

ISSN 1678-2593

PRIM@ FACIE

International Journal

Direito, História e Política

América Latina

SEÇÃO CORPUS

**Crise, complexidade
ambiental e os direitos
ambientais**

maio a ago., 2017

v. 16, n. 32

Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ

Consultor: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Fernando Joaquim Ferreira Maia, UFPB, Brasil

Jailton Macena de Araújo, UFPB, Brasil

Maria Creusa Borges, UFPB, Brasil

Organizadores

NEGO

Expediente

Prim@ Facie, v. 16, n. 32, maio/ago. 2017

A revista quadrimestral eletrônica Prim@ Facie, UFPB, online, ISSN 1678-2593, QUALIS B1, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para Direitos Humanos, Direito de Cidade, Desenvolvimento e História do Direito. Visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras. A perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade. Não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Cabe trazer à mesa de discussões a compreensão aprofundada de temas como: desenvolvimento, direitos humanos, meio ambiente, justiça e direito na história, criminalidade, globalização e trabalho. As instituições públicas, mas igualmente as relações e os sujeitos privados constituem polos de produção normativa e de tensões de interesses.

Endereço: Revista Prim@Facie - Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo Branco 58051900 - João Pessoa, PB - Brasil.

Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie>

Consultor:

Fernando Joaquim Ferreira Maia – UFPB, Brasil

Organizadores:

Fernando Joaquim Ferreira Maia – UFPB, Brasil

Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil

Maria Creusa Borges – UFPB, Brasil

EXPEDIENTE DESTE NÚMERO

Consultor:

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia – UFPB, Brasil

Editor de área:

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia

Organizadores:

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia – UFPB, Brasil

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil

Profa. Dra. Maria Creusa Borges – UFPB, Brasil

Editor Gerente:

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia

Diagramação:

Emmanuel Luna

Assistentes Editoriais:

Rafaela Patrícia Inocêncio da Silva

Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela

PRIM@ FACIE

International Journal

Direito, História e Política

América Latina

SEÇÃO CORPUS

**Crise, complexidade
ambiental e os direitos
ambientais**

maio a ago., 2017

v. 16, n. 32

Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ

Consultor: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Fernando Joaquim Ferreira Maia, UFPB, Brasil

Jailton Macena de Araújo, UFPB, Brasil

Maria Creusa Borges, UFPB, Brasil

Organizadores

Catálogo na Publicação
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB
Bibliotecária Vânia Maria Ramos da Silva - CRB 15/0243

P953 *Prima Facie: Direito, História e Política* [Recurso eletrônico] / Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba; Organizadores: Fernando Joaquim Ferreira Maia, Jailton Macena de Araújo, Maria Creusa Borges – João Pessoa: PPGCI, v.16, n. 32, maio./ago. 2017.
Online.

Quadrimestral.
Seção Corpus: América Latina - Crise, complexidade ambiental e os direitos ambientais. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/index>>
ISSN 1678-2593

1. Direito – Periódicos. 2. América Latina. 3. Crise. 4. Direito Ambiental. I. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – CCJ/UFPB. II. Maia, Fernando Joaquim Ferreira. III. Araújo, Jailton Macena de. IV. Borges, Maria Creusa.

Sumário

Editorial	6
FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA	
Logística Reversa como Instrumento Essencial à Efetivação da Responsabilidade Ambiental Empresarial	9
THIAGO FLORES DOS SANTOS ANA CARLA PINHEIRO FREITAS	
O Limite do <i>Ius Utendi</i> Frente à Propriedade do Animal e a Responsabilidade Civil pelos Maus Tratos	44
ANA MARIA ALVES RODRIGUES VARELA ELCIO NACUR REZENDE	
A Efetivação Democrática do Direito à Saúde Mediante a Tutela Coletiva e o Incidente de Coletivização de Demandas Individuais	70
ORLANDO SAMPAIO DE ALMEIDA MONTEIRO DA SILVA FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA	
Marx e Engels como Críticos da Justiça	115
VITOR SARTORI	
Lágrimas dos Deuses: Ausência de Participação dos Indígenas e Etnocídio no Brasil.....	159
EDUARDO FARIA SILVA ANDERSON MARCOS DOS SANTOS	
Direitos dos Índios na Constituição de 1988 Os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção.....	189
RODRIGO BASTOS DE FREITAS SAULO JOSÉ CASALI BAHIA	
Inaplicabilidade de Multa Processual em Caso de Ausência Injustificada na Audiência de Mediação	231
RENATO HORTA SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS	
Os desafios do Paradigma da “cidadania” hídrica na América Latina: conflitos, estado e democracia	259
JOSE ESTEBAN CASTRO JOSÉ IRIVALDO ALVES OLIVEIRA SILVA LUIS HENRIQUE CUNHA	

EDITORIAL

As relações proprietárias privadas, predominantes nas sociedades atuais, excluem qualquer tipo de processo de apropriação da natureza que não leve em consideração o bem e o consumo individuais. São relações que reduzem a sociedade ao mercado como o lugar comum da humanidade. Ao mesmo tempo, as sucessivas revoluções tecnológicas nas forças produtivas do capital conduzem ao exaurimento dos recursos naturais, com tremendo impacto ambiental sobre as relações humanas. A forma da produção capitalista é predatória e não leva em conta a resiliência dos ecossistemas em assimilarem os impactos da expansão econômica. Os reflexos diretos disso no meio ambiente, conforme mostra Enrique Leff, se traduzem na fome, na miséria, na deterioração do meio ambiente natural, no desemprego, na distribuição desigual dos custos ambientais, na insalubridade das cidades, na perda da biodiversidade, na erosão das identidades culturais, nos preconceitos e nas discriminações sociais e, sobretudo, no acirramento das contradições sociais geradas pela racionalidade do mercado. Estas são as principais ameaças à sustentabilidade ambiental, que constituem a externalização da degradação entrópica e revelam a crise ambiental e o entrave dos dias atuais: a economia de mercado como principal potencializadora do impacto sobre o meio ambiente, coisificadora da biodiversidade como recurso a ser apropriado no âmbito de relações proprietárias privadas e, também, como mercadoria a ser consumida.

Na América Latina, isso é agravado pela dependência econômica do continente em relação aos países centrais, tendo por base a ação do capital



estrangeiro de investimento nas suas economias, que provoca uma grande saída de divisas em direção ao centro do capitalismo.

A partir daí, surge no continente latino-americano uma série de experiências políticas e jurídicas, em maior ou menor grau como processos de complexidade neguentrópica, conforme diria Enrique Leff, caracterizadas por uma reação à economia de mercado e à internalização de processos de reapropriação da natureza, a partir dos interesses das camadas sociais historicamente excluídas do continente, a exemplo das massas campesinas, das comunidades e dos povos tradicionais, e das populações indígenas. Nesse contexto, os institutos de direito ambiental são pressionados a não apenas tomar como ponto de partida os povos e as camadas sociais historicamente marginalizados, mas a serem reconstruídos a partir das suas lutas sociais. Assim se chega à temática do número 32: “Crise, complexidade ambiental e os direitos ambientais”.

A escolha da temática para a edição do número 32 deste periódico científico discute temas de direito e sustentabilidade ambiental do ponto de vista da América Latina. Significa pensar, formular e construir localmente, de forma transdisciplinar, os direitos ambientais na sustentabilidade como um processo de reapropriação coletiva e difusa da natureza, com base em identidades culturais diferenciadas. A principal mensagem aponta para pensarmos a América Latina a partir da América Latina. O peruano Aníbal Quijano diz muito bem que, apesar do legado europeu que recebemos, “é tempo de aprendermos a nos libertar do espelho eurocêntrico onde nossa imagem é sempre, necessariamente, distorcida. É tempo, enfim, de deixarmos de ser o que não somos”¹.

Na publicação da chamada 32 da Revista Prim@ Facie foi apresentada, justamente, uma convocatória a essa libertação, com a pretensão de analisar o direito ambiental à base dos condicionantes históricos

1 QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Disponível: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2017.

e materiais em que os povos da América Latina estão inseridos e num movimento de empoderamento pelas suas culturas, pelas suas identidades, pela sua composição social. O sucesso da chamada foi imediato. Na parte do corpus, o número apresentou artigos nacionais e internacionais sobre a responsabilidade civil acerca dos maus tratos aos animais; sobre as consequências da responsabilidade civil perante as empresas da logística reversa; sobre a efetivação democrática do direito à saúde, fazendo um contraponto às demandas judiciais individuais na área da saúde e fugindo do senso comum. Aborda também, numa perspectiva “decolonial”, o genocídio das populações indígenas gerado por grandes obras de infraestrutura no Brasil; e ainda trata da autonomia dos povos indígenas na Constituição Federal. Por fim, o número traz a discussão das bacias hídricas e todo o problema social da efetivação da cidadania no semiárido brasileiro.

Na parte geral, o número aborda a crítica marxista à justiça realizada pelo brasileiro José Chasin e, ainda, o problema da multa processual em caso de ausência injustificada na audiência de mediação. Trata-se de diagnóstico do interesse do novo processo civil constitucionalizado, que é a busca pela solução dos conflitos, no maior plano possível, o que é bom para todos.

O número 32 traz colaborações internacionais de grande relevância, a exemplo de Steban Castro. Já as colaborações nativas resultam de pesquisas no âmbito dos programas de pós-graduação em direito e em áreas afins, preocupadas fundamentalmente com a concretização do direito.

A equipe editorial agradece a participação das autoras e dos autores e espera que os ensaios e os artigos aqui publicados apontem para o caminho de novas pesquisas.

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia
Editor-gerente

Logística Reversa como Instrumento Essencial à Efetivação da Responsabilidade Ambiental Empresarial

THIAGO FLORES DOS SANTOS

Doutorando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós graduação DINTER CIESA/UNIFOR e Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

Email: thiagoflores.adv@gmail.com

ANA CARLA PINHEIRO FREITAS

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professora dos cursos de mestrado e doutorado na UNIFOR

Email: cpinheirofreitas@yahoo.com.br

Resumo: Um dos principais desafios da humanidade no Século XXI é a compatibilização entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental, tendo em vista as dificuldades existentes para a internalização dos custos ambientais de forma a minimizar as externalidades negativas resultantes do exercício da atividade econômica. Desse modo, constitui objetivo da presente pesquisa analisar a relação entre a logística reversa, que é um dos instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, e a responsabilidade ambiental empresarial, prevista no artigo 170, VI da Constituição da República de 1988, uma vez que, a partir do devido tratamento aos resíduos sólidos, promove-se a incorporação da dimensão ambiental no exercício de atividades empresariais. Por meio de pesquisa bibliográfica e utilizando-se dos métodos analítico e descritivo, faz-se na presente pesquisa uma abordagem da logística reversa como instrumento de incorporação da dimensão ambiental nas atividades econômicas no Brasil. Como resultado, demonstra-se a necessidade de estruturar fluxos reversos de resíduos sólidos, para que se promova a melhoria da qualidade de vida nas cidades brasileiras, bem como para a efetivação da responsabilidade ambiental empresarial no país.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Resíduos sólidos. Externalidades.



Logística Reversa como Instrumento Essencial à Efetivação da Responsabilidade Ambiental Empresarial

Thiago Flores dos Santos

Ana Carla Pinheiro Freitas

INTRODUÇÃO

A partir da constatação da significativa degradação do meio ambiente ocorrida no Século XX, inicialmente nos países da Europa, torna-se corrente nos discursos políticos e na agenda empresarial global o conceito de desenvolvimento sustentável, surgido a partir do Relatório Brundtland (documento intitulado “Nosso futuro comum”), de 1987, produzido pela Organização das Nações Unidas – ONU. É entendido como o processo que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades, sendo estabelecida a necessidade de serem adotadas medidas que reduzam a chamada pegada ecológica decorrente das atividades humanas e promovam a justiça social, mantendo-se a rentabilidade necessária ao crescimento econômico.

Nesse contexto, surgem diversas políticas públicas e instrumentos normativos que passam a fazer parte da agenda de instituições e corporações públicas e privadas em todo o planeta. Os movimentos sociais crescentes em torno da questão a todo momento reascendem o debate sobre a relação homem e natureza, gerando discussões e atitudes globais sobre as temáticas relacionadas à exploração dos recursos naturais e seus efeitos para a qualidade de vida no planeta.

