise destes fatos históricos. A afirmação por Kant do valor relativo das coisas, em contraposição ao valor absoluto da dignidade humana, renunciou a quarta etapa histórica da elaboração do conceito de pessoa, que consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige sua vida em função de preferências valorativas. A pessoa humana é o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, sem os quais as sociedades acabam perecendo por um processo de desagregação.

As pesquisas nacionais sobre o tráfico de mulheres

As pesquisas realizadas sobre o tráfico de mulheres no Brasil desmistificam a pré-concepção que é feita sobre os gêneros e seus papéis no tráfico de pessoas, onde o homem é sempre colocado como agressor ou agenciador e a mulher é caracterizada na condição de vítima. Esse discurso cristaliza e simplifica histórias humanas reais, apresentando-as somente no momento em que um crime supostamente acontece, situando agentes complementares em papéis distintos de vitimizada e vitimizadora, seguindo uma lógica moralista e machista. Nas pesquisas revela-se que homens e mulheres não têm atuação específica nestas relações. Muitos homens emigram para ganhar a vida como “michês”, agenciados por outros homens e também por mulheres.

O tráfico de pessoas que ocorre nas migrações internacionais se constitui em uma forma de violação dos direitos humanos no mundo atual. Por isso a importância de discutir o enfrentamento ao tráfico de pessoas a partir de uma perspectiva de gênero e Direitos Humanos. As novas pesquisas sobre tráfico de pessoas se norteiam pela tentativa de discutir o enfrentamento ao Tráfico de Pessoas a partir de uma perspectiva de Direitos Humanos que considere as mulheres como sujeitos atuantes. Para alguns autores o tráfico de mulheres é resultado de um conjunto de fatores.

(...) problemas estruturais globais que produzem o tráfico – globalização, patriarcado, racismo, conflitos e guerras étnicas, devastação ecológica e ambiental e perseguição política e religiosa – são raramente tocados no paradigma hegemônico sobre o tráfico. São esses problemas estruturais que permanecem como fenômenos globais importantes para analisar, desconstruir e combater”. (KEMPADDOO, 2005, p.68)

Para estas autoras o tráfico de mulheres é resultado de um conjunto de fatores diretamente relacionados aos problemas estruturais globais que produzem o tráfico – globalização,

patriarcado, racismo, conflitos e guerras étnicas, devastação ecológica e ambiental, perseguição política e religiosa. Esses problemas são raramente tocados pelo paradigma hegemônico sobre o tráfico e são esses problemas estruturais, como fenômenos globais, que merecem ser analisados, desconstruídos e combatidos.

O atual discurso sobre o tráfico de pessoas, que inclui o tráfico de mulheres, compreende o fenômeno relacionando-o especialmente com três distintas temáticas: o crime organizado transnacional, a prostituição e a migração internacional. A tônica, no primeiro caso, assenta-se na percepção do tráfico como prática criminosa e, nesse sentido, seu enfrentamento liga-se a instrumentos legais e jurídicos. A segunda perspectiva implica em uma visão moral e conservadora que não distingue o tráfico da prostituição. Nesse sentido, desconsidera a diferença existente entre a prostituição como escravidão sexual e a prostituição enquanto profissão sexual. Esta visão tem sido fortemente contestada pelos movimentos organizados que reivindicam a legalização do trabalho sexual. Uma das vertentes dos movimentos sociais na atualidade são os grupos de mulheres envolvidas com a prostituição que lutam pelo reconhecimento e legalização pelo Estado da sua atividade como profissão. Uma das iniciativas do Governo Federal foi a criação da Secretaria Nacional de Políticas Públicas para Mulheres, como estímulo à implementação de políticas públicas e inserção da mulher no desenvolvimento econômico e social do país.

A questão da definição do fenômeno do tráfico internacional de mulheres ainda está distante de uma posição consensual. Há diferentes e conflitantes definições de tráfico de pessoas. Essas definições envolvem questões políticas, regulações nacionais e direitos humanos que suscitam dúvidas e questionamentos entre os pesquisadores que analisam a problemática⁸. Existem no mesmo universo, o tráfico internacional de pessoas e a migração vinculada à indústria do sexo. Definindo o tráfico como um problema de migração não documentada, ocorre o reforço dos que advogam em favor da adoção de mecanismos legais mais decisivos no controle dos processos migratórios, como os governos de países que

recebem grande fluxo migratório (Portugal, França, Espanha, Itália, etc.). Estas medidas, em sua grande maioria, são definidas em função de critérios discriminatórios e xenófobos.

O tráfico de pessoas é considerado um problema crucial por governos e por entidades que defendem os direitos humanos, incluindo organizações feministas e grupos de apoio às pessoas que trabalham na indústria do sexo. Ainda são poucos os serviços capacitados para receber a vítima de tráfico ou a mulher migrante cujos direitos foram violados. Faz-se necessário que esses serviços contemplem, entre outras demandas, o atendimento psicológico e programas de reinserção social. Nesse sentido, políticas públicas efetivas precisam ser implementadas para garantir os direitos humanos desse público.

Comentários finais

A idéia de “universalidade” que acompanhou os direitos modernos excluiu do acesso aos direitos muitos grupos sociais. A invenção de uma divisão entre espaço político/público, esfera privada/doméstica e a divisão sexual de papéis sociais deixou as mulheres à margem da maioria dos direitos nos primeiros duzentos anos da modernidade. A ampliação dos direitos de cidadania e a generalização dos direitos humanos tem se realizado pela luta de grupos sociais discriminados e excluídos. As mulheres constituem um destes grupos e têm sido protagonistas nessa luta histórica de afirmação dos direitos humanos.

O acesso das mulheres aos *direitos civis* foi, ao longo de dois séculos, altamente restrito, ocorrendo a negação desses direitos às mulheres. Os *direitos políticos* foram conquistados pelas mulheres somente no século XX. As mulheres lutaram – e ainda lutam – para serem reconhecidas como iguais em *direitos sociais* (como igualdade de oportunidade no trabalho e remuneração igual para trabalho igual) e pelos *direitos reprodutivos*.

O problema da violência contra a mulher, de cunho sexista, ainda tão prevalente mesmo em países com certo grau de garantias de direitos, pode ser visto como uma manifestação do caráter incompleto das conquistas civis por parte das

mulheres e ao mesmo tempo um obstáculo para isso. A violência de gênero é toda violência cometida contra a mulher – seja física, psicológica ou sexual – cuja justificação, consciente ou não, baseia-se numa cultura sexista que concebe a mulher como ser humano inferior e subordinado, portadora de direitos restritos em comparação ao homem e naturalmente destinada a servi-lo. Além de uma violação sistemática aos direitos humanos, a violência de gênero é um obstáculo ao desenvolvimento social e econômico e também um grave problema de saúde pública.

As várias formas de violência de gênero: o tráfico de mulheres, a prostituição infantil, os estupro sistemáticos como arma de guerra, as gravidezes forçadas em situação de conflitos étnicos, as mutilações genitais, as esterilizações cirúrgicas e outras formas de manipulação médica do corpo das mulheres não consentidas por elas, exigem a elaboração de políticas públicas para a sua erradicação. A noção da violência de gênero como uma violação aos direitos humanos é muito recente. O reconhecimento da violência contra a mulher como problema social de múltiplas consequências é fruto das lutas dos movimentos de mulheres em todo o mundo. Os direitos das mulheres são parte integrante, inalienável e indivisível dos direitos humanos.

Notas

³ Texto retirado de [HTTP://www.articulacaodemulheres.org.br](http://www.articulacaodemulheres.org.br) Acesso em: 29/08/10.

⁴ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf> Acesso em 29/08/10.

⁵ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>

⁶ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf> Acesso em 29/08/10.

⁷ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf> Acesso em 29/08/10

⁸ Neste artigo utilizamos como referência de pesquisas nacionais sobre o tema os trabalhos de KEMPADOO (2005), PISCITELLI (2008) E SILVA (2005), publicados no periódico Cadernos Pagu.

Referências

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Direitos Humanos e gênero no cenário da migração e do tráfico internacional de pessoas. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 31, dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br>

JANOTTI, Claudia Bonan. As mulheres e a construção dos direitos humanos. *Águila*, n.5, v.3, 1999.

KEMPADOO, Kamala. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 25, dez. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br>

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2008.

MONDAINI, Marco. *Direitos humanos*. São Paulo: Contexto, 2008.

_____. *Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2009.

Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - ed. rev. - - Brasília: SEDH/PR, 2010.

SILVA, Ana Paula da et al. Prostitutas, “traficadas” e pânico morais: uma análise da produção de fatos em pesquisas sobre o “tráfico de seres humanos”. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 25, dez. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br>

STEARNS, Peter N. *História das relações de gênero*. São Paulo: Contexto, 2007.

A AÇÃO POPULAR AMBIENTAL ENQUANTO INSTRUMENTO HÁBIL A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Flávia Moreira Guimarães Pessoa¹

Artigo recebido em 04/05/2011

Artigo aprovado em 16/06/2011

RESUMO: Este artigo aborda a utilização da Ação Popular Ambiental como instrumento para efetivação e controle de políticas públicas na área ambiental, defendendo a aplicação ampla do instituto, tendo em vista a democrática legitimação para agir.

Palavras-chave: Ação Popular Ambiental. Direitos fundamentais. Políticas públicas.

ABSTRACT: This article discusses the use of the Popular Action as a tool for Environmental execution and control of public policies on environmental area, defending the wide application of the institute, with a view to democratic legitimacy to act.

Keywords: Popular Environmental Action. Fundamental rights. Public policy.

1 Introdução

O presente artigo visa a analisar a aplicação da ação popular ambiental para promover a concretização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Para atingir o objetivo proposto, o artigo divide-se em cinco partes, sendo ao final expostas as conclusões. Na primeira, é analisado o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Na segunda, são analisados os pontos fundamentais do controle judicial de políticas públicas, seus obstáculos e superações.

¹ Professora Adjunta da Universidade Federal de Sergipe, Coordenadora do Mestrado em Direito da UFS, Juíza do Trabalho (TRT 20ª Região), Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Doutora em Direito Público pela UFBA, líder do grupo de pesquisa “Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais” da Universidade Federal de Sergipe.

Na terceira, tecidas considerações processuais sobre a ação popular ambiental. Na quarta, é abordada, de forma específica, a efetivação judicial de políticas públicas ambientais através da Ação popular. Finalmente, são apontados os pontos principais do texto.

2 Direito fundamental ao meio ambiente equilibrado

A conceituação do que sejam direitos fundamentais é particularmente difícil, tendo em vista a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico. Aumenta essa dificuldade, o fato de se empregarem várias expressões para designá-los, como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, entre outros conceitos².

Cumprir frisar que o conteúdo dos direitos fundamentais foi sendo paulatinamente alterado, a partir da verificação do seu caráter histórico. Com efeito, consoante assinala Canotilho (2003, p. 1395), os direitos fundamentais “pressupõem concepções de Estado e de Constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais”.

Entre os direitos fundamentais, destaca-se o referente ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que vem previsto no art. 225 da Constituição Federal como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida e cuja preservação visa a evitar conflitos entre gerações³.

Com efeito, disciplina o referido dispositivo constitucional que impõe-se ao poder público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Segundo o STF, “O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas,

num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social”

Prossegue o STF demonstrando a lição clássica de dimensões dos direitos fundamentais: “enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.) No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995.

Com o objetivo de concretizar o mandamento constitucional, devem ser desenvolvidas políticas públicas, que são ações desencadeadas pelo Estado, em suas diferentes esferas, com vistas a efetivação dos mandamentos constitucionais da administração pública, em especial com o objetivo de concretização dos direitos fundamentais insertos na Constituição Federal.

O *caput* do art. 18 da Carta Magna determina que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. No centro do conceito de federalismo está a repartição de competências entre os entes federativos, de forma que a adoção da repartição de competências administrativas e legislativas é pressuposto da autonomia das entidades federativas e, por consequência, garantia do Estado Federal.

A competência administrativa cabe em geral ao Poder Executivo e diz respeito à facul-

dade para atuar com o objetivo da concretização dos valores constitucionais através da adoção de políticas públicas concretas, ao passo que a competência legislativa cabe ao Poder Legislativo e diz respeito à faculdade para legislar a respeito dos temas de interesse da coletividade. Nesse sentido, a competência administrativa é a atribuição que o Poder Executivo tem de proteger o meio ambiente, enquanto a competência legislativa é a atribuição que o Poder Legislativo tem para legislar a respeito de temas ligados ao meio ambiente.

No âmbito da competência administrativa referente ao meio ambiente, estabelece o art. 23, VI e VII da Constituição Federal que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e VII - preservar as florestas, a fauna e a flora.

No que se refere à competência legislativa o art. 24, inciso VI da Constituição Federal estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Vê-se, claramente, a partir da leitura dos dispositivos constitucionais apresentados, que as políticas públicas na área ambiental são desenvolvidas pelas três esferas do poder público, federal, estadual e municipal.

No presente artigo, porém, a análise será restrita à aplicabilidade da Ação Popular Ambiental para efetivação das políticas públicas na área ambiental o que será visto nos tópicos seguintes.

3 Controle judicial de políticas públicas: obstáculos e superações.

A partir do reconhecimento de que o Direito ao Meio Ambiente Equilibrado exige do Estado não apenas uma atuação negativa, como também uma atuação positiva, cumpre analisar qual o meio necessário para efetivá-los.

A expressão políticas públicas, para Eros Grau (1997, p.21), “designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.”. Américo Bedê Freire Junior (2008, p.48) traz um conceito mais específico como os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, “uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se eles não vêm acompanhados de instrumentos para efetivá-los”.