Um dos grandes desafios que vêm sendo objeto de debate em nível global, relativamente à instituição de políticas públicas,

é a destinação adequada dos resíduos sólidos como forma de reduzir a pressão sobre os recursos naturais existentes. Assim, tem-se promovido no Brasil a formulação de políticas públicas e regramentos importantes. A Lei n.º 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, apresenta-se como um marco para o objetivo em questão, de forma a regular a atividade de pessoas físicas e jurídicas e direito público e privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que desenvolvem ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos (§ 1º do art. 1º).

Do mesmo modo, foi formulado o Plano Nacional de Resíduos Sólidos pelo Ministério de Meio Ambiente – MMA, cujo texto passou por um amplo processo de consulta pública, com a participação de todos os setores envolvidos, que contemplou como um dos objetivos primordiais do país a implementação da logística reversa. Esta é entendida como um processo para a coleta e reciclagem de bens inservíveis por seus fabricantes, ou seja, as empresas fabricantes de bens de consumo devem criar procedimentos para a coleta e reciclagem dos resíduos sólidos gerados a partir da utilização dos produtos produzidos pelas mesmas.

Entretanto, tem-se verificado a baixa efetividade no cumprimento das normas relacionadas à gestão de resíduos sólidos no Brasil, especialmente em relação ao Poder Executivo Municipal, o que expõe administradores públicos a sofrer responsabilização criminal. Como importante exemplo, tem-se o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no julgamento do REsp 699.287/AC, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, de ato de improbidade administrativa de natureza ambiental pelo descumprimento por um prefeito municipal de regramento que estabelece a necessidade de adequação do depósito de lixo, independentemente da alegação de incapacidade financeira e limitação a uma reserva do financeiramente possível.

O entendimento do STJ sobre a questão da destinação de resíduos sólidos por prefeitura municipal demonstra que é imperativo o cumprimento da legislação que versa sobre a destinação adequada de resíduos sólidos por parte das empresas e instituições públicas ou privadas, sendo descabidas determinadas alegações como a incapacidade financeira, o descumprimento por outros agentes públicos, dentre outras. Nesse sentido, é dever do Estado, por meio de suas instituições, regular suas próprias atividades e as atividades dos particulares, zelar pela fiscalização e cumprimento das normas que forem instituídas para o controle de resíduos no país.

Assim, utilizando-se da pesquisa bibliográfica como técnica de coleta de informações e por meio dos métodos analítico e descritivo, faz-se na presente pesquisa uma abordagem crítica acerca da importância da logística reversa para o alcance da responsabilidade ambiental empresarial, voltada ao cumprimento do artigo 170, VI da Constituição da República de 1988, considerando que esse mecanismo propicia a destinação ambientalmente adequada de materiais pós-consumo, resultando na diminuição da demanda por matéria-prima para a produção de novos bens e serviços, bem como promove a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para tanto, faz-se necessário descrever o que vem sendo entendido como logística reversa, além de analisar o nascimento e a evolução histórica desse conceito e sua importância na sociedade moderna, de modo a delinear a relação direta que esse instrumento possui com a proteção efetiva ao meio ambiente. Faz-se necessário abordar a relação entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente, que passou a ter um novo sentido no Brasil a partir da mudança de paradigma introduzida pela Constituição de 1988 no que diz respeito à inserção da proteção e promoção do meio ambiente como direito fundamental, a qual se encontra inserida

explícita e implicitamente por toda a topografia constitucional, em especial no disposto no art. 170 da Constituição da República de 1988, que trata dos princípios gerais da atividade econômica.

Também faz-se importante abordar os principais regramentos relacionados à logística reversa no Brasil, de modo a propiciar o entendimento sobre os conceitos previstos na legislação e os deveres legais atrelados às atividades empresariais no país no que concerne à adequada gestão de resíduos, uma vez que a efetivação dos mecanismos instituídos pela Lei n.º 12.305/2010 representa um direcionamento importante quanto ao papel da empresa no âmbito da sustentabilidade.

1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA LOGÍSTICA REVERSA

O conceito de logística surgiu com a Administração, sendo descrito por Moura (2006, p. 15) como o processo de gestão do fluxo de produtos, de serviços e da informação associada, entre fornecedores e clientes ou vice-versa, resultando na entrega aos clientes dos produtos e serviços de que necessitam, nas melhores condições. Entretanto, a prática do que hoje se denomina logística acompanha o homem desde a antiguidade, diante da necessidade de gerir o transporte e o acondicionamento de bens produzidos objetivando a troca (escambo). Nesse sentido, era necessário estabelecer rotas de transporte, formas de acondicionamento dos bens, dentre outras exigências, de forma a manter a integralidade dos mesmos nas operações de troca. Somente a partir da Revolução Industrial a logística passou a ser tratada como objeto de estudo científico, sendo um dos pontos fundamentais para a existência das chamadas corporações empresariais.

Razzolini Filho (2006, p. 22) menciona as denominações que a logística recebeu ao longo da história, tais como: distribuição, engenharia de distribuição, logística empresarial, logística de

marketing, logística de distribuição, administração logística de materiais, administração de materiais, logística, sistema de resposta rápida, administração da cadeia de abastecimento, logística industrial. Embora com denominações diferentes, referem-se à gestão do fluxo de bens de um ponto de origem a um ponto de consumo.

Nas relações empresariais, o conceito de logística ganhou importância ao longo do tempo, acompanhando a evolução das organizações, da tecnologia e das relações de mercado, principalmente a partir da globalização, a qual possibilitou o crescimento das relações comerciais envolvendo indivíduos, empresas e instituições de países distintos, o que exigiu novas metodologias, estudos e formas de desempenhar uma logística eficaz que garantisse a satisfação do consumidor.

O crescimento industrial e a melhoria das condições de vida nas cidades, formadas por conglomerados urbanos habitados por grande massa de trabalhadores, resultaram igualmente no aumento da produção e no consumo de bens. Paulatinamente foi sendo estabelecida uma nova lógica do consumo, galgada na ideia de produção de mercadorias com baixa qualidade e durabilidade e na criação permanente de novos modelos tecnológicos divulgados em campanhas publicitárias direcionadas e que instigam a necessidade de consumir cada vez mais novos bens e modelos tecnológicos.

Com isso, houve um aumento na pressão sobre o meio ambiente não somente em virtude da necessidade de extração de novas matérias-primas para a produção de bens de mercado, mas também devido ao descarte irregular de resíduos, especialmente nos conglomerados urbanos, resultando na formação dos chamados lixões.

Sobre o assunto, Guarnieri (2011, p. 45-46) comenta que o aumento da velocidade de descarte dos produtos de utilidade após seus primeiro uso, sem a existência de canais de distribuição reversos

devidamente estruturados e organizados, provoca desequilíbrio entre as quantidades descartadas e as reaproveitadas. Esse fato gera um enorme aumento do lixo urbano, que é um dos mais graves problemas ambientais na atualidade.

Acerca do mesmo assunto, Irigaray (2005, p. 291) menciona que tem sido prática comum em nossas cidades a acumulação de resíduos sólidos domésticos em locais inadequados, com solo de alta permeabilidade e muitas vezes próximos a cursos d'água, onde são lançados juntamente com resíduos hospitalares e queimados em meio à operação dos catadores de lixo. Na maioria dos casos, observa-se que, além da grave contaminação do solo e dos corpos hídricos com a infiltração do chorume, a queima de resíduos plásticos provoca a emissão de gases tóxicos que voltam ao solo sob a forma de chuva ácida e resulta em graves danos ambientais.

Em relação aos catadores de lixo, menciona Gomes (2015, p. 13) que a catação de resíduos sólidos é desenvolvida em condições que ferem os direitos fundamentais desses trabalhadores, diante da precariedade das condições de trabalho e da ausência de políticas públicas protetivas dessa atividade. Igualmente ao lixo, são tratados como expurgo social, apesar de contribuir informalmente para o gerenciamento de resíduos sólidos urbanos.

A infeliz constatação acima referida ainda faz parte do cotidiano das cidades brasileiras, pelo que é pouco comum a realização do devido tratamento dos resíduos sólidos pelos entes municipais. O fluxo reverso de bens é fundamental para que se estabeleça uma relação sustentável entre a demanda e a oferta de bens de mercado, ao mesmo tempo em que promove a melhoria da qualidade ambiental nas cidades por meio da redução da demanda dos lixões e o consequente aproveitamento dos resíduos sólidos gerados.

No Brasil, ainda há necessidade de estabelecer normas e políticas públicas que incentivem empresas, instituições e indivíduos

a promover a logística reversa, entendida como o processo de retorno dos resíduos às bases de produção e descarte após seu consumo, de modo a ser promovida a manufatura reversa. Esta pode ser entendida como a segregação e a reinserção econômica de bens resultantes do pós-venda ou pós-consumo, cujos componentes serão utilizados como matéria-prima para a produção de novos bens.

Freires e Pinheiro (2013, p. 270) defendem, acerca das externalidades negativas das empresas relacionadas aos resíduos sólidos, que grande parte dos resíduos retém ainda certo valor econômico que pode ser recuperado, sendo que essa recuperação deve se dar de forma direta, ou seja, sem a transformação biológica, física ou físico-química do produto, através de sua revenda, reutilização ou redistribuição.

Essa recuperação de valor econômico pode se dar por meio da reparação, reforma, refabricação, canibalização, reciclagem, recuperação energética e compostagem, que são processos diretamente relacionados com o reaproveitamento dos resíduos. Se nenhuma destas formas de destinação final ambientalmente adequada for viável técnica e economicamente, sua disposição final na forma de rejeito deverá ocorrer em espaços apropriados, como em aterros sanitários, de forma a se evitar a poluição.

A logística reversa de bens é uma prática de gestão ambiental que representa o contexto empresarial contemporâneo, mais preocupado com os reflexos ambientais das atividades econômicas que executam e com as externalidades negativas, como fatores de sobrevivência da empresa. Vahabzadeh e Yusuff (2012, p. 36) mencionam acerca da responsabilidade ambiental de entidades em diversos países, que:

Hoje em dia, todas as entidades nos países modernos têm atuado fortemente no ciclo de vida dos produtos, já que fornecedores e fabricantes visam evitar a produção de resíduos e melhorar o uso dos recursos naturais

em seus produtos. Essa visão cria uma nova cadeia de suprimentos, que se foca na recuperação, reciclagem ou *up-cycling*, e na reutilização de recursos¹. (Tradução livre)

Logo, a logística reversa torna-se, na atualidade, fator determinante para a sustentabilidade nos negócios. Ela garante, ou pelo menos não afeta de forma negativa, a competitividade e a melhoria da imagem corporativa perante a sociedade, e o que é essencial: promove a incorporação da responsabilidade ambiental empresarial, tal como previsto no inciso VI do art. 170 da Constituição da República de 1988.

Nas corporações que adotam a logística reversa, o lucro passa a ser visto como uma obrigação regulada e condicionada ao alcance da sustentabilidade ambiental e social, e não somente como um objetivo finalístico e decisivo da atividade econômica empresarial. Os consumidores, por sua vez, vêm sendo mais críticos na escolha de produtos a ser consumidos, primando como fator decisório na aquisição de bens o atendimento do fabricante a requisitos de proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A pressão social é fator fundamental para a incorporação de critérios ambientais na atividade econômica. A esse respeito, lecionam Gonçalves *et al.* (2006, p. 39) que, como consequência da pressão exercida pela sociedade, as empresas passaram a se preocupar mais com sua imagem diante dos consumidores, de modo que a construção de uma imagem positiva, que significa, igualmente, a manutenção e o aumento na venda de mercadorias, é um grande motivo para que as empresas abracem a causa do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, o tratamento do produto no pós-consumo ou pós-venda é fator primordial.

¹ No original: “*These days, all entities in modern countries have critical roles in product life cycles as suppliers and manufacturers aim to prevent waste production and improve the use of natural resources in their products. This vision creates a new cradle-to-cradle supply chain, which focuses on recovery, recycling or up-cycling, and reuse of resources*”.

A legislação de diversos países obriga as empresas a recolher os resíduos provenientes dos produtos que fabricam. Acerca do assunto, menciona Simpson (2010, p. 229) que:

Cada vez mais, o canal de logística reversa também está sendo usado para retornar ou deslocar materiais recicláveis, incluindo plásticos, baterias, metais e peças usadas, que surgem na cadeia de suprimentos e cada vez mais precisam de alternativas de descarte (...)². (Tradução livre)

A legislação brasileira, como se aborda no próximo capítulo, ainda não está plenamente adaptada em relação a todos os bens produzidos, entretanto algumas práticas comerciais, como a coleta de baterias automotivas após o uso, são pioneiras para o estabelecimento de procedimentos de logística e manufatura reversa no país, de forma a possibilitar que se incorpore a responsabilidade ambiental empresarial na atividade econômica.

Outro aspecto importante é que a adoção de procedimentos que visam à logística reversa impacta positivamente na avaliação de indicadores de sustentabilidade das empresas brasileiras. Essas empresas devem apresentar periodicamente ao mercado financeiro informações acerca do desempenho ambiental das atividades que desenvolvem a fim de possibilitar que os investidores tenham a segurança necessária para alocar seus investimentos: o tratamento de resíduos sólidos é tema obrigatório nessas avaliações.

Logo, é impensável o desenvolvimento de qualquer atividade econômica sem que haja a preocupação com os impactos socioambientais que podem gerar. A logística reversa se apresenta como uma estratégia corporativa fundamental na “nova economia”, galgada em valores do século XXI, que resultam diretamente na valorização da companhia perante seus *stakeholders*, em especial

2 No original: “Increasingly, the reverse logistics channel is also being used to return or shift recyclables, including plastics, batteries, metals and used parts, arising within the supply chain and increasingly in need of disposal alternatives (...)”.

perante os clientes, na melhoria dos indicadores de sustentabilidade da empresa, assim como no atendimento à legislação ambiental e na redução da pressão antrópica sobre o meio ambiente.

Independentemente de exigências legais, o *déficit* ambiental no planeta impõe a adoção pelas instituições públicas e privadas de procedimentos de gestão ambiental que levem ao reaproveitamento dos resíduos sólidos gerados. A degradação ambiental, como dito no início do capítulo, iniciada especialmente no século XVIII, com a Revolução Industrial, potencializou-se de forma que o planeta se encontra em uma situação de escassez e poluição de seus recursos naturais, o que influi negativamente na qualidade de vida da população.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DA LOGÍSTICA REVERSA NO BRASIL

A Constituição da República de 1988, embora não tenha tratado em seus dispositivos especificamente acerca do gerenciamento de resíduos sólidos, definiu por meio do *caput* do artigo 225 o dever do Poder Público e da coletividade de adotar medidas que mantenham o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo tal obrigação atrelada a um direito intergeracional, das presentes e futuras gerações.

Segundo Leite e Ayala (2011, p. 311) acerca da atuação dos poderes públicos constituídos na afirmação das normas ambientais, a sensibilidade ecológica da função judicial no direito ambiental brasileiro expõe um sentido de “esverdeamento” da ordem constitucional e da ordem jurídica e uma abertura das instituições e das estruturas políticas decisórias para se assegurar uma realidade existencial digna.

Esse esverdeamento da ordem constitucional e da ordem jurídica, mencionado pelos autores, impõe o entendimento de que as ações humanas tendentes ao cumprimento de obrigação

ou à asseguarção de direitos previstos na Constituição deve ser desencadeado de forma a manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Trata-se de uma visão contemporânea em consonância com a busca pela sustentabilidade positivada constitucionalmente, bem como para a efetivação de direitos de terceira dimensão.

De acordo com Silveira e Souza (2016, p. 5), a inclusão do capítulo referente ao meio ambiente na Constituição da República de 1988 foi imprescindível devido às proporções elevadas de risco e dano ambientais, além do fato de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está relacionado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que legitima o sistema jurídico como um todo, inclusive com a necessidade de tutelar outras formas de vida, e não somente a vida humana.

Nesse sentido, a constitucionalização da proteção ambiental como condição para a sadia qualidade de vida, como o definido no *caput* do art. 225 da Constituição de 1988, impõe uma nova perspectiva na interação homem e natureza. Segundo Leite e Ferreira (2010, p. 293), o sistema jurídico brasileiro fundamentou-se no denominado antropocentrismo alargado, relacionado a uma preocupação em preservar o meio ambiente como um todo, independentemente da utilidade econômica dos bens ambientais, acentuando-se a responsabilidade do homem pela natureza, cuja atuação se justifica como guardião da biosfera.

Segundo Vicente (2011), na visão antropocêntrica tradicional, preocupada tão somente com o bem-estar do homem enquanto único ser dotado de racionalidade, os elementos do meio ambiente, como a fauna e a flora eram considerados *res nullius*, ou seja, coisa sem dono, não havendo por isso uma preocupação com a natureza ou com a proteção efetiva do meio ambiente. Esse antropocentrismo tradicional ou utilitarista resultou na degradação ambiental sem

precedentes, com a extinção de espécies de animais e a destruição significativa de elementos da flora, sob a justificativa de satisfação das necessidades humanas e geração de bem-estar e progresso civilizatório.

O antropocentrismo tradicional vem sendo substituído pelo antropocentrismo alargado como doutrina preponderante na relação entre o homem e a natureza, caracterizada pelo interesse difuso, pertencente às presentes e futuras gerações, de proteção do meio ambiente, independentemente da utilidade de seus elementos para o homem. Essa nova perspectiva está cada vez mais presente no ordenamento jurídico e na *práxis* jurisdicional, como é possível verificar no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – STF na ADI 4983/CE, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, em face da Lei n.º 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a prática da vaquejada, manifestação cultural e popular nordestina, mas que, sob a ótica do STF, submete os animais a tratamento cruel, sendo, portanto, no caso em análise, vedado seu exercício por desatendimento ao disposto no art. 225, § 1º, VI da Constituição da República de 1988.

Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 187), em comentários à nova ordem constitucional, mencionam que o atual projeto normativo-constitucional do Estado (Socioambiental) de Direito Brasileiro conforma um Estado “guardião e amigo” dos direitos fundamentais, vinculando, portanto, todos os poderes e órgãos estatais para a concretização de direitos fundamentais, e por isso todos os Poderes Estatais estão constitucionalmente obrigados, na forma de “deveres de proteção e promoção ambiental”, para a obtenção, no âmbito de sua esfera constitucional de competências, a maior efetividade possível no que se refere aos direitos e deveres ecológicos.

O legislador constituinte de 1988 introduziu o paradigma da ubiquidade ambiental. Isso porque o meio ambiente é protegido de

forma direta e indireta em vários dispositivos constitucionais. De forma expressa, estabelece no *caput* do art. 225 o dever do Poder Público e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Reservou igualmente um espaço específico para a proteção ambiental no capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, no art. 170, inciso VI, demonstrando que o exercício de atividade destinada à geração de riquezas no país está condicionado ao uso sustentável dos recursos naturais e à manutenção de um processo que assegure o devido tratamento dos impactos ambientais resultantes do produto ou serviço.

No âmbito infraconstitucional, tem-se que o Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.405 de 9 de janeiro de 2002), clássico instrumento de proteção dos interesses individuais, estabelece no art. 1.228, § 1º, de forma inaugural no ordenamento jurídico brasileiro, limitações relativas ao exercício da propriedade privada, tendo em vista a necessidade de proteção ao meio ambiente.

Derani (2008, p. 227) menciona que a positivação na Constituição do princípio da defesa do meio ambiente como princípio geral da atividade econômica “ilumina” o desenvolver da ordem econômica. Desse modo, impõe-se sua observância para a sustentabilidade empresarial. O intento do legislador constituinte objetiva a sanidade física e psíquica dos indivíduos através da proteção ambiental. Isso se dá através da inserção no rol de benefícios a ser alcançados pela prática econômica de outros elementos além daqueles proporcionados pelo consumo de bens de mercado.

O exercício das atividades econômicas em âmbito nacional passou a ter uma nova significação a partir do enunciado na Constituição da República de 1988, fazendo surgir a necessidade de ser analisadas pelos operadores do sistema econômico as interfaces

que sua atividade possui em relação aos aspectos do meio ambiente, no sentido de se prever metodologias e procedimentos que reduzam a pegada ambiental. Por outro lado, tanto o art. 170, VI, quanto o art. 225, ambos da Constituição de 1988, direcionam o legislador para a edição de leis infraconstitucionais que buscam o equilíbrio ambiental nas atividades antrópicas voltadas à geração de riqueza.

2.1 Conceito de logística reversa

De modo a propiciar a adequada gestão de resíduos sólidos em território nacional, foi editada a Lei n.º 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, sendo estabelecido no art. 3º o conceito de logística reversa, entendido como o instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

De forma a esclarecer o conceito de logística reversa, contido no art. 3º da Lei n.º 12.305/2010, fazem-se necessários alguns comentários pelo que, inicialmente, infere-se que se trata de um instrumento de desenvolvimento econômico e social. Isso porque, por meio da logística de resíduos sólidos, ocorre a circulação de riqueza e são gerados benefícios sociais, especialmente por meio do incremento das atividades na cadeia de reciclagem. Estas são executadas por empresas especializadas ou por associações de catadores de lixo, que auferem lucro e ofertam trabalho e profissionalização às pessoas de baixa renda.

Em relação às associações de catadores de lixo, é importante mencionar que a utilização da mão de obra desses trabalhadores na cadeia da reciclagem constitui um passo importante para sua inserção na sociedade, até mesmo como forma de contraposição à

precariedade legal que se caracteriza, conforme menciona Gomes (2015, p. 13), pela ausência ou pouca efetividade de leis e políticas nos âmbitos ambiental, trabalhista e previdenciário em relação a essa classe de trabalhadores.

Segundo Magalhães e Ribeiro (2017, p. 40-41), o reconhecimento dos valores sociais e econômicos agregados aos resíduos sólidos favorece a adoção de ações governamentais em direção a um modelo de desenvolvimento sustentável que possibilitem a redução da pobreza, a distribuição de renda e a inclusão social de trabalhadores que, por muito tempo, viveram de forma marginalizada em razão das atividades que exerciam nos lixões.

Uma segunda observação sobre o conceito legal de logística reversa demonstra que é caracterizada por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, sendo que, nesse ponto, a legislação trata da necessidade do estabelecimento de metodologias para o retorno dos bens pós-consumo ao fabricante. Há um reconhecimento legal da necessidade de criação de mecanismos para coleta ou entrega voluntária de resíduos. Um exemplo de aplicação desse dispositivo é o estabelecimento de procedimentos como a estruturação de um fluxo reverso para o retorno de embalagens ao fabricante ou a fixação de uma remuneração ou desconto em troca da entrega voluntária de resíduos sólidos, como ocorre amplamente na sociedade com as baterias automotivas.

Outro aspecto acerca do conceito legal de logística reversa é que os resíduos são coletados ou restituídos para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos. Significa dizer que podem ser desmontados e reaproveitados dentro da própria cadeia produtiva da geradora de resíduos ou na cadeia produtiva de outras empresas transformadoras de matérias-primas em bens de consumo. É nesse ponto do processo que se reforça a possibilidade

admitida pela legislação de manufatura reversa de resíduos sólidos, com seu desmanche ou desmontagem e posterior reintrodução de componentes como matéria-prima dentro do processo produtivo.

Uma última observação sobre o conceito em estudo aponta para outra destinação final ambientalmente adequada aos resíduos sólidos, o que remete ao entendimento de que os resíduos sólidos, não sendo reaproveitados como matéria-prima no processo produtivo, devem passar por um processo de destinação final ambientalmente regulado. Isso pode se dar por meio de incineração, envio a aterros sanitários ou, ainda, outros meios de destinação ambiental que não importem ou minimizem danos ao meio ambiente. Nesse ponto, o dispositivo acima referido reforça que a destinação final dos resíduos sólidos deve ser ambientalmente adequada, ou seja, por meio de procedimento que não resulte em poluição ou perda da qualidade ambiental.

A respeito da conceituação da logística reversa, Almeida (2011, p. 22) menciona que em 2002 a logística reversa surgiu como novo conceito, também chamada “logística inversa”, a qual possibilita ao empresário a reciclagem de produtos, reintegrando-os ao processo produtivo e, com isso, agregando valor ao que até então era considerado como lixo. Trata-se de uma evolução conceitual significativa, na qual o lixo passa a ser valorado economicamente e ser tratado, inclusive, a partir dessa percepção social, como resíduo, dotado de utilidade econômica, social e ambiental.