O controle judicial de políticas públicas volta-se para o controle da ação ou omissão estatal em si, na medida em que essa atuação ou omissão contribua ou dificulte a efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão em seu viés transindividual. (JORGE NETO, 2008, p. 54).

Do exposto depreende-se que como o direito ao meio ambiente equilibrado não possui, em nível constitucional, suficiente conteúdo normativo, ou seja, não contém em si a garantia da aplicabilidade desses direitos, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, mediante uma atuação positiva, elaborar e executar políticas públicas voltadas para a sua efetivação.

Ocorrendo omissão ou deficiente atuação dos poderes públicos, surge a figura do juiz, devendo ser salientado que a maioria dos recentes acórdãos do Supremo Tribunal Federal⁴ e do Superior Tribunal de Justiça⁵ traduzem uma postura ativa do Judiciário quanto ao planejamento e execução de políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos fundamentais sociais, principalmente nos campos da saúde, da educação e dos direitos das crianças e dos adolescentes.

No entanto, alguns autores afirmam que a própria democracia restaria açodada diante do referido controle, já que ante a clássica divisão de poderes ao Juiz cabe o dever de apenas dizer a lei. Não lhe seria conferido o poder de elaborar e executar políticas, pois não teria ele qualquer respaldo popular para tanto, diferentemente do que ocorre com o Legislativo e com o Executivo⁶⁶

Eduardo Appio ressalta com clareza esse fundamento ao asseverar que: [...] o controle

judicial da forma através da qual os governos irão distribuir bens sociais fundamentais, como educação e saúde pública, ou ainda de que maneira o Estado irá intervir na economia privada remete a uma discussão sobre a própria democracia, pois juízes não eleitos estariam limitando a vontade de representantes eleitos da população. (2009, p.152)

Acrescenta-se ainda o fato das prestações-objeto dos direitos sociais corresponderem a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação depende de disponibilidade econômica do Estado, o principal destinatário dessas normas constitucionais. Neste diapasão há os que sustentam que os direitos sociais sujeitam-se aos limites da “reserva do possível”. Este, em verdade, é um dos principais argumentos levantados pelos opositores do controle judicial de políticas públicas, os quais alegam não caber ao judiciário determinar ações a serem tomadas pelos órgãos públicos. (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 298)

Em suma, pode-se afirmar que a questão da judicialidade das políticas públicas é polêmica, havendo três correntes bem definidas que discorrem acerca do assunto. A primeira delas é a dos que entendem que o Poder Judiciário tem legitimidade para intervir nas políticas públicas sempre que estiver em xeque a efetividade de Direitos Fundamentais Sociais. O fundamento mor desta tese está na aplicabilidade imediata desses direitos, consoante o art.5º, §1º da CRFB.

Na segunda corrente estão aqueles que não admitem a referida intervenção, uma vez que as Políticas Públicas estariam na esfera de competência apenas dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente os agentes eleitos para o exercício desses poderes estariam legitimados pelo voto popular a realizar o juízo de necessidade e oportunidade da sua implementação, em respeito ao princípio da separação dos poderes e ao art.2º da CRFB.

Por último encontra-se a corrente dos que acreditam ser possível tal intervenção judicial, sempre com o intuito de garantir a integridade e a intangibilidade do núcleo irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais a prestações. Entretanto,

a sua implementação deve estar condicionada à reserva do possível, ou seja, à capacidade econômico-financeira do Estado para a sua imediata implementação.

Conclui-se, então, que dentre os obstáculos levantados contra a possibilidade do controle estão a reserva do possível, a falta de legitimidade do Judiciário e o princípio da separação dos poderes.

O princípio da separação de poderes encontra-se positivado no art.2º da Constituição brasileira, ao prever que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Entretanto, observa-se uma imprecisão na expressão separação de “Poderes”. Isso porque todo poder é uno e indivisível, ou seja, não pode ser fracionado, sendo um atributo do próprio Estado. O poder é, portanto, manifestado através de órgãos que exercem funções.⁷

O próprio Montesquieu quando da definição da teoria da separação de poderes previu que eles deveriam ser independentes e harmônicos entre si, ou seja, previu que le pouvoir arrête le pouvoir. Esse sistema de interferências recíprocas deu origem à conhecida teoria dos “freios e contrapesos” (checks and balances).

Saliente-se que a garantia da independência entre os poderes do Estado deve advir da própria Constituição, devendo as suas atribuições serem dadas pela mesma. Disso resulta que, para o exercício das funções que lhe são típicas, um Poder não necessita consultar o outro.

Levando em consideração a necessidade de dar efetividade às normas constitucionais sociais definidas pela CF/88, Américo Bedê Junior elucida que à medida em que a Constituição brasileira prevê que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, automaticamente “determina que haja mecanismos para o cumprimento desta missão, não sendo possível invocar a separação de funções como limite (impedimento) ao pleno exercício da missão constitucional do Poder Judiciário” (FREIRE JUNIOR, 2008, p. 45).

Desta forma, sempre que a atividade dos outros “poderes” se mostre contrária aos man-

damentos da Lei Maior, impõe-se a atuação do Judiciário, que deve coibir a ilegalidade e impor o caminho correto quando verificada omissão estatal relevante. O papel político que o Judiciário vem assumindo e deve assumir resta claro a partir dos fundamentos acima.⁸ Na sociedade contemporânea, portanto, a “politização do juiz” é uma necessidade incontestável, que resulta da sua alta independência e criatividade para concretizar e assegurar os preceitos constitucionais. (CUNHA JUNIOR, 2008, p.350)

Desta forma, os juízes passam a ser co-responsáveis pela elaboração e execução de políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos conferidos à população como um todo. Assim, a tendência contemporânea não é mais de falar em separação, mas em equilíbrio entre os “poderes”. No entanto, não se está aqui a querer que o Poder Judiciário interfira a qualquer momento e em qualquer caso tomando o lugar da administração pública quando a esta cabe realizar o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade. Somente quando os Poderes Legislativo e Executivo se mostram incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos é que caberá uma inevitável intervenção judicial.

O outro obstáculo teórico à efetivação judicial de políticas públicas é a ideia de que a democracia restaria violada, já que ante a clássica divisão de poderes, ao Juiz cabe o dever de apenas dizer a lei. Não lhe seria conferido o poder de elaborar e executar políticas, pois não teria ele qualquer respaldo popular para tanto, diferentemente do que ocorre com o Legislativo e com o Executivo, admitidos mediante votação popular.

É importante salientar que quando se fala em legitimidade democrática não se pode pensar na vontade da maioria. A verdade é que a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, assim, a sua legitimidade não enquadra-se como política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.60)

Com isso, não se pretende uma nova ditadura, agora de juízes, muito pelo contrário, o que se busca é a supremacia dos direitos fundamentais.

Em contrapartida, a regra da maioria não pode ser absoluta, sob pena de se superar a ditadura de um tirano e criar-se a ditadura da maioria. A decisão judicial, através do controle de políticas públicas pelo judiciário, acaba por efetivar, em verdade, o próprio princípio democrático, uma vez que tal julgamento não é oriundo da vontade individual do juiz, mas resultado de um discurso dialético. No entanto, é necessário que a decisão judicial deva se pautar na moderna hermenêutica constitucional e na teoria da argumentação jurídica (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.60)

Desta maneira, possibilita-se ao Poder Judiciário realizar, com maior grau de legitimidade, o que a complexidade do Estado contemporâneo exige: uma nova configuração da repartição dos poderes. (JORGE NETO, 2008, p.105)

Com efeito, uma vez que a decisão judicial se utiliza de argumentos exclusivamente jurídicos é assertivo afirmar que este fato possibilita o consenso racional e por isso o controle das políticas públicas pelos próprios cidadãos. A decisão judicial é aberta ao discurso, ou seja, é pautada por uma argumentação racional que tem compromisso com a integração social, com o consenso e com a pacificação social e, conseqüentemente, aberta para a participação democrática dos cidadãos no preenchimento axiológico dos princípios constitucionais. (JORGE NETO, 2008, p.119)

A estrutura do Poder Judiciário, capilarizada, está presente na maioria das cidades do país e constitui-se, por meio do discurso racional, em um foro de discussão e implementação de políticas públicas. A possibilidade de controle de políticas públicas pelo judiciário tem seu fundamento não apenas na efetivação dos direitos fundamentais e não apenas na releitura do princípio da separação dos poderes, mas também na teoria do discurso, que legitima a atividade jurisdicional enquanto atividade criadora do Direito. Esse mesmo fundamento legitimador confere ao Judiciário poderes para preencher o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais e concretizá-los por intermédio da judicialização de políticas públicas. (JORGE NETO, 2008, p. 132)

Finalmente, no tocante ao obstáculo relativo à reserva do possível, essa doutrina foi desenvolvida na Alemanha, e entende que o

reconhecimento de direitos subjetivos a prestações (saúde, educação, assistência, etc) depende da disponibilidade dos recursos econômicos do Estado. Por consequência, afirma que a decisão sobre a disponibilidade e aplicação dos recursos financeiros do Estado está inserida no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da elaboração dos orçamentos públicos⁹. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.315)

Segundo os defensores da restrição da reserva do possível, considerando-se que o orçamento é elaborado pelo Estado, possuidor do poder discricionário e da legitimidade popular para definir as suas prioridades de investimentos, não poderia o Judiciário tomar o seu lugar para ditar a forma como o dinheiro público deve ser prioritariamente gasto. Desse modo não haveria maneira de impor ao Poder Público um dever de agir, se para tanto existem restrições de ordem material, ou seja, orçamentárias, que não podem ser transpostas.

Ocorre que na Alemanha e nos países centrais em geral o nível de desenvolvimento é significativamente diferente do brasileiro, país periférico e ainda em desenvolvimento. A diferença do contexto político-social entre esses países e o Brasil faz com que os mesmos textos legais e procedimentos jurídicos produzam efeitos distintos. Nesta toada, na Alemanha não há uma enorme quantidade de pessoas que não são atendidas nos hospitais mal equipados da rede pública, não há alto índice de crianças e jovens fora das escolas, não há enorme quantidade de pessoas morando nas ruas e passando fome, dentre outras mazelas encontradas no Brasil. (KRELL, 2002, p.108-109)

O que se pode inferir é que num país em que o povo carece de um mínimo de prestações sociais para sobreviver, a ação judicial positiva voltada para a efetivação desses mínimos essenciais não podem estar condicionadas a qualquer tipo de reserva do possível. Sobretudo porque o dinheiro existe, somente não está tão bem distribuído.

O que se está aqui a propor é que o Judiciário possa, quando na atividade de controle das omissões do poder público em sede de políticas públicas, redistribuir os recursos públicos

existentes, retirando-os de outras áreas¹⁰ para destiná-los ao atendimento das condições mínimas necessárias para a existência do homem, o chamado “mínimo existencial”. Isso porque condicionar a realização dos direitos sociais constitucionalmente conferidos a “caixas cheias” significaria reduzir a zero a eficácia dos direitos fundamentais. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.318)

Desta forma, a reserva do possível acaba por constituir limite à atuação judicial na implementação de políticas públicas, posto que, de fato, pode restar provado que não existe verba para concretizar tal determinação. Quando, porém, as prestações exigidas do poder público se voltarem para a satisfação do mínimo existencial ao indivíduo, jamais será admissível que o Estado se valha da reserva do possível.

Por fim, quando verificada a ausência de qualquer limitação orçamentária ou ainda que há aplicação de recursos públicos em finalidades claramente menos importantes do que aquela a ser tutelada pelo Judiciário, cabe afastar o limite aqui em destaque, tornando-se impositivo a prestação para o Estado.

4 A ação popular ambiental: aspectos processuais

Estabelece o art. 5 LXXIII da Constituição Federal que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A redação da Constituição dirimiu inúmeras dúvidas quanto a amplitude da ação popular e inclusive quanto a natureza jurídica de seu provimento. Isso porque inicialmente se verificava uma idéia de natureza meramente declaratória a seu provimento, tendo esse evoluído inclusive para a natureza condenatória, nos termos do art. 11 da Lei 4717/65¹¹. No entanto, o que se verifica é que não apenas a indenização, como também a condenação do Estado a efetivação de políticas

públicas ambientais pode ser empreendida através da ação popular ambiental, como se verá no item seguinte.

Cumpra, então, de plano, verificar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça perfilha orientação de que a ação popular é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público. Precedentes: REsp 474.475/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 9/9/2008, DJe 6/10/2008; e AgRg no REsp 774.932/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/3/2007, DJ 22/3/2007.

Outra questão de relevo é a da legitimidade ativa, em especial na ação popular ambiental. Isso porque embora a jurisprudência se oriente que legítimos são apenas os cidadãos *strictu sensu* (eleitores), no caso da ação popular ambiental, a diferenciação do conceito de cidadão da ação popular na proteção de patrimônio público e de cidadão na proteção ambiental tem especial relevo. Deste modo, alguns entendem que quando é citada a palavra cidadão no art. 5º, LXXIII, não se apreende a noção de restrição; pelo contrário, o legislador reforça a sua vontade, ao acrescentar o termo qualquer, não exigindo nenhuma condição especial. Assim, a Lei 4717/65 não teria sido recepcionada, neste ponto, pela Ordem Constitucional vigente, diante da incompatibilidade entre o desejo da lei ordinária em restringir e o da Lei Maior em ampliar a noção de cidadania¹².