2.2 Logística reversa de pós-venda e pós-consumo e princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto

Existem dois tipos de procedimentos de logística reversa, denominados, respectivamente, de pós-venda e pós-consumo. Nesse sentido, leciona Guarnieri (2011, p. 65) que a logística reversa de pós-venda pode ser entendida como a área da logística reversa que

trata do planejamento, do controle e da destinação dos bens sem uso ou com pouco uso que retornam à cadeia de distribuição por diversos motivos: devoluções por problemas de garantia, avarias no transporte, excesso de estoques, prazo de validade expirado, dentre outros. Acrescenta que a logística reversa pós-consumo pode ser vista como a área da logística reversa que trata dos bens no final de sua vida útil e dos bens usados com possibilidade de reutilização.

Na logística reversa pós-consumo, a capacidade de aproveitamento dos componentes do insumo é menor, pois se pressupõe que houve o aproveitamento do bem até o final do ciclo de vida do produto. Com isso, após a utilização do bem até o esgotamento de sua utilidade ou capacidade de produzir bem-estar, torna-se desinteressante, sendo o descarte a consequência natural desse processo. Tendo em vista essa realidade, há um esforço do legislador infraconstitucional em regular de forma mais pontual a logística reversa pós-consumo, de modo a ser promovida a destinação ambientalmente adequada dos resíduos sólidos. Para tanto, é atribuída responsabilidade compartilhada aos agentes que atuam na cadeia do ciclo de vida do produto, desde o fabricante até o titular dos serviços de limpeza pública.

Por meio da Lei n.º 12.305/2010, positivou-se o princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. O art. 3º, XVII define o referido princípio como o conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, assim como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

Através desse princípio, infere-se que todos que participam diretamente da cadeia de produção e destinação do produto,

desde o fabricante até o titular dos serviços de limpeza pública, são responsáveis de forma compartilhada pelo ciclo de vida do produto. Dessa forma, cada agente possui uma atribuição específica até a destinação final do resíduo, com vistas à redução dos impactos ao meio ambiente e à saúde humana decorrentes do consumo de bens de mercado para a satisfação das necessidades humanas.

Granziera (2009, p. 230) menciona que, por meio do princípio da responsabilidade pelo ciclo de vida do produto, o gerador de resíduos é responsável por ele “do berço ao túmulo”, isto é, a responsabilidade do gerador de resíduos não se encerra mesmo havendo contrato que estabeleça em cláusula específica a transferência de responsabilidade para o transportador de resíduos, que executará essa atividade até o local de disposição final. Logo, trata-se de princípio que se consubstancia em uma obrigação solidária intransferível, prevista no art. 3º, XVII da Lei n.º 12.305/2010.

É fundamental a atuação coletiva dos diversos agentes responsáveis pelo ciclo de vida do produto na implementação da logística reversa, mediante os procedimentos de coleta, transporte, acondicionamento e destinação final dos resíduos. Sem a atuação coletiva dos agentes responsáveis diretamente pelo ciclo de vida do produto, dificilmente ocorrerá o adequado gerenciamento dos resíduos sólidos, como exige o disposto no art. 4º da Lei n.º 12.305/2010.

Acerca da importância da análise do ciclo de vida do produto para a gestão ambiental, Razzolini Filho e Berthé (2013, p. 80) mencionam que a ACV, do inglês *Life Cycle Assessment (LCA)*, tem o objetivo de minimizar os impactos ao meio ambiente gerados pelos produtos das organizações, sendo necessário que tudo seja considerado para que os impactos ambientais sejam mínimos ou, de preferência, nulos.

2.3 Responsabilidade específica pós-consumo, prevista no art. 33 da Lei n.º 12.305/2010

Outro instrumento importante para a efetivação da logística reversa é a responsabilidade pós-consumo de resíduos sólidos, estabelecida no art. 33 da Lei n.º 12.305/2010. No dispositivo em questão, são mencionados agentes específicos obrigados a estruturar e implementar sistemas para a logística reversa de produtos, assim definidos após o uso pelo consumidor, de forma independente dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos. Trata-se de dispositivo legal com aplicabilidade imediata o qual considera que todos os elementos de constituição da obrigação jurídica, como o sujeito, o objeto e o vínculo jurídico estão plenamente previstos na norma.

A aplicabilidade imediata da norma e a responsabilidade objetiva do fabricante na implementação de fluxo reverso de resíduos sólidos, inclusive, podem ser verificadas na jurisprudência, em análise à decisão proferida no julgamento da Apelação Cível n.º 118.652-1 do Tribunal de Justiça do Paraná, de relatoria do Des. Ivan Bortoleto, em que se condenou uma empresa engarrafadora de refrigerantes ao recolhimento de 50% das embalagens de seus produtos vendidos no mercado, além de utilizar 20% da verba anual destinada às campanhas publicitárias na veiculação de mensagens educativas ao consumidor, indicando os locais e as condições de recompra das embalagens plásticas de forma a estimular a coleta do resíduo.

As externalidades negativas decorrentes da relação de consumo no caso em comento seriam absorvidas pelo Poder Público, que por meio das secretarias de limpeza pública recolheriam as embalagens, já que, de outro modo, o lixo produzido seria suportado pela coletividade, tendo em vista que tais externalidades negativas iriam resultar em poluição de corpos d'água ou na destruição de elementos da flora, dentre outras possibilidades.

Segundo Cipriano (2017, p. 4), a partir da definição da responsabilidade pós-consumo, almeja-se uma melhoria no gerenciamento dos resíduos ao mesmo tempo em que se aspira a um aprimoramento do ecodesign dos produtos com vistas à residualidade futura deles, ou seja, na medida em que os produtores (em sentido amplo) assumem obrigações relacionadas à gestão dos produtos após o fim do ciclo de vida, para minimizar custos nesse processo, há expectativa de que se opere um redesenho do produto de modo a evitar a própria geração de resíduos ou facilitar seu gerenciamento pós-consumo.

Nesse sentido, é importante mencionar que mesmo o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90 de 11 de setembro de 1990) dispõe no art. 4º, III que a Política Nacional das Relações de Consumo deve “viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica”, fazendo-se referência aos princípios previstos no art. 170 da Constituição, dentro os quais a proteção do meio ambiente. Logo, conforme a mencionada legislação de proteção ao consumidor, infere-se que a relação de consumo deve ser exercida de modo a não ocasionar a degradação da biodiversidade.

Por meio do artigo 33 da Lei n.º 12.305/2010, foi conferido tratamento especial a determinados produtos, como agrotóxicos e seus resíduos e embalagens, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes e respectivos resíduos e embalagens, lâmpadas fluorescentes de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista, além de produtos eletrônicos e seus componentes. Essa distinção decorre do fato de que tais produtos são considerados perigosos, nos termos da norma NBR 10.004/2004 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Esses produtos, em virtude de suas propriedades físicas, químicas ou infectocontagiosas, podem apresentar risco à saúde pública ou ao meio ambiente.

A responsabilidade pós-consumo estabelecida de forma específica na legislação para os resíduos perigosos exige uma atuação

solidária no desencadeamento de ações que possam promover o retorno dos resíduos até o fabricante. Objetiva a destinação ambientalmente adequada de acordo com as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, que já vinham regulando o pós-consumo de alguns desses bens, como é o caso de óleo lubrificante, pilhas, baterias e pneus, cuja regulação deriva das Resoluções do CONAMA de n.º 362 de 23 de junho de 1993, n.º. 257 de 30 de junho de 1999 e n.º. 258 de 26 de agosto de 1999, respectivamente.

Mesmo diante da previsão legal acima mencionada e da obrigação dos fabricantes de inserir as externalidades negativas nos custos de sua atividade produtiva, o cumprimento integral da responsabilidade de estruturar fluxos reversos de resíduos é demasiadamente complexo em relação aos materiais descritos, diante da dispersão na localização dos consumidores no país. Cite-se, como exemplo, o consumo de lâmpadas fluorescentes que ocorre tanto no município de São Paulo, em que não há maiores dificuldades para a coleta dos resíduos pós-consumo em virtude da facilidade logística, quanto nas comunidades ribeirinhas da Amazônia, em que a logística é complexa e exige dias ou meses de navegação para o transporte dos resíduos até o centro urbano mais próximo.

Por outro lado, algumas alternativas já vêm sendo trabalhadas por iniciativa de empresas privadas e do Poder Público, através de acordos setoriais e da definição de pontos de entrega voluntária de resíduos. A definição de acordo setorial consta no art. 3º, I da Lei n.º 12.305/2010 e constitui o ato de natureza contratual firmado entre Poder Público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. Trata-se de espécie de instrumento de ajustamento de conduta, celebrado entre o Poder Público e o particular, cujo descumprimento enseja penalização

em virtude das obrigações definidas nos dispositivos da Lei n.º 12.305/2010.

Os acordos setoriais são instrumentos jurídicos que possibilitam uma atuação empresarial pautada na responsabilidade ambiental, conferindo maior segurança jurídica às empresas diante da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. A gestão de resíduos sólidos importa em custos adicionais à atividade empresarial, os quais podem ser devidamente dimensionados a partir desses instrumentos que promovem o desenvolvimento sustentável. Por fim, é importante destacar que os acordos setoriais, determinantes para a consolidação dos avanços práticos propostos no conceito de logística reversa, podem ser firmados em âmbito nacional, regional, estadual ou municipal.

3 IMPORTÂNCIA DA LOGÍSTICA REVERSA PARA A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

A implementação da logística reversa, prevista no art. 3º, XII da Lei n.º 12.305/2015, como um dos instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, é essencial para a redução das externalidades negativas nas atividades econômicas no país. Não se pode admitir o exercício de atividades geradoras de riquezas em que os lucros sejam individuais e os prejuízos ao meio ambiente sejam coletivizados. Assim, o Estado possui um papel fundamental como regulador das liberdades individuais e do mercado, além de entidade indutora do desenvolvimento econômico estabelecido constitucionalmente.

Por outro lado, diante da pressão crescente do Estado por meio da edição de instrumentos normativos e da fiscalização para a proteção do meio ambiente e da sociedade, especialmente através do movimento denominado ambientalismo, a busca da sustentabilidade empresarial com a incorporação da dimensão ambiental nas atividades econômicas passou a ser tratada como estratégica,

em detrimento da visão tradicional fundamentada somente no crescimento econômico mediante a geração de capital.

Segundo Gomes e Mesquita (2016, p. 17), os riscos ambientais criados e suportados pela sociedade chegam ao extremo sob a égide de um direito que garante primordialmente a liberdade e a propriedade, mas que não efetiva uma igualdade de condições e a justa distribuição de condições, sendo necessário criar novos instrumentos capazes de lidar com a gestão sustentável. É nesse contexto que surge a logística reversa, prevista no art. 3º, XII da Lei n.º 12.305/2010, como instrumento voltado para a concretização da responsabilidade ambiental empresarial.

Ainda opera na sociedade uma resistência para a implementação da logística e manufatura reversa por parte da classe empresarial tradicional, que não vislumbra que esse mecanismo é fundamental para a sustentabilidade. Nesse sentido, mencionam Daugherty, Autry e Ellinger (2001, p. 109) que:

A preocupação tradicional das empresas com a logística de saída e com os desejos de “esconder” erros de inventário são sugeridas como razões potenciais para a relutância em comprometer recursos para inverter a logística. Outra explicação pode ser que a falta de consciência da magnitude dos benefícios potenciais serve para limitar a alocação de recursos para a logística reversa³. (Tradução livre)

Por outro lado, também ocorre um processo de “esverdeamento” das ações no setor privado, segundo Oliveira e Feitosa (2015, p. 20), por intermédio de um processo de mudança de política interna das empresas no qual a exploração de recursos, a direção nos investimentos e a orientação de desenvolvimento tecnológico maximizam o valor agregado e minimizam o

3 No original: “Firms’ traditional preoccupation with outbound logistics and desires to “hide” inventory mistakes are suggested as potential reasons for reluctance to commit resources to reverse logistics. Another explanation may be that a lack of awareness of the magnitude of potential benefits serves to limit allocation of resources to reverse logistics”.

consumo de recursos naturais, o desperdício e a poluição. A sustentabilidade empresarial, que surgiu inicialmente com o conceito de ecodesenvolvimento, de Ignacy Sachs, e depois com a ideia de desenvolvimento sustentável, amplamente difundida nos tratados e convenções internacionais, foi incorporada também pela Constituição brasileira, entendida como aquela que permite o crescimento econômico, com responsabilidade social e ambiental, propondo-se a interação entre esses elementos de maneira a garantir o direito intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, denominado por parte da doutrina de princípio do desenvolvimento sustentável, está previsto no art. 225 da Constituição da República de 1988, em relação direta com a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, com a necessidade de manutenção de um mínimo existencial ecológico necessário à sobrevivência humana. Milaré (2007, p. 763) comenta que o mencionado princípio é um dos mais importantes recepcionados pela Constituição brasileira, sendo orientador e norteador de toda a legislação subjacente e ostentando o status de verdadeira cláusula pétrea.

Conforme Rezende e Silva (2016, p. 206-207), o direito ambiental nesse contexto constitucional desempenha função de direito e dever, preocupando-se com a realidade do outro e suas individualidades, e o situa em um espaço relacional, complexo e social que se volta para o presente com vistas a um futuro melhor e possível, atuando sobre todas as formas de vida, sejam elas humanas ou não, destacando-se que a manutenção da vida só acontece por meio de um desenvolvimento econômico sustentável.

No sentido de conferir efetividade ao princípio do desenvolvimento sustentável, torna-se relevante o princípio do poluidor pagador, previsto no art. 4º, VI da relevante Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA (Lei n.º 6.938/81), assim como

no art. 225, § 3º da Constituição da República de 1988, que impõe ao poluidor e ao usuário de recursos ambientais, a necessidade de recuperação ou indenização pelos impactos ambientais decorrentes das atividades econômicas que vier a exercer.

O princípio do poluidor pagador, nas lições de Irigaray (2004, p. 62), impõe ao poluidor os custos das medidas de prevenção, controle e remediação da poluição como forma de induzir que tais custos estejam refletidos nos custos dos bens e serviços que causam a poluição, evitando-se que determinada empresa detenha subsídios que provocam distorções no mercado.

Trata-se de responsabilização pelas externalidades, conceituadas por Brito (2016, p. 7-8) como o resultado da produção não contabilizado pelas partes da transação, mas sim por um terceiro agente, em regra uma coletividade, podendo ser negativa, quando o impacto sobre o terceiro for adverso ou positivo quando lhe for benéfico, sendo objetivo do princípio do poluidor pagador a internalização da externalidade negativa causada à sociedade pela atividade particular poluente.

A logística reversa possui uma relação direta com o princípio do poluidor pagador, visto que é um instrumento cujo objetivo é evitar a ocorrência de impacto ambiental decorrente do pós-consumo de determinado produto, definida pela lei como uma obrigação legal aos agentes que atuam na relação de consumo, do fabricante ao titular dos serviços de limpeza pública, visando à destinação ambientalmente adequada de resíduos sólidos.

Por outro lado, a responsabilidade civil, administrativa e penal por danos ao meio ambiente, definida no art. 225, § 3º da Constituição da República de 1988 e em legislação correlata, representa riscos ao exercício irregular das atividades econômicas no país, exigindo-se a adoção de medidas que proporcionem o desenvolvimento sustentável. Esse conceito é entendido por Sachs (2007, p. 22)

como o desenvolvimento socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado, resultando em um “tripé formado por três dimensões básicas da sociedade”.

A geração de resíduos configura um efeito decorrente de toda atividade econômica, logo a implementação da logística reversa passa a ser um imperativo necessário à responsabilidade ambiental empresarial, sem a qual o empreendedor estará sujeito às penalidades previstas em lei, bem como à reparação dos danos ambientais causados, a qual nem sempre é viável.

Nesse sentido, é importante mencionar que a implementação da logística reversa mostra-se como medida de caráter preventivo à ocorrência de danos ambientais, sendo menos custosa financeiramente ao empreendedor, em comparação à reparação por danos ao meio ambiente, e possibilita, como dito anteriormente, a incorporação da dimensão ambiental no exercício das atividades econômicas no país, em cumprimento ao disposto no art. 170, VI da Constituição da República de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela compatibilização do crescimento econômico com a necessidade de manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da promoção da justiça social foi incorporada pela Constituição da República de 1988 por meio do art. 225 e do art. 170, VI, criada pelo legislador como uma obrigação aplicável a todas as atividades econômicas no Brasil, relacionada com a promoção do desenvolvimento sustentável.

Invariavelmente, o exercício de atividade econômica resulta na geração de resíduos, motivo pelo qual a criação da Lei n.º 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, mostra-se como um marco para que sejam adotadas as medidas necessárias à minimização do problema do lixo no país e para a

efetivação da responsabilidade ambiental empresarial prevista constitucionalmente. Dessa maneira, a logística reversa, instrumento previsto no art. 3º, XII da mencionada lei infraconstitucional, apresenta-se como instrumento essencial visando ☒ redução da demanda para os lixões e o reaproveitamento de matérias-primas para a produção de novos bens de consumo.

Assim, faz-se necessário o engajamento da sociedade civil e das instituições públicas e privadas à implementação de procedimentos de logística reversa como meio de promover a responsabilidade ambiental empresarial, haja vista a mitigação de impactos antrópicos ao meio ambiente, assim como para minimizar riscos ao exercício de atividades econômicas em território nacional, diante das obrigações definidas na Lei n.º 12.305/2010, e os princípios do poluidor pagador e da responsabilidade civil, administrativa e penal por danos ao meio ambiente, previstos no art. 225, § 3º da Constituição da República e em legislação correlata.

Do mesmo modo, foi instituído no art. 3º, XVII da Lei n.º 12.305/2010 o princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, definido como o conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas de fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

Assim, o legislador não excluiu a responsabilidade de qualquer dos agentes que participam da cadeia do ciclo de vida do produto, ao definir que há o dever compartilhado de todos na implementação de procedimentos que levem à destinação ambientalmente adequada de resíduos sólidos. Nesse sentido, a estruturação de procedimentos de logística reversa de resíduos

sólidos vem sendo cada vez mais exigida pelo Poder Judiciário, conforme se verifica no julgamento da Apelação Cível n.º 118.652-1 do Tribunal de Justiça do Paraná, de relatoria do Desembargador Ivan Bortoleto.

Diante do cenário de escassez de recursos naturais e da contaminação do meio ambiente provocada pela destinação inadequada de resíduos sólidos no Brasil, inclusive oriundos de atividades empresariais, a implementação da logística reversa mostra-se fundamental às empresas no país, considerando que se faz necessária a estruturação de procedimentos e processos que promovam uma nova cultura organizacional pautada na responsabilidade ambiental como questão de sobrevivência empresarial e, sobretudo, da própria espécie humana.

Desafios como o acima descrito devem resultar na promoção de políticas públicas que incentivem economicamente a estruturação de fluxos reversos de resíduos, além de promover a informação e a educação ambientais, direcionadas à conscientização do consumidor acerca de sua responsabilidade na cadeia do ciclo de vida do produto, possibilitando uma participação mais efetiva da sociedade, necessária ao cumprimento dos dispositivos previstos na Lei n.º 12.305/2010.

Portanto, a implementação da logística reversa está diretamente relacionada com a sustentabilidade ambiental empresarial, representando a redução de custos a médio e longo prazo, uma vez que há uma tendência na jurisprudência de responsabilização daqueles que atuam na cadeia do ciclo de vida do produto pela destinação ambientalmente inadequada dos resíduos gerados no pós-consumo.

Por fim, conclui-se que se faz necessário que os agentes que atuam na exploração de atividades econômicas incorporem a dimensão ambiental estratégica em seu planejamento organizacional,

por meio da adoção de procedimentos de logística reversa. O resultado dessa tomada de posição implica a possibilidade de manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a assunção da responsabilidade ambiental empresarial prevista no art. 170, VI da Constituição da República de 1988.

Data de Submissão: 11/05/2017

Data de Aprovação: 07/06/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocêncio

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. Logística reversa: opção de empresa sustentável. In: MESSA, Ana Flávia; THEOPHILO NETO, Nuncio; THEOPHILO JUNIOR, Roque (Coords.). **Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital. Estudos em homenagem a Benedito Guimarães Aguiar Neto**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10.004: resíduos sólidos – classificação**. Rio de Janeiro, 2004.

BRASIL. CONAMA. Resolução nº 362, de 23 de junho de 2005. Estabelece novas diretrizes para o recolhimento e destinação do óleo lubrificante usado ou contaminado. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de Agosto, 2005.

BRASIL. CONAMA. Resolução nº 257, de 30 de junho de 1999. Disciplina o descarte e o gerenciamento ambientalmente adequado de pilhas e baterias usadas, no que tange à coleta, reutilização, reciclagem, tratamento ou disposição final. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 de julho, 1999.

BRASIL. CONAMA. Resolução nº 258, de 26 de agosto de 1999. Determina que as empresas fabricantes e as importadoras de pneumáticos ficam obrigadas a coletar e dar destinação final ambientalmente adequada aos pneus inservíveis. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 de dezembro, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 6.938/81 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 de setembro, 1981.

BRASIL. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 de setembro, 1990.

BRASIL. Lei n.º 10.405 de 09 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de janeiro, 2001.

BRASIL. Lei n.º 12.305, de 12 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 de agosto, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 699.287/AC. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Publicado no DJe de 23-10-2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5926197/recurso-especial-resp-699287-ac-2004-0135713-1-stj>>. Acesso em: 21 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 118.652-1. Rel. Des. Ivan Campos Bortoleto. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6431042/apelacao-civel-ac-1186521-pr-0118652-1?ref=topic_feed>. Acesso em: 7 nov. 2016.

BRITO, Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de. Royalties minerários e os princípios ambientais do poluidor-pagador e do usuário-pagador. **Revista de Direito Ambiental**, Revista dos Tribunais Online, v. 84. out./dez. 2016, p. 501-521.

BRUNDTLAND, Gro Harlem (Org.) **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: FGV, 1987.

CEARÁ (Estado). Lei n.º 15.299, de 08 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. In: **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 15 de janeiro, 2013.

CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. O conceito de fabricante no direito brasileiro dos resíduos. **Revista de Direito Ambiental**, v. 86. abr./jun. 2017. p. 239-258, Revista dos Tribunais Online.

DAUGHERTY, Patricia J.; AUTRY, Chad W.; ELLINGER, Alexander E. **Journal of Business Logistics**, 2001, v. 22, Issue 1, p. 107-123. 17p. Base de dados: Business Source Elite.

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

FREIRES, Francisco Galdêncio Mendonça; PINHEIRO, Francisco Alves. Os resíduos sólidos e a logística reversa. In: ADISSI, Paulo José; PINHEIRO, Francisco Alves; CARDOSO, Rosangela da Silva (Org.). **Gestão ambiental de unidades produtivas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. Regulação de formas inaceitáveis de trabalho: o caso da proteção legal dos catadores de lixo no Brasil. **Colóquio de Direito Luso-Brasileiro: Inclusão econômica e sustentabilidade**. Lisboa: [s.n.], 2015.

GOMES, Magno Frederici; MESQUITA; Leonardo Paiva de. Sociedade de risco, sustentabilidade para gestão e princípio da precaução. **Revista do Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul**, v. 3, n. 50, (set/dez. 2016). p. 16-33. Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2016.

GONÇALVES, Baenjamim S. et al. **Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades**. v. 5. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2006.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

GUARNIERI, Patricia. **Logística reversa: em busca do equilíbrio econômico e ambiental**. Recife: Clube de Autores, 2011.

IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. Controle de poluição. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (Org.). **O direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Peirópolis; Brasília, DF: IEB - Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello (Orgs.). **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Comentários à transação celebrada na Ação Civil Pública n.º 023.07.141098-0, da Unidade da Fazenda Pública de Florianópolis, SC. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Julgamentos históricos do direito ambiental**. Campinas, SP: Millennium, 2010.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; RIBEIRO, Karine Aline dos Santos. Política estadual de gestão de resíduos: uma análise do programa “Minas sem lixões”. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 7, n. 1 (jan./jun. 2017). p. 34-61. Caxias do Sul, RS: Educs, 2017.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOURA, Benjamim do Carmo. **Logística: conceitos e tendências**. Lisboa: Centro Atlântico, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de; FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Regulação ambiental e responsabilidade socioambiental no setor empresarial privado. **Prima Facie: Direito, História e Política** [Recurso eletrônico] / Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa: PPGCJ, v. 14, n. 26, jan./jun. 2015. p. 1-28. Online.