Independentemente de tal discussão, a jurisprudência do STJ vem se orientando no sentido de não permitir a extinção sem julgamento do mérito por ilegitimidade, tanto no caso da ação civil pública, quanto na popular, sem a prévia consulta a co-legitimados, sufragando o princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo¹³No tocante a legitimidade passiva, na ação popular há necessariamente que figurar no polo passivo um ente da administração pública direta, indireta, ou pessoa que administre verba pública. No entanto, no caso da ação popular ambiental, autores como Celso Pacheco Fiorilo(2000) e Heraldo Garcia Vitta (2000) entendem que pode ser intentada em face de qualquer pessoa, física ou jurídica, particular

ou pública, nacional ou estrangeira, que tenha cometido ou ameace cometer danos ao meio ambiente, independentemente de recebimento de dinheiro público.

São requisitos específicos da ação popular o binômio ilegalidade e lesividade da ação ou omissão do poder público. No caso da ação popular ambiental, conforme salienta Rodrigues (2006, p. 224) basta o dano ao meio ambiente e nexo de causalidade entre a conduta e o dano, independentemente de culpa.

A atuação do Ministério Público na ação popular é peculiar, um vez que na forma do parágrafo 4º XX do art. 6 da Lei 4717/65 é vedado ao Ministério Público assumir a defesa do ato impugnado, o que significa dizer, numa leitura adequada das atribuições do Ministério Público, que, na realidade, o esse órgão não pode ter uma participação ativa contrária ao autor da ação popular, podendo, no entanto, se manifestar contrariamente ao pedido autoral em seu parecer (RODRIGUES, 2006, P. 242).

Na ação popular é possível ampla produção probatória, podendo a sentença emanar provimento de natureza declaratória, constitutiva e condenatória, devendo ser salientado que na hipótese de improcedência ou extinção sem julgamento do mérito, o autor não será condenado em custas, salvo má-fé autoral, hipótese em que pagará não apenas as custas, como também poderá ser condenado em multa por litigância de má-fé.

5 Efetivação judicial de políticas públicas ambientais através da ação popular ambiental

Dentre os instrumentos jurídico constitucionais para efetivação de políticas públicas, o que mais vem sendo usado é a ação civil pública, em virtude de sua aplicação pelo Ministério Público, defensoria pública e associações.

No entanto, a ação popular surge com o apelo democrático da possibilidade de ajuzamento por qualquer cidadão, o que torna o seu uso particularmente útil em certos casos de no-

vas demandas não abrangidas pela atuação dos órgãos citados.

No que se refere a tutela ambiental, tem-se o grande questionamento da possibilidade de condenação em obrigações de fazer e não fazer. Com efeito, tradicionalmente, sempre se entendeu que a ação popular não poderia ter esse tipo de pedido. No entanto, no caso da Ação popular ambiental, alguns autores como Heraldo Garcia Vita (2000) vem defendendo que na Ação popular ambiental é possível o pedido de condenação na obrigação de fazer ou de não fazer consistente tanto na reparação efetiva, quanto na prevenção da lesão ao meio ambiente.

Conforme se deixou claro quando se discutiu o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado expresso no art. 225 da Constituição Federal, tem-se que não é sustentável posição no sentido de que a legislação ordinária subtraísse a tutela constitucional adequada na vertente ambiental, até porque, conforme ressalta Rodrigues (2006, p. 231) o Parágrafo terceiro do art. 225 da Constituição Federal dispõe que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano.

Assim, impõe-se o entendimento no sentido de que a Ação popular pode ser ajuizada para forçar o poder público a implementar as políticas públicas que vem previstas no § 1º do art. 225 da Constituição Federal.

Com efeito, dispõe a Constituição que para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado, incumbe ao Poder Público, na forma dos incisos do § 1º do art. 225: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas so-

mente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Desta forma, pode o poder judiciário, provocado mediante pedido formulado em ação popular determinar ao poder público a adoção de políticas públicas específicas que visem a concretizar os mandamentos constitucionais insertos nos incisos do art. 225 da Constituição Federal, ou no mínimo a adoção de medidas que visem a impedir ações contrárias a concretização do direito ao meio ambiente equilibrado.¹⁴

O certo é que embora se cuide de instituto antigo, a ação popular encontra-se em fase de revisão de sua interpretação, o que ainda mais se acirra no período de discussões em torno da tramitação do projeto do novo código de processo civil.

No entanto, é importante procurar-se dar ao instituto, dada a sua ampla legitimação democrática, a interpretação que conduza a sua máxima efetividade, pois tem se mostrado instrumento eficaz nas hipóteses de falta de atuação dos legitimados à ação civil pública.

6 Considerações finais

Após todas as análises empreendidas no presente artigo, pode-se fixar que, em primeiro lugar, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de terceira dimensão que deve ser efetivado através de políticas públicas garantidoras de sua preservação.

Para tanto, é possível a utilização do controle judicial de políticas públicas para a concretização do direito ao meio ambiente equilibrado, da mesma forma que vem sendo efetivado tal controle no que tange aos direitos fundamentais de segunda dimensão, em que pesem os obstáculos que vem sendo enfrentados do ponto de vista teórico a essa efetivação.

No que tange ao instrumental processual para a tutela coletiva do meio ambiente, é possível a utilização da Ação popular para sua efetivação, pois se cuida de instrumento com ampla legitimidade democrática dado a ser atribuída a qualquer cidadão.

Notas

² Ingo Sarlet (2006, p. 35-37) estabelece a distinção entre “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem”. Nesse sentido, segundo o autor, o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que a expressão direitos humanos seria relativa aos documentos de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas que se reconhece ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinado Estado. Já a expressão “direitos do homem” seria, segundo Sarlet (2006, p. 37) marcadamente jusnaturalista, de uma fase que precedeu o reconhecimento dos direitos no âmbito do direito positivo interno e internacional.

³ “Meio ambiente

- Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225)
- Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade
- Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade
- Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais
- Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III)
- Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente
- Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei
- Supressão de vegetação em área de preservação permanente
- Possibilidade de administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitadas, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial
- Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225)

- Colisão de direitos fundamentais
- Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes
- Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161)
- A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI)
- Decisão não referendada
- consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas.” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.)

⁴ RE 410715 AgR / SP. Rel. Ministro Celso de Mello; RE 401023 AgR / SP. Rel. Ministro Carlos Britto e RE 410715 AgR/SP. Rel. Ministro Carlos Britto.

⁵ AgRg no REsp 1136549. Rel. Ministro Humberto Martins; REsp 1041197. Rel. Ministro Humberto Martins.

⁶ Eduardo Appio ressalta com clareza esse fundamento ao asseverar que: [...] o controle judicial da forma através da qual os governos irão distribuir bens sociais fundamentais, como educação e saúde pública, ou ainda de que maneira o Estado irá intervir na economia privada remete a uma discussão sobre a própria democracia, pois juízes não eleitos estariam limitando a vontade de representantes eleitos da população. (2009, p.152)

⁷ Pedro Lenza (2009. P.339) elucida a diferença entre poder, função e órgão: a) Poder: uno e indivisível, um atributo do Estado que emana do povo; b) Função: a função constitui, pois, um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar a sua vontade; c) Órgão: os órgãos são, em consequência, os instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa.

⁸ Sérgio Cruz Arenhart (2005, p.08) aponta neste sentido quando observa que: “A noção de que a lei é ato abstrato e genérica, enquanto a decisão judicial é concreta e específica, vem cedendo, a cada momento, à realidade em que as sentenças assumem, também, caráter genérico e abstrato. O caráter geral da decisão judicial, a condenação genérica preconizada pela lei (art.95, da Lei n. 8.078/90) e a indeterminação dos sujeitos a serem atingidos pela sentença são provas de que este ato se assemelha em muito à lei.

⁹ Augusto Zimemermann (2004, p.673) define a Lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual do seguinte modo: “Quanto à Lei de Diretrizes Orçamentárias, nestas devem estar contidas metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Além disso, ela orienta a elaboração da lei orçamentária anual, dispõe sobre alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (art.165, §2º, CF). A lei orçamentária anual, como se deduz, é válida para o exercício financeiro que tem duração de um ano. Autoriza, outrossim, as despesas e faz uma previsão

estimativa das despesas da União. A lei orçamentária anual compreende três peças distintas: (a) orçamento fiscal, que é a peça mais importante, prevendo as receitas fiscais da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta; (b) o orçamento de investimentos das empresas em que a União detenha a maioria do capital social com direito a voto; (c) o orçamento da seguridade, que abrange todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (CF, art. 165, §5º, I, II, III)”

¹⁰ Dirley da Cunha(2008, p.318) elenca uma série de áreas de onde o dinheiro poderia ser remanejado para suprir a falta de recurso em caso efetivação de políticas públicas pelo judiciário: “fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luzo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamentos de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc”

¹¹ Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

¹² A noção tradicional de cidadão, restrita ao indivíduo eleitor, vem sendo objeto de questionamentos. Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery, ao confrontarem o disposto no art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/1965 com as normas do art. 5º, *caput*, e inciso LXXIII, e do art. 225, *caput*, da Constituição Federal:(...) o legislador constituinte não desejou restringir a legitimidade para a propositura da ação popular, pois não há nenhum dispositivo constitucional que determine que o conceito de cidadão seja delimitado ou restrito. Bem pelo contrário, são as melhores regras de interpretação e hermenêutica que determinam que as garantias e princípios fundamentais dos indivíduos, tal qual é a ação popular, sejam extensivamente interpretados. Destarte, ao se garantir a todos (*rectius* = *povo*) o direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, essencial à vida com qualidade (direito fundamental à vida), desejou-se que *brasileiros e estrangeiros residentes no País*, eleitores ou não, enfim, todos aqueles que são passíveis de sofrer os danos e lesões ao meio ambiente, estivessem dotados de armas e instrumentos contra a degradação dos bens e valores ambientais. A ação popular é um desses instrumentos. Propugnamos por esta discordância (que restringe o conceito de cidadão), a uma porque, quando se fala em ação popular ambiental, significa que estamos utilizando de um instrumento para defesa de um direito difuso, cujo objeto é indivisível e os titulares são indeterminados. Isto quer dizer que o bem ambiental não é um bem público, do Estado, mas sim um bem difuso, ou seja, é *res omnium* e não *res nullius*. É supraindividual justamente porque é de todos ao mesmo tempo. O segundo motivo da nossa

discordância gira em torno do fato de que o conceito de cidadão deve, aprioristicamente, ser preenchido com elementos e dados fornecidos pela própria Constituição Federal de 1988. Assim, como a defesa do meio ambiente (...) é em última análise uma defesa do direito à própria vida, e a inviolabilidade do direito à vida é garantida, no *caput* do art. 5º do Texto Magno, a todos os *brasileiros e estrangeiros* residentes no País, cremos ser este o requisito para o preenchimento do conceito de cidadão para fins de propositura da ação popular ambiental. (FIORILLO et al, 1996, p. 223).

¹³ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MICROSSISTEMA DE TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS (EM SENTIDO LATO). ILEGITIMIDADE ATIVA.APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS ARTS. 9º DA LEI N. 4.717/65 e 5º, § 3º,DA LEI N. 7.347/85. POSSIBILIDADE. ABERTURA PARA INGRESSO DE OUTROLEGITIMADOS PARA OCUPAR O PÓLO ATIVO DA DEMANDA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. MEDIDA DE ULTIMA RATIO. OBSERVAÇÃO COMPULSÓRIA DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Conselho Regional de Medicina da Seccional do Rio Grande do Sul (CREMERS) contra o Estado do Rio Grande do Sul para discutir o direito depacientes que escolherem pelo atendimento do SUS à opção de pagamento da chamada “diferença de classe” e à abstenção da exigência prévia de que passem por triagem em posto de saúde a fimde que seja, portanto, viabilizado o atendimento pelo médico escolhido pelos próprios pacientes.

2. A sentença reconheceu a ilegitimidade ativa ad causam da autarquia federal por considerar que, segundo a redação do art. 5º da Lei n. 7.347/85 vigente à época da propositura da demanda, as autarquias que intentassem ações como a presente deveriam comprovar pertinência temática entre seus objetivos institucionais e o objeto da demanda. O acórdão recorrido reformou este entendimento, aplicando a nova redação do referido dispositivo, que franqueia àsautarquias, de forma ampla e irrestrita - sem necessidade, pois, de pertinência temática -, a legitimidade ativa para propor ações civis públicas.

3. As conclusões ora impugnadas não merecem reforma, embora seja possível discordar da linha argumentativa desenvolvida pela origem.

4. O motivo de rever o entendimento sufragado pela sentença resideunicamente no fato de que, por se tratar de demanda que envolve direitos coletivos em sentido lato, há atração do microssistema específico, formado basicamente - mas não exclusivamente - pelas Leis n. 4.717/65 (LAP), 7.347/85 (LACP) e 8.038/90 (CDC).

5. De acordo com a leitura sistemática e teleológica das Leis de Ação Popular e Ação Civil Pública, fica evidente que o reconhecimento da ilegitimidade ativa para o feito jamais poderia conduzir à pura e simples extinção do processo sem resolução de mérito.

6. Isto porque, segundo os arts. 9º da Lei n. 4.717/65 e 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, compete ao magistrado condutor

do feito, em caso de desistência infundada, abrir oportunidade para que outros interessados assumam o pólo ativo da demanda.

7. Embora as referidas normas digam respeito aos casos em que parte originalmente legítima opta por não continuar com o processo, sua lógica é perfeitamente compatível com os casos em que faleça legitimidade a priori ao autor. Dois os motivos que levam a esta assertiva.

8. Em primeiro lugar, colacione-se um motivo dogmático evidente, que diz respeito ao valor essencialmente social que impregna demanda scomo a presente, a fazer com que o Poder Judiciário deva se esmerarem, sempre que possível, ser condescendente na análise de aspectos relativos ao conhecimento das ações, deixando de lado o apego ao formalismo.