RAZZOLINI FILHO, Edelvino. **Logística: evolução na administração - desempenho e flexibilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

RAZZOLINI FILHO, Edelvino; BERTÉ, Rodrigo. **O reverso da logística e as questões ambientais no Brasil**. Curitiba: InterSaberes, 2013.

REZENDE, Élcio Nacur; SILVA, Larissa Gabrielle Braga e. Responsabilidade civil ambiental na Bolívia. **Revista do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Brasília**, v. 10, n. 2, (jul./dez. 2016). p. 196-220. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2016.

SACHS, Ignacy. Primeiras intervenções. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANNA, João Nildo (Orgs.). **Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Thaís Alves da; SOUZA, Leonardo da Rocha de. O conflito entre interesses econômicos e proteção ambiental na atividade de dragagem portuária. **Prima Facie: Direito, História e**

Política [Recurso eletrônico] / Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa: PPGCJ, v. 15, n. 30, set./dez. 2016. p. 1-23. Online.

SIMPSON, Dayna. **International Journal of Production Research**. Jan, 2010, v. 48, Issue 1, p. 227-249. 23p, 2 Charts. DOI: 10.1080/00207540802415584, Base de dados: GreenFILE.

VAHABZADEH, Ali Haji; YUSUFF, Rosnah Binti Mohd. **Industrial engineer: IE**, Dec. 2012, v. 44, Issue 12, p. 35-39, 5p, Base de dados: Applied Science & Technology (H. W. Wilson).

VICENTE, Laura Lícia de Mendonça. Ética ambiental: alicerce para concretização do bem comum. **Revista de Direito Privado**. Revista dos Tribunais Online, v. 47, jul./set. 2011, p. 357-375.

Reverse logistics as an essential instrument to the effectiveness of corporate environmental responsibility

Thiago Flores dos Santos

Ana Carla Pinheiro Freitas

Abstract: One of the main challenges of mankind in the 21st century is the compatibility between economic development and environmental protection, considering the difficulties for the internalisation of environmental costs in order to minimize the negative externalities resulting from the exercise of the economic activity. Thus, it's the purpose of the present research to analyse the connection between Reverse Logistics, which is one of the instruments of the National Policy on Solid Waste, and corporate environmental responsibility, included in article 170, VI of the 1988 Constitution, as the correct treatment of solid waste promotes the incorporation of the environmental dimension in the exercise of business activities. Through a bibliographical research and using the analytical and descriptive methods, the present research is an approach to Reverse Logistics as an instrument for incorporating the environmental dimension in economic activities in Brazil. As a result, the need to structure reverse flows of solid waste is emphasised, aiming the improvement in the quality of life in the Brazilian cities, as well as to ensure the corporate environmental responsibility in the country.

Key words: Sustainability. Solid waste. Externalities.

O Limite do *Ius Utendi* Frente à Propriedade do Animal e a Responsabilidade Civil pelos Maus Tratos

ANA MARIA ALVES RODRIGUES VARELA

Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara

Email: anarodriguesvarela@gmail.com

ELCIO NACUR REZENDE

Título: Doutor e Mestre em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara

Email: elcionrezende@yahoo.com.br

Resumo: Este artigo tem por escopo analisar os limites legais para a utilização dos animais não humanos, impostos ao seu respectivo proprietário, ainda que no estágio atual sejam considerados pelo direito pátrio como coisas. Pretende-se, ainda evidenciar a tramitação do Projeto de Lei 351/ 2015 e Projeto 631/ 2015, ambos seguindo o paradigma contemporâneo adotado por outros países, que deixaram de considerar os animais não humanos como meras coisas. Por fim, tratará o artigo da responsabilidade civil, mormente àquela advinda dos maus tratos. Para tanto, fora utilizado o método jurídico-teórico por meio do raciocínio dedutivo na análise de doutrinas, jurisprudências, políticas públicas criadas pelo poder público e pela sociedade civil, além de artigos científicos.

Palavras-chave: Animais não humanos; Coisa; Propriedade; Maus tratos.



O Limite do *Ius Utendi* Frente à Propriedade do Animal e a Responsabilidade Civil pelos Maus Tratos

ANA MARIA ALVES RODRIGUES VARELA

ELCIO NACUR REZENDE

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Alguns temas recorrentemente são levados à acirradas discussões jurídico-filosóficas. Atualmente, muito se tem debatido acerca das várias temáticas que antagonicamente unem e confrontam o Direito Constitucional, o Direito Civil e o Direito dos Animais.

À guisa de diversas opiniões, os animais não humanos são tratados pela maioria esmagadora dos ordenamentos jurídicos mundo afora, como coisas e, na condição de coisas estão sujeitos à propriedade e conseguinte utilização, fruição e disposição por parte dos animais humanos.

O tratamento dos animais não humanos como coisa erige dos primórdios da civilização ocidental, na qual o antropocentrismo exerce grande influência, desde os tempos mais remotos. Lastreado no Direito Romano, os animais não humanos, no Brasil, são reconhecidos como coisas ou objetos de direito razão pela qual são passíveis de apropriação, aproveitamento e valoração econômica.

No entanto, contemporaneamente existem certas limitações legais visando impedir a utilização abusiva e cruel dos animais não humanos, conforme prevê a Constituição Federal e a Lei dos Crimes Ambientais, sendo certa a possibilidade de responsabilização na esfera civil, penal e administrativa, além de argumentos éticos-morais, encampados por parte da sociedade.

Por ser objeto, desprovido de valor intrínseco, aplicável aos animais não humanos o Artigo 1228 do Código Civil, podendo seu

proprietário usar, gozar e dele (coisa) dispor, observada a tutela legal, mormente no que tange os maus tratos.

De outro giro, contados mais de dois milênios, a concepção em relação aos animais, perpassa por novos caminhos, ainda que por fundamentos distintos, seja em função da proteção ao patrimônio do proprietário do animal ou graças à proteção à fauna, estabelecida constitucionalmente.

Hodiernamente, alguns ordenamentos jurídicos tutelam o bem estar animal, havendo casos como na Suíça, Alemanha e Áustria em que os animais não humanos alçaram o patamar de não mais serem considerados coisas. Na França, o Código Civil, recentemente atualizado, avança no sentido de não considerar o animal não humano como coisa e de modo afirmativo passa a considerá-lo como um ser senciente.

No Brasil, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 351/2015 visando alterar dispositivos do Código Civil, passando a tratar os animais não humanos de forma diferenciada, abolindo a noção de coisa e o Projeto de Lei 631/2015, cujo escopo é a criação de um Estatuto dos Animais, além da alteração do artigo 32, da Lei dos Crimes Ambientais.

Nesse passo, o presente artigo seguirá uma linha de exposição em sete capítulos. No primeiro serão abordadas considerações gerais acerca do tema. No segundo capítulo contará com uma breve abordagem filosófica a respeito de quem seriam os animais humanos e os animais não humanos. O terceiro capítulo trará a análise quanto às limitações do *jus utendi* frente o direito de propriedade e os animais não humanos. No quarto capítulo será abordado o animal não humano considerado enquanto coisa, à luz do Código Civil vigente. O quinto capítulo cuidará da possibilidade de um novo *status jurídico* dos animais não humanos, enquanto o sexto capítulo traz apontamentos a respeito da responsabilidade civil pelos maus

tratos e outras situações que envolvam os animais não humanos e seus proprietários.

Após o desenrolar dos capítulos, serão apresentados, no sexto e último tópico, as considerações finais que se alcançaram com o desenvolver do tema.

Para o desenvolvimento desse artigo será adotado o método teórico-jurídico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

2 QUEM É ANIMAL HUMANO? QUEM É ANIMAL NÃO HUMANO?

Antes de adentrar ao tema a que esse trabalho se propõe especificamente, necessário se faz abordar alguns questionamentos de ordem filosófica remontando o Direito Romano, o Cristianismo, até se chegar aos dias atuais.

Num primeiro giro, cumpre salientar que o antropocentrismo exerce grande influência e impera no mundo Ocidental, desde os tempos mais remotos. Daí entabula-se o posicionamento tradicional, segundo a visão utilitarista, a qual reconhece que os animais não humanos são de suma importância para o desenvolvimento do homem, pois graças aos primeiros, tornou-se possível promover a acessibilidade à fonte de carnes, leite e ovos; ao transporte terrestre, a tração do arado e aos veículos militares de assalto; ao couro e lã, dentre outros importantes usos.

Em breve síntese, ao se propor um mergulho no início da civilização greco-romana resta patente que o homem é um ser dotado de racionalidade e virtudes, e, portanto, digno de conhecer a felicidade e ser protegido pelo Direito Natural, enquanto os demais seres são incapazes de diferenciar o bem e o mal. Ao homem também era exclusivo possuir uma alma racional relegando aos demais seres vivos o mundo sensorial.

O homem era o único animal político, de modo a ter pra si direitos e deveres a serem exercidos na *polis*. Por fim, a razão de existência dos animais não humanos era de servir ao homem, sendo este último possuidor da centelha-divina, ocupando o ápice da cadeia evolutiva das espécies.

Não faz muito tempo, as mulheres, escravos e animais não humanos eram alvo de toda sorte de abusos e maus tratos.

A era moderna, diz Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1990, p. 87), “instrumentalizou o sentido das coisas, orientando-se uma relação funcional meio/ fim, e ao colocar o homem no centro do mundo acabou por desvalorar tudo o que não serve aos seus interesses.”

Feitas essas considerações, indaga-se, ainda que perfunctoriamente, num segundo momento a respeito de quem seriam os animais humanos e lado outro, se é que pode existir outro lado, quem seriam os animais não humanos.

De acordo com Maria Cristina Brugnara Veloso:

O moderno conceito de humano e de direitos humanos são produtos de longa evolução semântica, que levou a noção de direito e de poder a encontrar-se com uma moderna significação de humanidade. Remonta-se a uma história de exclusão de tudo o que não se identifica com o conceito vigente de humanidade. Falamos da história, da dialética, da exclusão e da inclusão, transvestida da diferença entre gregos e bárbaros, fiéis e hereges, senhores e escravos, nobres e servos, soberanos e súditos, brancos e negros, judeus e arianos, mulheres e homens, ricos e pobres, etc. Na verdade todos os que ficam à margem do conceito de humanidade pertenceriam em algum tempo histórico ao universo da animália, da bestialidade, da selvageria. (VELOSO, 2013, p. 2- 3).

Nesse apontamento intróito Steven M. Wise (informação verbal)¹, afirma que tanto seres humanos como os animais não humanos possuem autonomia, eis que dotados de interesses, sendo que podem intencionalmente buscar a sua satisfação e são dotados

1 Informação fornecida por Steven M. Wise, no I Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal, na Universidade Federal de Salvador, outubro de 2008.

de um senso de autossuficiência que permite entender que é ele que quer alguma coisa e está tentando alcançar tal coisa.

Várias seriam as respostas tomando por base os vários movimentos filosóficos de que se tem notícia.

3 O *IUS UTENDI* MEDIADO PELA EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE E OS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Trata-se de tarefa árdua e quase impossível estabelecer um marco conceitual hermético do direito de propriedade, e, muito menos, do direito de usar, bem como do de gozar e dispor a que faz jus o proprietário de determinada coisa. Certo é que a ideia de propriedade evoluiu ao longo dos tempos.

De acordo com Gonçalves e Rezende:

Ao longo do tempo, o conceito de propriedade sofreu várias alterações, numa tentativa de acompanhar as evoluções sociais. Dessa forma, no transcurso da história a propriedade exerceu várias funções, evoluindo da propriedade absoluta e individualista até a propriedade limitada pela função socioambiental dos dias atuais. (GONÇALVES; RESENDE, 2014, p. 134).

Aliás, o ordenamento jurídico pátrio não oferece um conceito de propriedade, restando claro que existe a garantia constitucional da propriedade, bem como a exigência do cumprimento de sua função social, conforme estampado respectivamente nos Artigos 5º, XXII; 170, II e III, além do 186, dentre outros.

Também nesse passo, elucidada está à opção do legislador a enunciar apenas os poderes do proprietário, feita por meio do Artigo 1228, do Código Civil vigente, consignado que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha” (BRASIL, 2016).

Coube, então, à doutrina traçar as bases conceituais do instituto. Todavia, nos dizeres de Farias e Rosenvald:

o conceito de propriedade é muito evasivo. Se, de uma banda, parece de fácil compreensão, permitindo ao mais simples dos seres compreendê-la. Lado outro, se apresenta um conceito jurídico de alta complexidade, em razão de seu conteúdo intrincado, a partir do Código Civil. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 256).

Etimologicamente, propriedade tem suas raízes atreladas no adjetivo latino *proprietas*, derivado de *proprius*, vinculando uma coisa determinada a uma pessoa determinada. Nos dizeres de Purvin (2010, p. 46) *proprius* tem o condão de remeter à oposição entre o sujeito de uma dada relação jurídica e a universalidade de sujeitos que hipoteticamente poderiam vir a participar da mesma relação, mas que dela acabam privados, em virtude do que é estabelecido pela ciência jurídica.

Cretella Júnior (1998, p.108) define a propriedade como um direito enquanto a posse (*possessio*) como um fato, sendo certo que nasce para o proprietário uma faculdade sobre a coisa ao passo que o possuidor se amolda materialmente à coisa. Ainda segundo o Cretella Júnior (1998, p. 108), ao descortinar a origem romana de tal instituto, assim se pronuncia, “o direito de propriedade confere ao seu titular um poder absoluto e pleno sobre a coisa, tutelado pela *vindicatio* (afirmação de uma força-*vis* e de um direito-*jus*)”.

A essa altura, é possível verificar que a dificuldade em se estabelecer a exatidão conceitual da propriedade é ancorada em fatos histórico-culturais. Bem verdade que a própria organização política e estrutura econômica e social dos Estados, se confundem com a propriedade, até alcançar sua concepção contemporânea, baseada na função social e na ética ambiental.

Nas organizações sociais primitivas a propriedade individual era vislumbrada tão somente para as coisas móveis, representadas, por exemplo, pelos objetos pessoais. Lado outro, a cultura do solo e a criação de animais eram efetivadas de modo coletivo, inexistindo a relação de senhoria ou utilização pessoal individual para com as coisas.

Informa Coulanges (1998, p. 86) que a utilização contínua da mesma terra pela mesma tribo e pela mesma família passa a ligar o homem ao solo habitado, nascendo, à vista disso, a propriedade imóvel coletiva e, posteriormente a propriedade individual.

Na sociedade romana, berço do direito civil ocidental, havia duas categorias essenciais de direitos protegidos: o direito das pessoas e o direito das coisas, sendo este último materializado na propriedade.

No Direito Romano para se ter a completa capacidade jurídica de gozo, significando ter a idoneidade para ser sujeito de direitos e obrigações, era necessário que a pessoa fosse: livre, cidadão romano e independente do pátrio poder. [...] Ademais, os animais eram, como ainda são, classificados como coisas. Tudo aquilo que pode ser objeto de um direito subjetivo patrimonial pertence ao conceito jurídico de coisa. Ou seja, tudo aquilo que fosse passível de ser apropriado por uma pessoa, possuindo valor econômico, era juridicamente uma coisa. (SILVEIRA, 2016, p.26- 27).

A propriedade tem sentido personalíssimo e era compreendida como um direito absoluto, perpétuo e exclusivo, possibilitando ao proprietário utilizar a coisa como bem aprouver, sem nenhum tipo de restrição ou limite.

Fica patente que o traço absoluto da propriedade romana é evidenciado pelos direitos de usar, *jus utendi*; de fruir, *jus fruendi* e de abusar da coisa, *jus abutendi*, projetados na Lei das XII Tábuas.

Nesse sentido, explica Cretella Júnior (1998, p. 170-171):

Jus utendi é o direito de usar a coisa, como, por exemplo, o direito do proprietário de construir sobre o seu terreno, o de montar um animal de sua propriedade, o de utilizar-se de trabalhos escravos. *Jus fruendi* é o direito de usar, não propriamente a coisa, mas o direito de aproveitar os frutos e os produtos da coisa. [...] Assim, tudo aquilo que a coisa produz, de tempos em tempos, sendo possível às vezes até uma previsão de resultado [...]. *Jus abutendi* é o direito que o proprietário tem de abusar da coisa, dispondo dela, inclusive destruindo-a [...].

O influxo das ideias cristãs acabou por modificar rígidas concepções romanas acerca do direito de propriedade, de modo que passa atrelar direitos e deveres morais, admitindo a reprimenda de abusos, reconhecendo, inclusive certos direitos afetos ao que hodiernamente se entende por direito de vizinhança.

No medievo, o direito de propriedade assume uma nova roupagem, perdendo seu caráter unitário e exclusivista. A propriedade, sobretudo a imóvel, torna-se sinônimo de poder, primeiramente na relação entre senhores e vassalos e depois, ligados às questões de soberania nacional.

Para o Direito Canônico, elucida Câmara (1981, p. 79), ao estudar Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, o homem é legitimado a perquirir a aquisição de bens, posto ser a propriedade privada inerente à própria natureza do homem, desde que dela faça bom uso.

No Século XVIII, a ideia romana foi recepcionada pelo Código de Napoleão, consagrando a concepção extremamente individualista, havendo como limite apenas o que fosse pela lei vedado.

A partir do Século XX, exige-se do direito de propriedade o cumprimento de sua função sócio ambiental, preservando interesses com repercussão coletiva, de modo não mais dispensar à propriedade, seja de um bem móvel ou imóvel, o tratamento soberano e inatingível.

Retomando o conceito doutrinário, dentre as tentativas em oferecer um conceito do referido direito, optou-se por destacar o que fora tradicionalmente estabelecido por Caio Mário da Silva Pereira, para quem “a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa e reivindicá-la de quem injustamente a detenha” (1970, p.78) e o entabulado por Cristiane Derani, a qual partindo dos trabalhos Hegelianos, compreende a propriedade traduzida em uma “relação sobre a qual recai uma proteção jurídica. Não é propriedade um

direito. Direito é a sua proteção. Assim, direito de propriedade é o direito à proteção da relação de um sujeito sobre um objeto” (2002, p. 58).

Guilherme José Purvin também ao analisar Hegel, assim conclui “para ele todas as coisas são passíveis de apropriação pelo homem, já que a vontade pode situar-se sobre o que o homem bem entender” (2010, p. 47).

As ditas coisas passíveis de apropriação pela vontade humana são enumeradas, de acordo com David Favre, em três categorias básicas: a propriedade real, a propriedade pessoal e a propriedade intelectual.

Estas categorias estão todas sob a tutela do direito de propriedade em que os proprietários recebem benefícios da propriedade de bens, em legitimidade aos direitos contratuais ou reivindicações sobre responsabilidade civil. A propriedade real é fixada em local visível aos olhos de todos e irá durar indefinidamente, a menos que seja beira-mar. [...] A propriedade pessoal é física, móvel, com uma limitada existência física. [...] A propriedade intelectual é um produto da mente humana. (FAVRE, 2011, p. 106).

Favre aponta para a criação de uma nova categoria de propriedade, qual seja, a propriedade viva, esta baseada na ideia de que os animais não humanos, bem como os humanos “ tem interesses individuais dignos da nossa consideração, tanto dentro da sua moral e ética, quanto do mundo do direito” (FAVRE, 2011, p. 126).

Os princípios básicos do direito de propriedade serão modificados em três categorias básicas, a fim de proporcionar proteção jurídica para os interesses da propriedade viva. Primeiro, os direitos dos proprietários terão que ser limitados até certo ponto para acomodar alguns dos interesses que a sua propriedade afirma contra eles. Uma área de impacto, em particular, será a capacidade dos proprietários para perceber o valor econômico dos animais. [...] Em segundo lugar, os seres humanos que não são donos dos animais terão novos deveres com a propriedade viva que eles não têm com a propriedade não viva. [...] Finalmente, a propriedade viva vai obter determinados direitos próprios. [...] O

que pode esperar é que o peso dado aos interesses dos animais tenha e continue a aumentar. (FAVRE, 2011, p. 132).

Como herdado do Direito Romano, no Brasil, os animais não humanos são reconhecidos como coisas ou objetos de direito, sendo, portanto, passíveis de apropriação, aproveitamento e valoração econômica.

Logo, em sendo um objeto, desprovido de valor intrínseco, aplicável aos animais não humanos o Artigo 1228 do Código Civil, podendo seu proprietário usar, gozar e dele (coisa) dispor, observada a tutela legal, mormente no que tange à crueldade e aos maus tratos.

Para tanto, pode-se dizer que as limitações ao *jus utendi* estão ligadas às disposições previstas no artigo 225, § 1º, VII e no artigo 32, da Lei dos Crimes Ambientais, o qual tipifica o crime de maus tratos.

4 ANIMAIS NÃO HUMANOS ENQUANTO COISAS

Tradicionalmente, os animais não humanos sempre foram considerados como coisas. Para os antigos Romanos, a aquisição e transferência dos animais não humanos tinham muita relevância, em virtude do caráter essencial para o próprio desenvolvimento social.

Para Richard A. Epstein:

Animais contam como ativos com valor econômico positivo, e como tal são importantes objetos de um sistema de direito de propriedade. No estado de natureza, todo animal era *res nullius*, que é uma coisa de propriedade de ninguém. Em contraste com a *res commune* (como ar ou água), a *res nullius* poderia ser reduzida à propriedade privada pela captura [...]. Em seguida, a lei teve que fornecer algum mecanismo para transferir a propriedade dos animais. Na ausência de troca, o valor de qualquer animal é limitado a sua utilização (ou consumo) para o seu dono. Uma vez que o intercâmbio é permitido, ambos os lados poderiam lucrar, quando os animais forem vendidos, doados ou utilizados como garantia para empréstimos. Transferências eram comuns, uma vez animais jovens desmamavam. (EPSTEIN, 2014, p. 17).

Nesse esteio, o ordenamento jurídico pátrio considera os animais como coisas, a eles assegurados certas proteções, ainda que por fundamentos distintos, seja em função da proteção ao patrimônio do proprietário do animal ou graças à proteção à fauna, estabelecida constitucionalmente. Entretanto, qualquer que seja o argumento sustentado resta nítida a posição antropocêntrica adotada.

Para Edna Cardozo Dias:

As relações jurídicas dos homens com os homens, dos homens com a sociedade e o meio ambiente são regidas por leis, que pretendem proteger a vida e os bens materiais e imateriais. O Código Civil brasileiro só prevê dois regimes para regulamentar as relações jurídicas, o de pessoas e o de bens. Não prevê uma categoria de direitos atinentes à tutela do animal como ser vivo e essencial à sua dignidade, como já acontece em legislação de países europeus. (2015, p. 9).

Há que se atentar ao fato de que o Código Civil vigente é fruto de um trabalho do ano de 1975, e, quando da sua entrada em vigor já não mais conseguia expressar a realidade e os clamores sociais.

Destacam Sébatien Kiwongh Bizawu e Émilien Vilas Boas Reis:

O homem deve superar a sua visão antropocêntrica, conscientizando-se de que não é o centro de tudo, mas, sim, parte integrante. Ele deve entender que os recursos naturais não constituem propriedade da geração atual e que o dever desta é de protegê-los para que estejam disponíveis para garantir a sobrevivência das gerações vindouras (BIZAWU; REIS, 2014, p. 93).

Gary L. Francione (2004, p. 78) aponta três movimentos, ambos surgidos nos idos dos anos de 1970, na defesa da causa animal. O grupo dos Bem-estarmistas (*Welfarism*) os quais defendem o uso dos animais pelo homem, dando continuidade à exploração animal, desde que seja efetivada de forma indolor e necessária, como ocorre com a alimentação. O grupo dos Abolicionistas, defensores do fim de qualquer utilização e exploração animais, almejando o fim da

propriedade desses pelos humanos. Por derradeiro, os Neo-bem-estaristas, os quais defendem a longo prazo o abolicionismo, a longo prazo e a curto prazo, o bem-estarismo.

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada no ano de 1978, em uma sessão realizada pela UNESCO, visa reconhecer proteção do direito à vida, ao respeito e ao amparo contra maus-tratos e qualquer tipo de crueldade que ignore a existência dos quais os animais são detentores, dando azo ao reconhecimento de uma obrigação ético-moral diferenciada em relação aos animais não-humanos.

ARTIGO 1: Todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência.