9. Normas específicas do microsistema em comento e indicativas do que a doutrina contemporânea convencionou chamar de princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo é o próprio art. 5º, § 4º, da Lei n. 7.347/85, que é especialização do princípio da instrumentalidade das formas (art. 154 do CPC). Excerptos de doutrina especializada (...). (REsp 1177453 / RS Rel. Min MAURO CAMPBELL MARQUES, 2 Turma, jul.24/08/2010 Publicado em 30/09/2010)

¹⁴ Importante salientar, no entanto, que tal posição não é majoritária na doutrina, mesmo em se cuidando de material ambiental. Assim, existem posicionamentos no sentido de se atribuir uma possibilidade mais restrita à ação popular, limitando seu campo de atuação:

Mesmo em matéria ambiental a ação popular mantém a sua característica fundamental de instrumento processual destinado a provocar o controle jurisdicional de atos do Poder Público.

Por via de consequência, não se presta ela à prevenção, à correção ou à reparação de lesões decorrentes de atividades ou omissões atribuídas exclusivamente aos particulares, ou à prevenção e à reparação de danos que não se vinculem à prévia invalidação de atos administrativos "(MIRRA, 2010, p. 225).

Referências

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. 6.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Antonio Cesar Leite de. SANTA-NA, José Lima. **Direito Ambiental Brasileiro em Perspectiva**. Paraná: Juruá, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle Judicial das omissões do poder público: em busca da dogmática constitucional transformadora a luz do direito fundamental a efetivação da constituição**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem economica na consituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdictional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemmatizado**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário; do patrimônio público; da moralidade administrativa; e do meio ambiente**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. 22 ed. atual. Por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MIRRA, Ailvaro Luiz Valley. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÉGUIN Elida. **O direito ambiental: nossa casa planetária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Da Ação Popular. In: DIDIER JR, Fredie. (org) **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodvm, 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Constitucional do Meio Ambiente**. São Paulo, Saraiva, 2008.

VITTA, Heraldo Garcia. **O meio ambiente e a ação popular**. São Paulo: Saraiva, 2000.

A NORMATIZAÇÃO DA BIOSSEGURANÇA NO BRASIL – IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

Maria Soares Camelo Cordioli*

RESUMO: O objetivo deste artigo é elucidar a biossegurança no contexto normativo brasileiro para além dos aspectos dos impactos ao meio ambiente, da proteção da saúde humana, animal e vegetal. Busca-se salientar os impactos econômicos e sociais produzidos pela nova tecnologia dos organismos geneticamente modificados, a partir da análise mais abrangente dos princípios e regras da Constituição Federal e das legislações infraconstitucionais reguladoras da matéria. Concluimos que o sistema da biossegurança no contexto da legislação nacional e das diretivas internacionais, conferências e debates sobre a introdução de organismos geneticamente modificados e seus derivados deve priorizar os impactos sobre a saúde humana, animal e vegetal, bem como, as peculiaridades ambientais, culturais e econômicas.

Palavras-chave: Biossegurança. Normatização. Impactos sobre o meio ambiente. Proteção à saúde humana, animal e vegetal. Aspectos culturais, econômicos e sociais.

ABSTRACT: The aim of this article is to clarify the biosecurity regulatory framework in Brazil beyond aspects of impacts on the environment, protection of human health, animal and plant. It aims to highlight the economic and social impacts produced by the new technology of genetically modified organisms, from the most comprehensive analysis of principles and rules of the Federal Constitution and the laws. We conclude that the biosecurity system in the context of national legislation and international directives about the introduction of GMO must prioritise

* Procuradora Regional da República – 1ª Região, Mestre em Desenvolvimento Sustentável, área de concentração em Política e Gestão Ambiental, pela Universidade de Brasília – UNB.

the impacts on human health, animal and plant, as well as the peculiarities of environmental, cultural and economic.

Keywords: Biosecurity, normalization, environmental impacts, human health, animal and plant, protection, peculiarities of environmental, cultural and economic

O objetivo deste artigo é elucidar a biossegurança no contexto normativo brasileiro para além dos aspectos morais, dos impactos ao meio ambiente, da proteção da saúde humana, animal e vegetal. Busca-se salientar questões relacionadas com os impactos econômicos e sociais produzidos pela nova tecnologia dos organismos geneticamente modificados a partir da análise mais abrangente dos princípios e regras da Constituição Federal e das legislações infra-constitucionais reguladoras da matéria.

O estudo decorre de uma preocupação vivenciada pela autora no acompanhamento das reuniões da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança-CTNBio, “instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de risco zoofitosanitário, à saúde humana e ao meio ambiente.”¹

Pode-se afirmar que é recente² a discussão e a regulamentação no Brasil sobre a biossegurança e as medidas necessárias para a proteção da saúde dos trabalhadores envolvidos com o estudo e aplicação das novas tecnologias evoluindo mais recentemente para uma preocupação mais ampla no sentido de alcançar também os impactos com o meio ambiente, a economia e a saúde pública³.

Da análise da legislação sobre o tema, observa-se como traço comum dos diversos sistemas legais preocupações com o direito à informação, a composição multidisciplinar dos órgãos de controle e uma visão mais complexa do

conceito de biossegurança, de modo a abranger a salvaguarda para além da saúde humana e do meio ambiente, a economia, o modo de produção de alimentos e outros aspectos que pouco a pouco vão se apresentando como indispensáveis à segurança do indivíduo e da coletividade⁴.

Nesse contexto, registram-se acirradas controvérsias ora enfatizando os aspectos da segurança da tecnologia de pesquisa e produção, ora do produto derivado desta.

No Brasil, muito recentemente nossos legisladores voltaram os olhos para a questão, cientes da riqueza da biodiversidade nacional e dos impactos ao meio ambiente, à saúde humana e a economia.

A legislação brasileira segue o padrão internacional, embora não contemple um glossário amplo explicativo de termos técnicos envolvidos na temática. Por outro lado apresenta boas práticas para a manipulação de produtos OGM's⁵, conforme se pode constatar nas diversas instruções normativas em uso⁶ pelo órgão competente – a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio.

Tais normas estão centradas na segurança das técnicas utilizadas, dos recipientes, do material empregado, da localização dos laboratórios e do próprio objeto pesquisado.

A preocupação com os impactos sociais é refletida na possibilidade de realização de audiências públicas com o intuito de informar, colher informações e opiniões técnico-científicas e observar os reflexos ao consumidor em relação ao uso do produto e seus efeitos nas práticas agrícolas, na economia local, regional e nacional. Na Comunidade Européia o mesmo se dá com a realização de consultas a grupos específicos ou mesmo ao público em geral sobre a introdução de um OGM no meio ambiente⁷.

Como visto, a legislação brasileira é mais avançada do que a estrangeira, na medida em que a análise da biossegurança, compreende aspectos técnicos, que não se limita à ocorrência de riscos à saúde humana e ao meio ambiente. Sua preocupação e abrangência vão além, com o intuito de alcançar questões relativas aos impactos à economia, ao modo de produção, à preservação

da cultura indígena, dos ribeirinhos, quilombolas, pescadores, entre outros. Contempla-se, assim, a democratização da pesquisa e da produção, sem prejuízo da proteção dos conhecimentos e técnicas tradicionais, regulamentada na Lei de Patentes⁸ e na Lei de Propriedade Industrial⁹. Registra-se, ainda, o aumento da preocupação com a conservação ambiental, com o desenvolvimento internacional e com o bem-estar das comunidades locais e dos povos indígenas; e com o surgimento de novos organismos vivos manipulados pela engenharia genética e de produtos derivados e destinados ao consumo humano¹⁰.

Também é importante ressaltar a oportunidade da participação ativa de membros não-técnicos, representantes da sociedade, nas discussões em torno da biossegurança¹¹. “Deste modo, os aspectos éticos das decisões tomadas serão aprimorados e próximos da realidade social, além de que tal prática certamente irá proporcionar maior tranquilidade à população, minimizando as más interpretações, bem como a avaliação errônea das pesquisas e dos produtos gerados. Nesse sentido, a correta informação da sociedade pelo Estado e pelos pesquisadores certamente terá relevante importância na democratização do julgamento dos avanços tecnológicos.”¹²

A atual lei de biossegurança brasileira – Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo “normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”¹³.

Os bens jurídicos diretamente tutelados pela referida Lei são a vida, a saúde pública e o meio ambiente. Infere-se do sistema normativo de regulação da biossegurança a existência de outros bens jurídicos constitucionalmente

protegidos, aos quais classifico como bens jurídicos transversalmente tutelados, como sendo: a proteção da economia (garantia do desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais¹⁴), do patrimônio cultural brasileiro como os conhecimentos tradicionais indigenistas, dos afro-brasileiros, das comunidades ribeirinhas, dos quilombolas e dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira¹⁵. Isso decorre da interpretação e aplicação sistemáticas da Constituição Federal e disposições infraconstitucionais sobre a matéria. Trata-se de um conjunto de normas e princípios que “defendem os interesses de toda a sociedade e de cada cidadão em particular, podendo ser invocada em ambos os sentidos”¹⁶.

Varella ao cuidar da composição da CTN-Bio, assinala que “cada representante tem o dever não só de defender os interesses de sua classe ou Ministério, mas também de envidar todos os esforços no sentido de promover o bem estar da sociedade e a defesa do meio ambiente, da saúde e da própria vida humana, que são os bens jurídicos tutelados pela Lei. Na atualidade tem-se percebido a nomeação de pessoas altamente reconhecidas por sua competência, geralmente com histórico no desenvolvimento de pesquisas e com importantes contribuições para o progresso científico e para melhoria do bem-estar do povo brasileiro”¹⁷. Contudo, na prática, observa-se um viés predominantemente técnico-científico limitado aos impactos ao meio ambiente, à saúde humana e animal nas discussões dos procedimentos em trâmite nessa Comissão. Gradativamente, com exacerbados e acalorados debates, a Comissão vem entronizando questões outras de significativa importância para embasar a decisão em pontos relacionados com as implicações socioeconômicas.

Tais interesses estão expressamente albergados pela Constituição Federal e pela legislação da biossegurança.

A Lei nº 11.105/2005, no art. 8º, inciso II, estabeleceu a competência do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, vinculado à Presidência da República, órgão de assessoramento superior do Presidente da República

para a formulação e implementação da Política Nacional de Biossegurança – PNB, para analisar, **a pedido da CTNBio**, quanto aos aspectos da conveniência e oportunidade socioeconômicas e do interesse nacional, os pedidos de liberação para uso comercial de OGM e seus derivados.

Esta lei contempla o sistema de biossegurança nacional a partir da incerteza dos riscos que a evolução da biotecnologia demonstrou no curso dos últimos trinta anos, levando em consideração os interesses econômicos, políticos, científicos e sociais. Também considera a imprevisibilidade dos efeitos para a saúde humana, a agricultura e a biodiversidade no país e no planeta¹⁸, e institui como instrumentos de salvaguarda desses interesses a avaliação de risco, o estudo de impacto ambiental e o licenciamento ambiental.

O princípio da precaução estabelecido na Constituição Federal e em Tratados Internacionais incorporados à Legislação Brasileira é o alicerce fundamental de todo o sistema de proteção da biossegurança¹⁹.

As discussões mais recentes “tem-se deslocado para as questões novas colocadas pela produção agrícola em grande escala, a partir de variedades vegetais derivadas de plantas transgênicas, atividade que começa nos Estados Unidos (Union of Concerned Scientists, 1994). Como resultado das “plantações transgênicas” teremos “alimentos transgênicos”, outra atividade econômica que já começa a ser regulamentada (World Health Organization, 1971; OECD, 1993)”²⁰.

Valle, Nodari e Guerra²¹ na análise da Conferência de Asilomar ocorrida nos Estados Unidos em 1975 assinalam que decorridos 25 anos de sua realização, a principal conclusão *foi a de que não seria apropriado deixar ao encargo apenas de cientistas a responsabilidade pela análise de riscos, bem como pela necessidade de inclusão das questões éticas e dos impactos econômicos nestas análises*.

Estudos da comunidade européia²² de 1994 já apontavam a necessidade de desenvolver mecanismos específicos sobre aspectos socioeconômicos e éticos e a manutenção de boas informações ao público como chave para o alcance do diálogo e aceitação social dos OGM's.

Martin Menski²³ assinala que grupos de pressão têm levado o governo indiano a incluir os efeitos socioeconômicos na avaliação da biossegurança dos OGM's. A aplicação no contexto da regulação da matéria implica que a introdução de OGM não deve ser feita no ambiente, a menos que tenham sido exauridas dúvidas científicas quanto à ausência de impactos adversos, incluindo os efeitos socioeconômicos. E assim a Índia têm exigido a repetição dos estudos, a maioria deles envolvendo pesquisas em países onde estas já tenham ocorrido, para concluir pela necessidade de se levar em conta considerações científicas e não-científicas.

A Organização Mundial de Saúde²⁴ vem enfatizando os temas abaixo relacionados para melhorar a comunicação entre os cientistas e o desenvolvimento dos produtos OGM e seus derivados: preocupações sociais e éticas (incluindo a diversidade cultural e a percepção pública) a etiquetagem dos alimentos OGM e alternativas dos consumidores, a coexistência de diferentes práticas agrícolas, o custo econômico da adoção dos cultivos transgênicos, os aspectos socioeconômicos, a diversidade, o monopólio e direitos de propriedade, os temas socioeconômicos e o comércio, ética e desenvolvimento do uso de OGM, equidade e desenvolvimento de mercados, os valores éticos subjacentes à política de alimentos inofensivos à saúde, desigualdade social e desenvolvimento, assim como investigações e desenvolvimento, objetivos sociais e o papel da Organização Mundial da Saúde.

Os métodos modernos de biotecnologia permitem, segundo o estudo assinalado, o desenvolvimento rápido de produtos alimentícios com características recombinantes ou melhoradas com uma maior especificidade em comparação com técnicas convencionais. No entanto, a avaliação dos riscos e procedimentos para que a sociedade adote ou recuse tais alimentos dependem de encarar possibilidades metodológicas sempre inovadoras.

Assinala, ainda, que “Para una análisis de los costos y beneficios de los alimentos GM, deben definirse los costos a tener en cuenta y el alcance deseado de los beneficiarios. Se pueden estimar de manera relativamente fácil los in-

lices de custo-benefício para los fabricantes y agricultores (que pueden beneficiarse de ciertos productos GM a corto plazo). Pero de mayor interés son los costos y los beneficios para la sociedad en su conjunto y a largo plazo. Esto incluye aspectos como la sostenibilidad de los sistemas de producción, agrícola y el costo de mitigar los efectos potenciales sobre la salud y el medio ambiente. Dichos estimados requieren una forma compleja de análisis.” O estudo não aponta a existência de estudos específicos realizados em algum dos países que já adotou tal tecnologia. No Brasil, é certo que ainda não foram realizados.

O instrumento adequado, segundo a legislação brasileira vigente para resposta às inúmeras hipóteses está contemplado na Constituição Federal, na Lei 6.938/81 e Resolução CONAMA 305/2002. É o estudo e relatório de impacto ambiental, onde são investigados os diversos fatores que envolvem a questão, desde os impactos ao meio ambiente (flora, fauna, ictiofauna, áreas de conservação e proteção ambiental, a biodiversidade, etc...), a transformação dos meios de produção e colheita, impactos à cultura e *habitats* indígenas, quilombolas, ribeirinhos, e outras minorias, a influência sob a economia local e nacional, a cobrança de royalties, os direitos autorais, o aumento do uso de herbicidas ou sua diminuição, efeitos à saúde humana, animal e vegetal, etc.

Conclui o estudo da OMS pela necessidade de investigação das oportunidades para modelar as condições sociais e de mercado onde a biotecnologia possa contribuir para assegurar a geração de alimentos nutritivos de acordo com as necessidades regionais. Estas oportunidades devem basear-se na produção sustentável de alimentos preservando a biodiversidade e respeitando os valores da natureza, levando em conta os objetivos éticos e de equidade social com respeito às condições, necessidades e exigências regionais.

É imperioso lembrar a advertência do Professor José Augusto Pádua²⁵, no sentido de que “no núcleo da pressão pelos transgênicos se encontra a fome de poder de um número restrito de enormes conglomerados empresariais, que, no limite, buscam usar as novas tecnologias para dominar a oferta de sementes e reduzir a

autonomia dos agricultores e, por extensão, das sociedades”.

A partir do exposto, concluímos que o sistema da biossegurança no contexto da legislação nacional e das diretivas internacionais, conferências e debates sobre a introdução de organismos geneticamente modificados e seus derivados deve priorizar os impactos sobre a saúde humana, animal e vegetal, bem como, as peculiaridades ambientais, culturais e econômicas.

Notas

¹ Art. 10 da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 – Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados.

² No Brasil, a partir de 1992, com a ECO/92. Os Estados Unidos e a Inglaterra e alguns outros países europeus discutem o tema desde a década de 70. Marco histórico internacional – A conferência de Asilomar em 1975, onde se discutiu a legitimidade da utilização da tecnologia do DNA recombinante e proposta de regulamentação.

³ Cf. SANT’ANA, André. As primeiras diretrizes de biossegurança foram do NIH (National Institute of Health), que divulga, em 1976, normas de segurança laboratorial que deveriam ser obrigatoriamente observadas pelos projetos que contassem com verbas federais. Essa iniciativa repercutiu muito rapidamente no Reino Unido, França e Alemanha, que também definem normas de biossegurança laboratorial, e desencadeia o trabalho de harmonização de normas de biossegurança no âmbito da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Ver OCDE, 1982, 1986, 1992). Ver também a descrição da montagem de poder regulatório da biossegurança nos Estados Unidos, Europa e Japão, em Chopplet e Sant’Ana (1991).

⁴ Varella, Marcelo Dias, Fontes, Eliana e Rocha, Fernando Galvão da. Biossegurança & Biodiversidade – Contexto Científico e Regulamentar. Del Rey: Belo Horizonte, 1999.

⁵ OGM – organismo geneticamente modificado – OGM: “organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética” (art. 3º, V, da Lei nº 11.105/2005)

⁶ Estão em vigor 20 Instruções Normativas da CTNBio, em fase de discussão e reelaboração para atender a exigência da nova lei de Biossegurança, Lei 11.105/2005, art. 31.

⁷ Diretiva 90/220/EEC.

⁸ Lei nº 9.456 de 25.04.97 (Lei de Proteção de Cultivares)

⁹ Lei nº 9.279, de 14.05.96

¹⁰ Guerrante, Rafaela Di Sabato. Transgênicos: uma visão estratégica, Editora Interciência, Rio de Janeiro, 2003, p. 71.

¹¹ Art. 11, da Lei nº 11.105/2005. São 27 membros titulares e suplentes, designados pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. A CTNBio é uma comissão multidisciplinar que contempla em sua composição representantes da comunidade científica e da sociedade de reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente.

¹² Varella e outros, ob. cit. p. 97.

¹³ Art. 1º, caput, da Lei nº 11.105/2005,

¹⁴ São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consagrados nos incisos II e III do art. 3º da CF.

¹⁵ Artigos 215 e 216 da CF. COPIAR ARTIGOS

¹⁶ Varella, ob. cit. p. 104.

¹⁷ Varella, ob. Cit. p. 111.

¹⁸ Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992)

¹⁹ União Internacional para a obtenção das Obtenções Vegetais – Convenção Internacional sobre a proteção das variedades vegetais – UPOV (1961, 1978, 1991) – Convenção da União de Paris (1883) (Revisão de Estocolmo - 1975) Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992). Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre a Diversidade Biológica, aprovado em 2000, entrou em vigor no Brasil em 2006. Decreto 5.705/06. Decreto Legislativo nº 70 de 2006 – Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e a Agricultura aprovado em Roma em Novembro de 2001, e assinado pelo Brasil, em 10 de Junho de 2002.

²⁰ Teixeira, Pedro (org). Biossegurança: uma abordagem multidisciplinar, ed. Fiocruz, p. 30.

²¹ Valle, Silvio e Telles, José Luiz, “Bioética e Biorrisco”, p. 73

²² Commission of the European Communities, 1994. Biotechnology and White Paper on Growth, Competitiveness and Employment – Preparing the Next Stage. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. p. 8.

²³ “Caution on Precautionary Principle”, Martins Menski, in Revista D + C, nº 12, p. 468-469, assinala que grupos de pressão têm levado o governo indiano a incluir os efeitos sócio-econômicos na avaliação da biossegurança dos OGM’s.

²⁴ Organização Mundial da Saúde, 2005. Estudos do Departamento de Inocuidade Alimentícia, versando sobre biotecnologia moderna dos alimentos, saúde e desenvolvimento humano: estudo baseado em evidências, pp 58/62

²⁵ Professor do departamento de história da Universidade Federal do RJ e autor de “Um Sopro de Destruição”.

Referências

ABIA – Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação. Alimentos Geneticamente Modi-

ficados: Segurança Alimentar e Ambiental. São Paulo, SP. 2002.

“Biodiversity and Ecosystem Function: The Debate Deepens” (excerpts). J.P. Grime, Science, August, 29, 1997.

BRASIL. Relatório Final da Proposta de Fiscalização e Controle nº 34, de 2000, da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, da Câmara dos Deputados.

_____. Decreto Legislativo nº 70, de 2006, Aprova o texto do Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e a Agricultura, aprovado em Roma, em novembro de 2001, e assinado pelo Brasil, em 10 de junho de 2002.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências. Diário Oficial. Brasília, set, 1990.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, mar 2005.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Diretrizes gerais para o trabalho em contenção com agentes biológicos, Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Classificação de risco dos agentes biológicos, Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.

_____. Resolução nº 001/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Define os critérios básicos

e as diretrizes legais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

_____. Resolução n. 305/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Dispõe sobre o licenciamento ambiental, Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto no Meio Ambiente de atividades e empreendimentos com Organismos Geneticamente Modificados e seus derivados.

Cadernos de estudos avançados. vol. 3, números 1 e 2, 2006 – Rio de Janeiro: Instituto Oswaldo Cruz, 2006.

COMMISSION of the European Communities, 1990. Council Directive of 23 April 1990 on the Contained. Use of Genetically Modified Microorganisms. Official Journal of the European Communities (8.5.90) L 117, p. 114.

COMMISSION of the European Communities, 1990a. Council Directive of 23 April 1990 on the deliberate Release into the Environment of Genetically Modified Organisms, Official Journal of the European Communities (8.5.90) L 117, p. 15-27.

COMMISSION of the European Communities, 1994. Biotechnology and White Paper on Growth, Competitiveness and Employment – Preparing the Next Stage. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee.

Constituição da República Federativa do Brasil, Senado Federal, 2006.

DIAFÉRIA, Adriana. Patente de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos: Direito ao Progresso Econômico, Científico e Tecnológico. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

DOLABELLA, Rodrigo H.C. ARAÚJO, José C. de, FARIA, Carmen Rachel S.M. *A Lei de Biossegurança e seu processo de construção no Congresso Nacional*. Cadernos ASLEGIS 25, v. 8, janeiro/abril 2005, p. 63/75

ELIDA, Séguin e CARRERA, Francisco. Planeta Terra: Uma abordagem de Direito Ambiental. 2ª

Edição. Rio de Janeiro. Ed Lúmen Júris, 2001.

GASPARINI, Bruno. A necessidade do estudo prévio de impacto ambiental à luz da atual polêmica acerca dos organismos geneticamente modificados: a interpretação do art. 225, § 1º, IV da Constituição Federal de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, a.9, n. 604, 4 mar. 2005. Disponível em: Acesso em: 21 mar. 2005

GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. Transgênicos: Uma Visão Estratégica. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

HIRATA, Mario Hiroyuki, FILHO, Jorge Mancini. Manual de Biossegurança, São Paulo, Manole, 2002

JR, H. Tristram Engelhardt. Fundamentos da Bioética. Edições Loyola, São Paulo, 1998.

LAJOLO, Franco Maria e NUTTI, Marília Regini. Transgênicos: bases científicas da sua segurança. SBAN – Sociedade Brasileira de Alimentação e Nutrição. São Paulo, 2003.

Legislação Brasileira sobre Organismos Geneticamente Modificados. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Secretaria de Defesa Agropecuária. Brasília, Brasil, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo. Malheiros Editores, 11ª edição, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito à Informação e Meio Ambiente. São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina – jurisprudência – glossário. Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2005.

ODA, Leila Macedo. “A biotecnologia e sua regulamentação no Brasil e no Mundo. SANT’ANA, André. Artigo. Biossegurança no Brasil: A necessidade de uma política consistente. In. Biossegurança: Uma abordagem Multidisciplinar, TEIXEIRA, Pedro, VALLE, Silvio (org), p. 27/40.

SÉGUIN, Elida, CARRERA, Francisco. Planeta Terra: Uma abordagem de Direito Ambiental. 2ª edição. Rio de Janeiro, Lu-

men Juris, 2001.6.w.Tropicologia.org.br/conferencia/2000biotecnologia.html

VARELLA, Marcelo Dias, FONTES, Eliana, ROCHA, Fernando Galvão da. Biossegurança & Biodiversidade. Contexto Científico e Regulamentar. Ed. Del Rey. 1999.

VALLE, Silvio, TELLES, José Luiz. Bioética e Biorrisco: abordagem transdisciplinar. Rio de Janeiro. Interciência, 2003

VALLE, Silvio. Regulamentação da Biossegurança em Biotecnologia. Rio de Janeiro: Editora Auriverde, 1998.

POLÍTICA NACIONAL DE RESÓDIOS SÓLIDOS: ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE DOS GERADORES NA CADEIA DO CICLO DA VIDA DO PRODUTO

Ana Célia Alves De Azevedo Reveilleau*

RESUMO: O presente artigo abordar brevemente alguns aspectos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, relacionadas à responsabilidade dos geradores na cadeia do ciclo de vida do produto. Analisando a coleta seletiva, reciclagem e logística de reversa, como instrumentos viabilizadores de proteção e responsabilidade socioambiental. Inicia a discussão pontuando o caráter democrático da PNRS, seguindo para reflexões dos desafios inerentes à instrumentalização, responsabilidade social relativo ao pós-consumo e inclusão de catadores.

Palavras-chaves: Política Nacional de Resíduos Sólido. Ciclo de vida do produto. Coleta seletiva. Reciclagem. Logística de reversa. Proteção socioambiental. Catadores e responsabilidade pós-consumo.

ABSTRACT: This article analyzes briefly some aspects of the Brazilian Policy on Solid Waste (PNRS), related to the producers responsibility on the chain of the product life cycle. It analyzes the processes of selective collect, recycling and reserves logistics as instruments that promote protection and socioenvironmental responsibility. The discussion begins with the indication of the democratic feature of the PNRS and goes to necessary considerations about the challenges of operation, post-consumption social responsibility and the process of inclusion of scavengers.

Keywords: Brazilian Policy on Solid Waste (PNRS). Product life cycle. Selective collect-

* Mestre Em Direitos Difusos E Coletivos Pela PUC/SP, Analista Judiciária, Integrante Da Comissão De Gestão Ambiental De São Paulo Do TRF3, Instrutora Em Direito Ambiental Na Área De Formação Dos Servidores Do TRF3, Professora De Direito Civil E Consumidor Na Faculdade Das Américas-SP.

protection and socioenvironmental responsibility.
Post consumption social responsibility.

1 Introdução

As breves reflexões que se seguem busca contribuir com o amplo debate que sempre acalorou as políticas voltadas para o adequado gerenciamento dos resíduos sólidos, os quais são infindáveis diante de tantos interesses envolvidos, sendo considerada uma das principais razões pela extensa demora da sua promulgação no Congresso Nacional.

Com aprovação da Lei n.12.305 de 02.08.2010 e seu Decreto Regulamentar n.7.404 de 23.12.2010, que cuidam da Política Nacional de Resíduos Sólidos, superou-se apenas um dos obstáculos, que era a existência de uma norma de âmbito nacional que tivesse como foco principal gerenciar os resíduos, atribuir responsabilidades aos seus geradores, consumidores e o poder público.

O grande dilema que persiste é encontrar medidas adequadas capazes de viabilizar a implementação das diretrizes e objetivos previstos na norma nacional sobre resíduos.

A sociedade tem se mobilizado com a promoção de Congressos, Fóruns e Encontros voltados, especialmente, para discutir de que forma serão implementados os desafios trazidos na lei nacional gerencial de resíduos.

Nessa perspectiva vislumbramos tratar-se de uma tarefa difícil instrumentalizar concretamente o gerenciamento integrado dos resíduos sólidos, pois dependerá do esforço comum e o comprometimento sério do poder público, empreendedores e consumidores na promoção do desenvolvimento sustentável no tratamento e destinação do lixo.

Assim, como o tema depreende muitas discussões a presente abordagem terá como foco principal o seu caráter democrático e os dilemas que envolve o gerenciamento compartilhado quanto à responsabilidade do empreendedor no ciclo da vida dos produtos, pós-consumo e viés social, de inclusão de catadores.

2 Política Nacional de Resíduos Sólido e seu caráter democrático

As políticas públicas sempre foram marcadas por decisões centralizadas no âmbito federal, cujo envolvimento não passava de troca de favores entre as instâncias locais, regionais e federais, sem qualquer ação coordenada ou integrada entre os órgãos públicos.

A Constituição Federal de 1988 constituiu um marco fundamental na instituição do regime democrático e de cooperação entre os entes políticos. Flávia Piovesan também ressalta que é com a Carta de 1988 que se introduziu indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e dos direitos fundamentais, bem como da proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira.¹

O processo de democratização permitiu que nos anos noventa as políticas públicas ganhassem novos contornos, principalmente, nos governos locais, porque passaram a realizar parcerias com a sociedade civil, em direção à concretização de suas políticas.

No âmbito das questões ambientais, a idéia de participação, de parceria e de compartilhamento é essencial para a proteção do meio ambiente até mesmo, diante do que determina a Constituição Federal no artigo 225, “caput” no qual expressamente menciona que: “*é dever do Poder Público e da Coletividade preservar e defender o meio ambiente.*” Em outras palavras, quer nos dizer que somos igualmente responsáveis pelo equilíbrio ambiental, para a sadia qualidade vida das presentes e futuras gerações.

Com a nova lei nacional de resíduos foram dados passos largos ao inserir a gestão compartilhada para o gerenciamento do lixo, tendo em vista que apenas de forma integrada será minimizado as dificuldades no tratamento e destinação dos resíduos. Além disso, a nova política compreende objetivos claros e viáveis, como: reduzir a quantidade e a nocividade dos resíduos; fomentar seu desenvolvimento, a utilização e a produção de bens e serviços com menor potencial de geração de resíduos em

todo o ciclo da vida; estimular a reutilização de produtos e a ampliação de mercados para produtos reciclados direta e indiretamente; criar condições para o desenvolvimento de tecnologia que favoreçam o gerenciamento adequado de resíduos; implementar programas de educação ambiental e incentivar a criação de cooperativas de trabalhadores autônomos.

Caminhou bem, a PNRS ao destacar a responsabilização dos produtores, fabricantes e importadores, tendo em vista que muitos não cumpriam as normas impostas pelas Resoluções do CONAMA, alegando que só a lei poderia obrigar e prescrever regras de condutas, taxando-as de normas inconstitucionais. Diante desse quadro, a aprovação da lei nacional de política de resíduos esvazia tais discussões, uma vez que dispõe sobre condutas reguladas pelas resoluções do CONAMA.

Os municípios na PNRS exercerão papel relevante quanto à implementação das políticas e programas de gerenciamento de resíduos sólido, pois serão obrigados a erradicar as áreas insalubres no prazo de 4 anos, até agosto de 2014, implantar coleta seletiva de lixo reciclável nas residências, além de implantar sistemas de compostagem para resíduos orgânicos, o que reduzirá grande parte de lixo dispostos em lixões ou aterros, trazendo benefícios ambientais e econômicos.

Prevê ainda, soluções consorciadas, entre os governos municipais e estaduais, na elaboração de um plano de resíduos sólidos, fixando um prazo de 2 anos para concluir com diagnósticos e metas para redução do lixo, identificar os principais geradores de resíduos e calcular os gastos público para que seja melhor desempenhado nesse setor.

E no âmbito do governo federal a lei impõe como obrigação a elaboração de um plano nacional para o período de duas décadas, atualizado a cada quatro anos, coordenado pelo Ministério do Meio Ambiente. E mais, dispõe, sobre normas para acesso a recursos federais e formas de fiscalização.

Todas as metas darão suporte às políticas desenvolvidas pelos Estados brasileiros que já

têm sua Política de Resíduos Sólidos, a exemplo do Rio de Janeiro - Lei nº 4.191, de 30 de setembro de 2003; Ceará - Lei nº 13.103, de 24 de janeiro de 2001, Rio Grande do Sul - Lei nº 9.921, de 27 de julho de 1993 e Pernambuco Lei nº 12.008, de 1 de junho de 2001, e São Paulo, que ao tratar da sua Política de Resíduos Sólidos através da Lei nº 12.300/2006, dispôs sobre a gestão compartilhada e integrada entre o Poder Público, a iniciativa privada e a sociedade civil como forma de gerenciar seus resíduos, demonstrando sua visão sistêmica com relação aos resíduos sólidos ao levar em consideração as variáveis ambientais, sociais, culturais, econômicas, tecnológicas e de saúde pública (artigo 2º, inciso I, da Lei 12.300/2006).

Por sua vez, o regulamento n. 7.404 de 23.12.2010 institui o Comitê Interministerial, cuja finalidade é apoiar, estruturar e implementar a Política Nacional de Resíduos Sólido, por meios de articulação dos órgãos e entidades governamentais. Além de dispor sobre suas competências, entre as quais destacam-se: promover estudos e propor medidas visando a desoneração tributária de produtos recicláveis e reutilizáveis e simplificação dos procedimentos para o cumprimento de obrigações acessórias relativo à movimento de produtos e embalagens fabricados com estes materiais; formular estratégia para a promoção e difusão de tecnologias limpas para a gestão e o gerenciamento de resíduos sólidos; implantar ações destinadas a apoiar a elaboração, implementação, execução e revisão dos planos de resíduos sólidos. Ele será integrado por vários ministérios, como: do Meio Ambiente, das Cidades, do Desenvolvimento Social e Combate à fome, da Saúde, de Minas e Energia, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, da Ciência e Tecnologia, além da Casa Civil da Presidência da República.

Com isso, permite-se maior participação das estruturas centrais voltadas para instrumentalizar e apoiar o gerenciamento integrado e a gestão compartilhada, diante do caráter democrático pelo qual permeia essa política.

3. PRNS instrumentos socioambientais: coleta Seletiva, reciclagem e logística de Reversa.

A grande geração de resíduos são decorrentes de inúmeros fatores ligados à produção em massa, consumo insustentável, falta de estruturas suficientes para dar destinação adequada, restrições orçamentárias, altos investimentos para implantação de programas, construção de aterros sanitários, usinas de compostagem ou de incineradores, falta de tecnologias e mão-de-obra qualificada, com medidas elaboradas somente de forma pontual.

Diante desse quadro, vislumbra-se com a lei de PNRS um instrumento avançado e arrojado para gerenciar o lixo urbano, que segundo a própria lei há diferenças entre resíduo sólido e rejeito. Considerando como resíduos sólidos: *material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.* E rejeitos como: *resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada;*

Essa diferenciação permite concluir que o primeiro tem valor, sendo possível sua reciclagem e voltar à cadeia produtiva, enquanto o segundo inexistente forma de reaproveitamento, o que demandará a construção de mais aterros sanitários para destinação adequada. Com isso, assume real importância o investimento e o incentivo no sistema de coleta seletiva, na reciclagem e na logística de reversa.

Nos termos do Decreto n. 7.404/2010, art. 9º *A coleta seletiva dar-se-á mediante a segregação*

prévia dos resíduos sólidos, conforme sua constituição ou composição. E no inciso 2º, aponta que o sistema de coleta seletiva será implantado pelo titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, estabelecendo no mínimo, a separação de resíduos secos e úmidos e, progressivamente, será estendido à separação dos resíduos secos em suas parcelas específicas, segundo metas estabelecidas nos respectivos planos.

Por sua vez, no art. 10, dispõe que os titulares do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, em sua área de abrangência serão os responsáveis na definição dos procedimentos para o acondicionamento adequado e disponibilização dos resíduos sólidos objeto da coleta seletiva.

Essas medidas são prioritárias devidos aos baixos investimentos, incentivos e informação dessa área, no Brasil, infelizmente, apenas 2,5% (dois e meio por cento) dos resíduos são coletados de forma seletiva. Temos como exemplo as latas de alumínio, de que se trata de um instrumento eficiente de redução do lixo, quando todos participam

Em outros países, como o Canadá, os programas de coleta seletiva são mecanizados, a população separa o lixo, e a coleta é feita por funcionário da limpeza urbana. Lá, há mais leis responsabilizando o fabricante do produto pela coleta, e, os consumidores pela excessiva quantidade de lixo encaminhada para disposição final.

Outros exemplos são os parques ecoindustriais, comunidades que quase não produzem lixo. Um dos primeiros a serem implantados, no mundo, foi o *Kalundborg*, na Dinamarca, em que quatro empresas que ocupavam o mesmo terreno dividiam o uso das fontes de energia e utilizavam os resíduos umas das outras, pois as sobras de uma poderiam servir até como matéria-prima para as vizinhas.²

A coleta seletiva formaliza o cumprimento da implementação da responsabilidade socioambiental, que cada cidadão tem perante o lixo que gera, pois a medida que faz a separação adequada contribui para a diminuição de lixo dispostos em lugares incorretos.³

Igualmente, deverá ser os incentivos e investimentos na reciclagem, a qual permite que os materiais que se tornariam lixo sejam coletados, separados e processados para confecção de novos produtos.

Os ganhos com a reciclagem é a diminuição da quantidade de lixo a ser aterrada, preserva os recursos naturais, reduz os impactos ambientais, promove a geração de empregos diretos e indiretos.

Sabetai Calderoni acentua que é essencial à viabilidade da reciclagem que os múltiplos agentes envolvidos, concertadamente, deliberem, pois a reciclagem enquanto atividade social abrangente requer um envolvimento sistemático, como de empresas, de sucateiros, de carrinheiros, de catadores e da população em geral.

Para os empreendedores ou setores da indústria, a reciclagem é um grande ganho, daí seu interesse em preservar e ampliar suas vantagens, bem assim os governos municipais com a reciclagem obterão ganhos econômicos, na medida em que cada tonelada de lixo desviada da corrente de lixo, há uma sensível diminuição de custos, e aumento da vida útil dos aterros.

Os sucateiros, aumentar seu lucro a partir do crescimento do mercado de reciclagem. Os carrinheiros e catadores, por sua vez, terão aumento do número de postos de trabalho, e, caso consigam organizar-se em cooperativas ou empresas aumentarão sua remuneração, superando a situação de informalidade.

O federal terá uma economia de energia, de divisa, de recursos hídricos, bem como estará promovendo a elevação da qualidade do meio ambiente, principalmente no que se refere ao ar e à água. Do mesmo modo, os governos estaduais terão ganhos econômicos. E a população poderia, em tese, ser diminuída a taxa de limpeza cobrada.⁴

Por meio da reciclagem pode-se minimizar a utilização dos recursos naturais, porque:

- 1000 Kg. de papel reciclado evitam o corte de 20 árvores;
- 1000 Kg de vidro reciclado evitam a extração 1300 Kg de areia;
- 1000 Kg de alumínio reciclado evita a extração de 5000 Kg de Bauxita, o minério do alumínio;

- 1000 Kg de plástico reciclado evitam a extração de milhares de litros de petróleo.⁵

Percebe-se, que mais do que servir como forma de tratamento dos resíduos sólidos, proporciona, também, a implementação da responsabilidade socioambiental, por ser uma atividade eminentemente de compartilhamento, na qual se podem agregar valores sociais, ambientais e econômicos.

A logística de reversa é outro ponto a ser destacado na PNRS como um dos instrumentos de implementação de ações pelas empresas, com a finalidade de recuperar materiais após o consumo, dando continuidade ao seu ciclo de vida como insumo para novos produtos.

O Decreto n. 7.404/2010 dispõe sobre a logística de reverso no artigo 13, *“como instrumento caracterizado pelo conjunto de ações, procedimentos e meio destinados a viabilizar a coleta e restituição dos resíduos sólidos visando ao setor empresarial para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada”*.

Caberá às indústrias, lojas, supermercados, distribuidores, importadores e comércio em geral fomentar a logística reversa

Na lei a logística de reversa foi pontuada para os agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, lâmpadas, embalagens em geral e produtos eletroeletrônicos e seus componentes, como geladeiras, televisores, celulares, computadores impressoras.

Esse instrumento permitirá um crescimento no mercado de reciclagem, tornando mais vantajoso, além de viabilizar o aumento de tecnologia e investimento privados.

Com a implantação de logística de reversa advirão muitos benefícios, como maior absorção dos materiais separados do lixo, resultando em menor quantidade de disposição em aterros, proporcionando mais renda às pessoas que sobrevivem da catação.

Anote-se que a produção de plástico no mundo cresceu de 6 milhões de toneladas em 1960 para 120 milhões de toneladas em 2000. Apenas no Brasil calcula-se que no ano 2000

tínhamos 10 bilhões de latas de alumínio e mais de 13 bilhões de garrafas pet. Isso é demonstrado pelas grandes quantidades de lixo gerados pelos grandes centros urbanos. A Cidade de São Paulo, por exemplo, produzia em 1985 cerca de 4.450 toneladas de lixo por dia, hoje saltou para 15.000 toneladas.

Segundo estudo do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada) do governo federal, apenas cerca de 13% dos resíduos urbanos são reciclados, mas esse potencial poderá ser muito maior. O Brasil perde cerca de R\$ 8 bilhões de reais ao dispor o lixo em aterros, ou seja, com o aterramento de materiais que poderão ser reciclados, se voltasse para cadeia de produção.

Soma-se ainda, a falta de aterros sanitários que chega apenas 10% (dez por cento), em razão dos altos custos para construí-los e mantê-los adequadamente. Já os aterros controlados correspondem a um percentual de 13% (treze por cento). Logo a grande parte do lixo é despejado nos lixões, os quais caracterizam-se como a simples descarga sobre o solo, sem medidas de proteção ao meio ambiente ou à saúde pública.

Aliado a tudo isso, há o total descontrole quanto aos tipos de resíduos que são despejados nesses locais, podendo ser os originários dos serviços de saúde, representando risco para inúmeros catadores e suas famílias.

Essa é, infelizmente, a realidade da maioria das cidades brasileiras, onde cerca de mais 60% (sessenta por cento) delas alojam seus resíduos em lixões, já que não possuem recursos técnicos, financeiros e gerenciais para as ações necessárias à instalação de aterros, sanitários ou controlados. Sem contar que em algumas municipalidades, sequer têm um saneamento básico adequado.

A adoção da responsabilidade pelo ciclo total dos produtos, também decorre quando todos os atores sociais que, ao adquirirem produtos e bens dão a eles a correta destinação, cuidando para que haja a diminuição da geração desnecessária de resíduos e servindo, como fator preventivo e na proteção do meio ambiente.

Nos termos do Decreto n. 7404/2010, art. 15, os instrumentos de operacionalização para implantar a logística de reversa serão através de

acordos setoriais, regulamentos expedidos pelo setor público e os termos de compromissos.

Os fabricantes terão o compromisso de investir em embalagens e produtos mais facilmente recicláveis ou com menor impacto ambiental, planejando desde o projeto até o descarte final.

O setor produtivo deverá informar os consumidores sobre as formas da não geração, como reciclar e dispor os resíduos, e como promover as ações previstas no artigo 33 da nova legislação. Ou seja, o consumidor deverá ser conscientizado para o descarte correto de computadores, celulares, eletroeletrônicos, e outros aparelhos com apoio dos lojistas e fabricantes.

Essa responsabilidade pelo ciclo de vida do produto também se concretizará na iniciativa privada quando utiliza uma produção mais limpa, proporcionando uma menor quantidade de resíduos, fabricando produtos mais duráveis, reutilizáveis ou recicláveis, bem como também procedendo à rotulagem dos produtos, informando o consumidor sobre os impactos no meio ambiente quando despejados em locais inadequados.

A coletividade, por sua vez, age com responsabilidade socioambiental quando opta por produtos recicláveis, participa dos programas de coleta seletiva e dá a destinação adequada aos produtos, após o seu consumo. E o Poder Público proporcionando meios para divulgar informação, incentivar e fomentar a participação ampla da coletividade, além de utilizar os instrumentos urbanísticos disponíveis, realizando a licitações sustentáveis e parcerias com a sociedade civil.

E o poder Público, assume sua responsabilidade socioambiental ao fazer suas compras pautadas por aquisições que promovam a sustentabilidade ambiental, conforme previsto na Lei n. 8666/93, com sua nova redação dada pela Lei n.12.349/2010. Assim, promove a chamada “ecoaquisição”, ou licitação sustentável, a qual visa integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos, a fim de diminuir os impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos.⁶

Os governos por possuírem enorme poder de compra, constituem um setor com grande ca-

pacidade para influenciar e conduzir o mercado a negócios sustentáveis, estimulando e incentivando as empresas a oferecerem produtos que tenham qualidade ambiental.

Além do mais, ao comprarem somente produtos que sejam indispensáveis, minimizarão o consumo, uma vez que muitos deles mostram-se supérfluos. Também pode comprar itens mais duráveis e com origem certificada. Ou seja, a Administração Pública, atuando como consumidora deve procurar realizar ações, que visem à promoção da sustentabilidade ambiental, avaliando e verificando a real necessidade da aquisição de determinados produtos, a respectiva vida útil, o menor impacto negativo ao meio ambiente e usá-lo de modo que impeça ou minimize os impactos e a geração de resíduos, principalmente quanto à destinação final.

As licitações, portanto, assumem real importância na sustentabilidade do meio ambiente e no compromisso com a responsabilidade socio-ambiental, sobretudo, quando falamos de Política de Resíduos Sólidos.

Em países estrangeiros, temos notícias de autoridades públicas que dispuseram sobre normas para a licitação sustentável, destacando-se: Reino Unido, Canadá, Estados Unidos, África do Sul, Japão, Suécia, Áustria, Coreia do Sul e Suíça.

A Coreia do Sul foi um dos primeiros países do mundo a aprovar uma lei federal de licitação sustentável, objetivando, principalmente, incrementar e aumentar o mercado de produtos sustentáveis, desenvolvendo o sistema de governo de certificação ambiental e de selos verdes.

A União Européia adotou novas normas sobre licitações sustentáveis (diretivas em março de 2004) que, explicitamente, estabelecem que as autoridades públicas podem incluir critérios ambientais em seus procedimentos licitatórios.

Algumas normas na legislação brasileira se manifestam quanto a certas restrições de determinados bens, como a restrição à compra de madeira clandestina da Amazônia ou de produtos que contribuam para destruição da camada de ozônio. Já existem normas que atentam para a busca da realização de licitação sustentável, como é o

caso da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privadas, exigindo “a licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento (artigo 10,VII)”.

Outra norma relevante é a Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), artigo 72 parágrafo 8º, V, que impõe como uma das sanções restritivas de direitos a proibição de contratarem com a administração pública pelo período de 3 (três) anos, os infratores ambientais. Isso significa, o impedimento da participação em concorrência pública de pessoas que descumpriram ou descumprem a legislação ambiental.

No Estado de São Paulo, o Decreto nº 49.674, de 06 de junho de 2005, estabelece procedimentos de controle ambiental para a utilização de produtos e subprodutos de madeira de origem nativa em obras e serviços de engenharia contratados pelo estado.

O Decreto nº 41.629, de 10 de março de 1997, anexo I, proíbe que a administração direta ou indireta adquira produtos ou equipamentos que contenham substâncias destruidoras da camada de ozônio.

Outro exemplo é o Decreto nº 45.643, de 26.01.2001, que obriga a aquisição pela administração pública direta, autárquica e fundacional de lâmpadas de alto rendimento, com o menor teor de mercúrio entre as disponíveis no mercado (com base em laudos técnicos), de cabos e fios de alta eficiência elétrica e com baixos teores de chumbo e policloreto de vinila – PVC.

O Decreto nº 2.783, de 17 de setembro de 1998, proíbe as entidades do governo federal de comprarem produtos ou equipamentos contendo substâncias degradadoras da camada de ozônio.⁷⁷

Foi apresentado ao Congresso Nacional um projeto de lei da deputada Eliana Pedrosa que toda empresa que esteja participando de uma licitação para fornecimento de serviços na área de construção civil deve apresentar um plano de manejo de resíduos sólidos como pré-requisito para participar de processo de licitação.

Dessa forma, o Poder Público, enquanto consumidor, ao realizar a licitação sustentável

implementa a responsabilidade socioambiental, na medida que estará cumprindo com sua obrigação na proteção do meio ambiente, preceituado na Constituição Federal, no artigo 225, *caput*, bem como estará contribuindo para melhorar a qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

4 Política Nacional de Resíduos Sólidos e Responsabilidade Pós-Consumo.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos veio intensificar e concretizar a responsabilidade socioambiental dos empreendedores quanto ao cuidado com o todos os ciclos do produto, a fim de causar o mínimo de impacto ao meio ambiente.⁸

No termos da Lei 12.305/2010 e o Decreto n. 7404/2010, “ Os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos são responsáveis pelo ciclo de vida dos produtos”

O Instituto ETHOS muito antes da lei normatizar essa responsabilidade editou um manual sobre resíduos sólidos, no qual aponta, dentre os princípios da Responsabilidade Social Empresarial (RSE), o de que a empresa deve verificar os impactos negativos de suas atividades sobre a sociedade e procurar reduzi-los.

Dentre os impactos que menciona, destaca-se a produção de resíduos sólidos, que aumenta constantemente. Para tal instituto, uma empresa socialmente responsável deve buscar, inicialmente, a redução de seus resíduos, a seguir o reúso e, finalmente a reciclagem. Além disso, defende que, a partir dos princípios da RSE, os custos pelos resíduos produzidos devem ser compartilhados entre os produtores e os consumidores, bem como a responsabilidade pelo processo de gestão desses resíduos, pois entende que a responsabilidade por esses resíduos é de todos (produtores, consumidores e governo).⁹

Jefferson Aparecido Dias e Ataliba Monteiro de Moraes Filho sempre defenderam a

responsabilização de todas as pessoas e de todos os entes que participam do ciclo do produto, o qual vai da fabricação de um produto até a sua destinação adequada, como uma das soluções a serem adotadas para minimização dos danos ambientais decorrentes da destinação inadequada de resíduos sólidos, assim como os fabricantes devem ser os responsáveis pelo ciclo global de vida dos seus produtos.¹⁰

A gestão compartilhada¹¹ exigirá dos empreendedores uma nova postura diante do seu modo de produção. Por isso, alguns empreendedores têm adotado um comportamento diferente, perante a coletividade e o meio ambiente, a exemplo de Furnas – Centrais Elétricas S.A, uma empresa da administração indireta do Governo Federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia e controlada pela Eletrobrás, que procura cumprir a responsabilidade social através dos seus 35 programas, dentre os quais se destacam: alfabetização e capacitação profissional para jovens e adultos; investimento na implantação de hortas orgânicas, em parcerias com as escolas públicas, para melhorar a alimentação das comunidades carentes que moram no entorno de seus empreendimentos; apoio e incentivo a projetos, como o Reciclando a Natureza, em prol da valorização dos coletores recicláveis¹².

Ademais, aqueles que estavam voltados simplesmente para as responsabilidades decorrentes das suas atividades econômicas, com o objetivo de lucro, que acreditavam que sua participação enquanto agentes econômicos eram suficientes, na medida em que cumpriam com seus encargos fiscais, com oferta de empregos, com a produção de bons produtos e serviços, sem se importarem com outras externalidades, a exemplo do meio ambiente, passaram a ser conduzidos a uma outra reflexão, decorrente de vários questionamentos feitos pela sociedade, como o papel negativo gerado pela empresa sobre o meio ambiente e a coletividade, suas responsabilidades perante as demais questões sociais, políticas e ambientais.

O uso de novas tecnologias permite que as empresas tenham um crescimento econômico sem causarem desequilíbrio ambiental e sem precisarem elevar seus custos, pois muitas vezes,

basta substituir as matérias-primas por outras de baixa poluição, ou que os resíduos sejam tratados e reaproveitados no próprio processo produtivo.

Hoje, muitos empresários perceberam que poluir e devastar o meio ambiente resulta em um custo muito maior do que produzir de modo ecologicamente corretos, passando a inserirem em suas atividades a implantação de um sistema de gestão ambiental, a fim de um controle maior sobre os seus processos de produção ¹³

Segundo o Programa da Organização das Nações Unidas (ONU) o consumo sustentável para o meio ambiente é definido como: *o fornecimento de serviços e produtos que atendem às necessidades básicas, proporcionando uma melhor qualidade de vida enquanto minimizam o uso dos recursos naturais e materiais tóxicos como também a produção de resíduos e a emissão de poluentes no ciclo de vida do serviço ou do produto, tendo em vista não colocar em risco as necessidades das futuras gerações.*

José Geraldo Brito Filomeno ao comentar sobre o consumo sustentável, assevera que as necessidades do ser humano, alimentadas pelos meios de comunicação de massa e pelo processo de *marketing*, são infinitas e que os recursos naturais não são, sobretudo quando não renováveis. Para o autor, a nova vertente consumista, visa buscar o necessário equilíbrio entre essas duas realidades, a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos. ¹⁴

Nessa mesma linha de compreensão, Geraldo Ferreira Lanfredi¹⁵ aduz que a produção e o consumo devem ser direcionados por um novo estilo de vida sustentável, reduzindo-se o desperdício no consumo e na utilização de energia, buscando-se maior utilização e reciclagem.

A importância de se cuidar adequadamente dos resíduos visando à proteção ambiental também teve levado os tribunais adotar de forma específica a responsabilidade pós-consumo, como julgou o Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação n. 118.652-1, interposta nos autos da Ação Civil Pública proposta pela ONG Habitat, com base na responsabilidade pós-consumo, obrigou uma indústria de refrigerantes a dar a destinação adequada às embalagens por ela utilizadas.

O Município de Marília, por exemplo, determinou que a utilização de garrafas plásticas para embalar cervejas fosse precedida da realização de estudo de impacto ambiental e de relatório de impacto ao meio ambiente (EIA/RIMA), reconhecendo a responsabilidade pós-consumo.

Por sua vez, a responsabilidade pós-consumo para os consumidores serão responsabilizados quando estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal ou quando instituído sistema de logística de reversa. Ademais, é importante ressaltar que para a responsabilização do consumidor também será indispensável a ampla informação, direito que não poderá ser tolhido, conforme os princípios garantidos Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

O acesso à informação, portanto, é fundamental para que os consumidores possam realizar o consumo sustentável e exercer as escolhas mais corretas, bem como para que possam ser responsabilizados quanto à destinação inadequada dos resíduos que tenham gerado.

O IDEC, com vista ao consumo sustentável, lançou uma cartilha denominada “Responsabilidade social para o Consumidor”. Nela o consumidor é orientado a cumprir a sua parte no consumo sustentável, apontando para as seguintes ações:

- refletir sobre seus hábitos de consumo, reduzindo, quando possível, não desperdiçar e reciclar corretamente;
- escolher marcas e empresas reconhecidas pelas suas práticas responsáveis e éticas;
- obter informações sobre os impactos sociais e ambientais da produção, do consumo e do pós-consumo de produtos e serviços;
- questionar sobre os impactos e pressionar pela adoção de práticas sustentáveis de produção e pós-consumo;
- boicotar marcas de empresas envolvidas em casos de desrespeito às legislações trabalhista, ambiental e de consumo;
- participar e apoiar a associação de consumidores;
- denunciar práticas contra o meio ambiente, contra as relações de consumo e de exploração de trabalho infantil às autoridades competentes.¹⁶

Dentre os instrumentos que podem ser utilizados para concretizar a informação, um deles é a rotulagem ambiental, a análise do ciclo de vida de produtos (ACV), tal técnica é também conhecida como análise do “berço ao túmulo”.¹⁷

Nesse sentido, podemos tê-la como uma ferramenta técnica a ser utilizada em uma grande variedade de propósitos, como para a tomada de decisões pelos consumidores, por produtor que causem menor impacto após o seu uso.

Com isso, embora ainda seja impossível acabar com os resíduos completamente, podemos aliviar a sua geração e a sua destinação, ao fazermos escolhas corretas, elegendo produtos que não agridam e não provoquem impactos ambientais, cumprindo, assim, com nossas obrigações de preservar e defender a integridade do meio ambiente.

5 Política de Resíduos Sólidos e o invés social: inclusão dos catadores

Nos termos da PNRS colocar o catador organizado em cooperativas ou associações, será sem dúvida grande desafio, principalmente, mobilizar os catadores e capacitá-los e aparelhar as cooperativas para propiciar melhores condições de vida.

Os catadores são considerados um dos maiores colaboradores nos programas de reciclagem, segundo o Movimento Nacional dos Catadores de Recicláveis – MNCR os catadores já chegam a dois milhões, mas somente sessenta mil estão organizados em movimentos que lutam por seus direitos e trabalhos mais dignos.

A catação em lixão representa uma opção de vida para milhares de brasileiros, pois devido à crise econômica e falta de empregos muitas pessoas acabaram aderindo à função de catador. Outros, por sua vez, nunca conheceram outra forma de viver, tendo sido criado em barracos em volta do lixo, o que torna um desafio político e social promover o fechamento de um lixão, em virtudes das comunidades que vivem em seu entorno.

Os catadores atuam em determinado trecho da cidade, os quais são chamados de trecheiros. Outros catam diuturnamente em lixões, sendo conhecidos como catadores de lixão. Os que puxam carrinhos pelas ruas e levam para os sucateiros, chamam-se de catadores individuais. E os catadores organizados, trabalham em cooperativas, associações, ONGs ou OSCIPs. Embora, essa categoria tenha conquistado certo reconhecimento da sociedade, o fato é que durante muitos anos foram discriminados, pelo próprio poder público, que tinha os catadores como pessoas que apenas provocavam desordem nas ruas da cidade, uma vez que utilizavam os espaços públicos para a guarda de materiais coletados.

A valorização dos serviços prestados pelos catadores vem ocorrendo gradativamente, a exemplo da criação em 1998 do Fórum Nacional Lixo e Cidadania, constituído por várias instituições, que tinham como um dos objetivos principais retirar as crianças do trabalho no lixo e colocá-las na escola, aumentar a renda de famílias que vivem da catação e erradicar os lixões. No ano de 2002 houve o reconhecimento pelo Ministério do trabalho e Emprego da Categoria profissional – Catadores de Matérias Recicláveis.

O desafio, nessa orbita, portanto é buscar soluções adequadas, na qual promova a inclusão social dos catadores e de suas famílias, com melhores salários, dignidade e respeito perante toda a sociedade. O Município, enquanto principal gestor dos resíduos sólido, exerce um papel fundamental que é o acompanhamento das atividades desenvolvidas pelos catadores, pois só com o apoio institucional do poder público, essa categoria poderá se organizar e conseguir se manter no mercado de trabalho.

O poder público pode auxiliar as organizações de catadores oferecendo-lhe apoio administrativo e contábil; serviços de assistentes sociais; implantação de programas de recuperação de dependentes químicos, uma vez que entre os catadores há grande incidência de droga e álcool; fornecimento de uniformes e equipamento de proteção individual, para evitar o contato direto com o lixo e exposição a agentes nocivos à sua saúde; implantação de cursos de alfabetização para eles e seus filhos, e ainda, implantação de programas de educação ambiental.

Essas ações e tantas outras são fundamentais para propiciar condições para que os próprios catadores sejam capacitados a formarem organizações, e dentro delas possam exercer todas as funções de forma independente e com autonomia.

Além disso, como os catadores estão acostumados a trabalhar de forma independente, sem horário e subordinação, precisam de um tempo para se acostumar com idéia de serem associados em grupo. Daí a necessidade do poder público e outras entidades acompanharem todo o processo de formação do grupo e oferecer os cursos e atividades pertinentes para que a organização possa ter sucesso.

No âmbito federal foi editado o Decreto Federal nº 5.940 de 25/10/2006, que instituiu a separação dos resíduos recicláveis descartes pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, determinando que a sua destinação seja para as associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis.

O Estado de São Paulo instituiu sua Política de Resíduos Sólidos através da Lei nº 12.300/2006, a qual dispõe que a coleta seja preferencialmente, de forma seletiva e com inclusão social. Nesse sentido, busca contemplar questões sociais, com a inserção de catadores, associação e cooperativas no processo de coleta, separação e comercialização dos resíduos urbanos recicláveis, promovendo a ressociação dessa categoria, além de gerar empregos. A cidade de São Paulo, por meio do Decreto nº 42.290/02, instituiu o Programa Socioambiental de Cooperativa de Catadores de Material Reciclável, com os seguintes objetivos:

- Resgatar a cidadania mediante o reconhecimento do direito ao trabalho;
- Formalizar a atuação dos catadores no programa de coleta seletiva;
- Estimular a geração de trabalho e renda criando condições dignas de trabalho para os catadores;
- Promover a educação ambiental: conscientização da população, mudança de comportamento no consumo e descarte de materiais recicláveis;

- Apoiar as cooperativas de trabalho, visando ao aprimoramento de suas atividade

Assim, o apoio das municipalidades e outras entidades, como as organizações não governamentais e instituições de ensino são essenciais, pois fortalecem os catadores e implementam as políticas públicas de inclusão social.

Considerações finais

Verifica-se, pelas vertentes abordadas que a da Política Nacional de Resíduos Sólidos, mais do que uma política voltada para o gerenciamento de resíduos sólidos, entrelaça com responsabilidade ambiental e social.

Com isso, mostra-se como um instrumento normativo que, praticado com seriedade e continuidade pelos governos municipais, em cooperação com os governos estaduais, federais, empreendedores e consumidores será capaz de implementar soluções eficientes na erradicação e na diminuição do lixo, uma vez que oferece um regramento mais uniforme na forma de gestão, tratamento e destinação, balizada em princípios democráticos e socioambientais, .

Notas

¹ Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p. 55

² Claudia de Castro Lima, Reciclagem.Revista Pancrom nº 12.2005.027.

³ A Folha de São Paulo, abordando o tema Coleta Seletiva, demonstra como algumas pessoas incorporam em seu cotidiano a separação do lixo, chamando atenção inclusive para as sábias palavras de Gandhi “Devemos ser a mudança que queremos para o mundo. A postura do homem diante do lixo é mais importante do que mudar o governo”. Notícia veiculada em: 17.03.2005.

⁴ Calderoni, ob. cit. p. 298. ss

⁵ Curso de agente ambiental

⁶ Guia de Compras Públicas Sustentáveis – uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. p. 21. Organizadores: Rachel Biderman, Laura Silvia Valente de Macedo, Mario Mazoni e Rubens Mazon. Rio de Janeiro, FGV, 2006 site. www.institutoethos.com.br visitado em 19.06.2006

⁷ Foi apresentado ao Congresso Nacional um projeto de lei da deputada Eliana Pedrosa que toda empresa que esteja

participando de uma licitação para fornecimento de serviços na área de construção civil deve apresentar um plano de manejo de resíduos sólidos como pré-requisito para participar de processo de licitação.

⁸ site. www.institutoethos.com.br visitado em 19.06.2006

⁹ site. www.institutoethos.com.br.

¹⁰ Livro disponível na home-page: www.prsp.mpf.gov.br/marilia.

¹¹ Vale acrescentar, ainda as percepções de Rosemeri Alessi, para quem “responsabilidade social das empresas não pode ser reduzida a mais uma nova e inovadora ferramenta de marketing, mas ser aplicada para um novo modelo de comportamento de gestão de negócio, que em sua essência resgata valores humanos universais, pressupõe a tomada de decisões de maneira ética, preservando interesses de todas as partes direta e indiretamente envolvidas no negócio, assim como interesses de toda a sociedade, numa relação na qual todos ganham, a sociedade e as empresas” p. 96. ob. cit.

¹² Revista produzida pela empresa, ano de 2006;

¹³ A ACV – Análise de Ciclo de Vida, normatizada pelo ISO 14.000. É uma das técnicas, que consiste em avaliar o desempenho de um produto em relação ao meio ambiente. Ela permite quantificar as diversas interfaces de um produto com o meio ambiente, seja em relação ao consumo de recursos naturais e de energias ou às emissões para água, solo e ar decorrentes da fabricação, uso e disposição final do produto. vem normatizada pelo ISO 14.000

¹⁴ José Geraldo Brito Filomeno, Código Brasileiro de defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto, 7. ed. p 20.

¹⁵ Política Ambiental: busca da efetividade e seus instrumentos, p. 142

¹⁶ Informações obtidas junto a <http://www.idec.org.br> acessado em 11.04.2006;

¹⁷ Informações obtidas no <http://www.ambientebrasil.com.br> acessado em 11.04.2006 ;

Referências

ABRELPE – Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais. *Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil*. São Paulo: ABRELPE, 2005

ALESSIO, Rosemeri. *Responsabilidade Social das Empresas no Brasil: reprodução de postura ou novos rumos*. Porto Alegre: PUC/RS, 2004.

CALDERONI, Sabetai. *Os Bilhões Perdidos no Lixo*. 4. ed. São Paulo: Humanitas, 2003.

CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental. *Inventário Estadual de*

Resíduos Sólidos Domiciliares 2005. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006. (Série Relatório).

DORINE, Raquel Pereira. *Desenvolvimento Sustentável como responsabilidade social das empresas - Um enfoque ambiental*. São Paulo, 1999. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FILOMENO, José Geraldo. Dos Direitos do Consumidor. In: *Código do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 17-20.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação. Novos Direitos e Formas de regulação na Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política Ambiental busca da efetividade e seus instrumentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação. Novos Direitos e Formas de regulação na Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito à Informação e Meio Ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIZIARA, Rosana. *Nos Rastros dos Restos as trajetórias do lixo na cidade de São Paulo*: EDUC, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e Novos Direitos – Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

Site: WWW.institutoethos.com.br e WWW.edec.org.br

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1. Os trabalhos encaminhados para publicação na REID – Revista Eletrônica Internacional Direito e Cidadania, editados pela Editora Habilis deverão ser inéditos e originais. Entretanto, excepcionalmente, poderão ser aceitos artigos relevantes que já tenham sido publicados, desde que sejam concedidas as devidas autorizações. Se o artigo já foi publicado, o autor deve informar, em nota de rodapé, onde e quando. No que se refere aos direitos autorais, a Revista REID utiliza a Licença Criative commons 2.5 para a publicação de seus artigos.
2. Os trabalhos devem ser enviados exclusivamente pelo correio eletrônico, para o endereço conselhoeditorial@iedc.org.br. Recomendamos a utilização do processador de texto Microsoft Word 97. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF (Rich Text Format), que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto.
3. Nos textos enviados para publicação, os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador para determinar os parágrafos: o próprio já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4. O artigo deve ter no máximo 20 laudas.
4. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (6 linhas no máximo) e com a indicação de 3 a 4 palavras-chaves, ambos em português.
5. Dos trabalhos deverá constar a qualificação completa do autor, em nota de rodapé.

6. As referências bibliográficas deverão conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em *itálico*; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.
7. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico*.
8. Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos em nossas revistas ou qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica.
9. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
10. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da REID. Todos os trabalhos serão primeiramente lidos pelas coordenadoras da Revista que os distribuirão, conforme a matéria, para os conselheiros. Será adotado o método *double blind review*.
11. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-lo e reencaminhá-lo para nova análise. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