ARTIGO 2: a) Cada animal tem direito ao respeito. b) O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais. c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem.

[...]

ARTIGO 6: a) Cada animal que o homem escolher para companheiro tem o direito a uma duração de vida conforme sua longevidade natural b) O abandono de um animal é um ato cruel e degradante. (BRUXELAS, 1978).

O Brasil é signatário da citada Declaração, mas a considera como *soft norm*, razão pela qual é entendida como recomendação. Nesse sentido, Costa e Oliveira entendem que:

A discussão moral apresentada na Declaração da UNESCO é capaz de gerar reflexos nas legislações internas dos países e não seria diferente no caso do ordenamento jurídico brasileiro. Torna-se, portanto, necessária uma releitura do ordenamento interno que se refira aos animais tendo como referência a Declaração analisada. Simplesmente ser signatário de uma Declaração e não a incorporar internamente leva ao descrédito pela solução ambiental por meio de instrumentos jurídicos, o que traz, muitas vezes, a

figura da tão temida descrença jurídica internacional. Deve-se, pois, existir a aderência interna das normas internacionais ao âmbito interno brasileiro, a fim de se evitar a incoerência normativa. (COSTA; OLIVEIRA, 2014, p. 90).

Até a sanção da Lei 5.197/1967, os animais silvestres eram considerados *res nullius*, ou “coisa de ninguém”, não se tratando de ilegalidade a apropriação por quem quisesse caçá-los ou aprisioná-los.

Ao tutelar os animais não humanos o ordenamento jurídico brasileiro leva em conta o princípio da não maleficência, sem, no entanto, gozarem de um ramo jurídico-didático específico, sendo estudados transversalmente no Direito Ambiental. Nesse sentido:

A proteção aos animais tem como parâmetro geral o princípio da não maleficência. Por outros termos, recebem proteção legal os animais que não nos sejam maléficos. O princípio da não maleficência é parâmetro geral, porque até mesmo os animais que nos sejam maléficos podem receber alguma proteção. Não podemos admitir um processo de desratização que implique tortura aos roedores. Nem mesmo a dedetização deverá ser cruel além da medida. O mesmo já não se diga dos vírus ou das bactérias nocivas. Isso simplesmente porque de nenhuma forma nos projetamos nesses últimos. (FIUZA; GONTIJO, 2014, p. 72).

Possível, então, enquadrar os animais à lógica constitucional ambiental e considerar sua proteção, tal qual ocorre com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, um direito fundamental.

No que se refere à constitucionalização da proteção do meio ambiente, Costa (2013, p. 60) assevera que “[...] no Brasil, não há dúvida de que o meio ambiente é considerado um direito fundamental, porque qualquer interpretação contrária não encontrará amparo [...]”.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, estabelece a proteção dos animais, inclusive quanto à proibição de submetê-los à crueldade:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

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. (BRASIL, 1988).

Da análise do trecho constitucional supramencionado, verifica-se que os animais não humanos gozam de especial proteção, haja vista que a Constituição lhes garante o direito à vida, ao bem estar, ao equilíbrio ecológico e a não submissão a crueldade. Correto afirmar, ainda, que os animais não humanos fazem jus à preservação dos ecossistemas, mediante a existência de leis que vedem as práticas ameaçadoras do equilíbrio ecológico, que os coloquem em perigo de extinção ou que os submetam a crueldade.

No plano infraconstitucional, a própria Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/81, em seu artigo 3º, V, considera a fauna um recurso ambiental. A Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, por seu turno, prevê, nos artigos 29 e 32, o respeito à integridade dos animais e estabelece penas privativas de liberdade de até um ano de detenção para aqueles que agem em desacordo com o que fora ali estabelecido.

Como elucidado, a legislação brasileira confere proteção aos animais não humanos, mas renega-lhes a condição de titulares de direitos subjetivos e tampouco os reconhecem como se pessoas fossem, mas ante o contrário os tratam nos moldes estabelecidos pelo Artigo 82 do Código Civil, pelo qual: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” (BRASIL, 2002).

Destarte, os animais não humanos são considerados à luz do Código Civil vigente como bens móveis. À vista disso, Maria Helena Diniz (2009, p. 166) explica “os bens móveis são aqueles que, sem deteriorar sua substância ou sua forma, podem ser transportados de um local para outro, através de sua própria força (animais) ou por meio de uma força estranha (coisa inanimada)”.

Ademais, consoante o Artigo 1º, do Código Civil “toda pessoa é capaz de direitos na ordem civil” (BRASIL 2002). Nesse sentido, ao falar a respeito da personalidade e da capacidade jurídica, novamente explica Maria Helena Diniz:

Liga-se à pessoa a ideia de personalidade que exprime a aptidão genética para adquirir direitos e contrair deveres. Sendo a pessoa natural o sujeito das relações jurídicas e a personalidade, a possibilidade de ser sujeito, toda a pessoa é dotada de personalidade. Esta tem sua medida na capacidade, que é reconhecida, num sentido de universalidade [...]. (DINIZ, 2009, p. 87).

Todavia, despontam-se hoje, várias correntes pugnando acerca da personificação dos animais não humanos, sustentando Daniel Braga Lourenço (2008, p. 529) a possibilidade da inclusão à categoria pessoa, desde que equiparados aos absolutamente incapazes. Já Heron José de Santana (2005) afirma existir a possibilidade da extensão do conceito de pessoa aos grandes símios.

Para Vânia Márcia Damasceno Nogueira:

Ser pessoa não constitui condição essencial para ser sujeito de direito, ter personalidade jurídica reconhecida. É uma potencialidade, um ato do legislador. A aplicação da categoria dos direitos subjetivos aos direitos da personalidade sempre foi pauta de longos debates no direito. Antes, o problema era em “considerar o homem, sujeito natural das relações jurídicas, como objeto da mesma quando se trata dos direitos da personalidade”. Foi necessário um alargamento da noção de sujeito de direitos, agora é a vez dos animais. O direito, como invenção humana que é, também inventa seus institutos. Para que um ente venha a ter personalidade é preciso apenas que incida sobre ele uma norma jurídica outorgando-lhe *status* jurídico. A partir do momento que

concedeu personalidade jurídica aos entes fictícios, não existe mais nenhuma justificativa plausível para evitar concedê-las aos animais. (NOGUEIRA, 2012, p.318).

Destarte, os animais não humanos são tutelados por parte do Estado, mas não deixam de ser tratados como objeto.

5 POSSIBILIDADE DE UM NOVO STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS E AS REPERCURSÕES NA PROPRIEDADE

Como já aventado, os animais não humanos são considerados no Brasil como propriedade, eis que tidos por coisas. Segundo Edna Cardozo Dias:

No Brasil, o animal é sempre propriedade, seja quando é um bem público/difuso, bem de uso comum do povo, seja quando é um semovente. A diferença é que no caso do bem de uso comum do povo a lei impõe regras de uso mais rigorosas, eis que são indisponíveis, inalienáveis, impenhoráveis, possuem direitos imprescritíveis. Já o bem móvel ou semovente é objeto passivo de um proprietário ou titular que dele pode usar, fruir, dispor e reivindicar, ou se é *res nullius*, dele se apropriar. É bem verdade que existem limites previstos em lei para a propriedade de um animal. E que garantem a não submissão à crueldade e o direito ao bem-estar, limites bem mais brandos que os estabelecidos para o relacionamento com os animais silvestres. (2015, p. 41).

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 351/2015, de autoria do Senador Antônio Anastasia, o qual tem por escopo inserir dispositivos no Código Civil para estabelecer o status jurídico dos animais. Pelo Projeto em apreço, o Código Civil teria alterada sua redação nos seguintes termos:

Art. 1º. Os arts. 82 e 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passam a vigorar com as seguintes redações:

Art. 82 [...]

Parágrafo único. Os animais não serão considerados coisas.

Art. [...]

IV - Os animais, salvo o disposto em lei especial.

Art. 2º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2015).

Encontra-se também em tramitação no Congresso Nacional o PLS 631/ 2015, de autoria do Senador Crivella, pelo qual se propõe a criação de um Estatuto dos Animais e alteração do artigo 32 da Lei dos Crimes Ambientais. Inova também o PLS ao reconhecer que os animais não humanos são seres que sentem dor e sofrimento.

Tais Projetos de Lei tem seus espelhos nas alterações promovidas nos Códigos Civis Europeus, introduzindo nos respectivos textos que os animais não são coisas ou objetos, embora regidos, caso não haja lei específica, pelas regras atinentes aos bens móveis, como ocorrera na Suíça, na Alemanha, na Áustria, e na França.

A Suíça, em 2002, alterou o *status* dos animais, conferindo ao Artigo 641a, do Código Civil de 1902, a seguinte redação:

Art. 641a (nouveau)
I.Animaux;
1 *Les animaux ne sont pas des choses.*
4 *Sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux.*² (SUÍÇA, 2002).

Na mesma esteia o Código Civil Alemão, desde 1990, reconhece a categoria jurídica “animais” que é intermediária entre “coisas” e “pessoas”.

Na Áustria, o artigo 285 do Código Civil Austríaco ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch), no ano de 1988, passou a dispor que os animais não são objetos, são protegidos por leis especiais e as leis que dispuserem sobre objetos não se aplicam aos animais exceto se houver disposição em contrário.

Em 2015, a França também atualizou a lei penal e alterou o Artigo 515-14 do Código Civil, com a seguinte redação: “*Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les*

2 Tradução livre: Art. 641A (novo). I.Animais; 1 Animais não são coisas. 4 Salvo disposição em contrário, as disposições que se aplicam a coisas também se aplicam aos animais.

protègent, les animaux sont soumis au régime des biens"³. (FRANÇA, 2015).

Além de não mais considerar os animais como coisas, introduziu uma proteção afirmativa, fazendo constar que os animais são seres vivos dotados de senciência.

Conforme Peter Singer (2002), os animais são dotados de sensibilidade e consciência, razão pela qual devem ser tratados com o mesmo respeito que os seres humanos. Explica o autor:

Se um ser sofre, não pode haver justificativa moral para deixar de levar em conta esse sofrimento. Não importa a natureza do ser; o princípio da igualdade requer que seu sofrimento seja considerado da mesma maneira como o são os sofrimentos semelhantes, na medida em que comparações aproximadas possam ser feitas de qualquer outro ser. Caso um ser não seja capaz de sofrer, de sentir prazer ou felicidade, nada há de ser levado em conta. Portanto, o limite da senciência é a única fronteira defensável de preocupação com os interesses alheios. Demarcar essa fronteira com outras características, tais como inteligência ou racionalidade, seria fazê-lo de maneira arbitrária. (SINGER, 2010, p. 14-15).

Uma vez aprovado o Projeto de Lei 351/ 2015 haverá um considerável avanço na questão animal brasileira, o que futuramente provocará alterações no direito de propriedade, o qual deve ser entendido como uma propriedade viva.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS MAUS TRATOS

Deriva a responsabilidade do verbo latino *respondere*, traduzido, geralmente, como responder, pagar, em que pese ser a expressão polissêmica, assumindo o significado de diligência ou cuidado, quando utilizada pelo leigo, ou ainda assumindo a conotação de revelar a obrigação de todos, pelos seus atos, se examinada sob o olhar expressamente jurídico.

3 Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Sujeito às leis que os protegem, os animais são submetidos ao regime de propriedade. (Tradução livre).

A responsabilidade “revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato” (STOCO *apud*, FIUZA, 2014, p.179).

Tomando por base os trabalhos de Paul Ricoeur, apontam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, no sentido de já se encontrar ultrapassada a conceituação clássica do termo responsabilidade e o fazem, na medida em que acreditam que os conceitos possuem vida e história, além possuírem também um padrão de descobertas e de refinamento.

Em direito civil, a responsabilidade é ainda definida em seu sentido clássico como obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo. É responsável todo aquele que está submetido a esta obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A crítica surge pelo fato de o conceito ter origem recente – sem inscrição marcada na tradição filosófica – mas possuir um sentido tão estável desde o século XIX, sempre portando a estrita ideia de obrigação. (...) Deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos – portanto agente moral apto a aceitar regras – como substituir a ideia de reparação pela precaução, na qual o sujeito está responsabilizado pelo apelo à virtude da prudência. Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na circunspeção – e, por que não, no cuidado, reformulando, portanto, sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação, de reparar ou de sofrer a pena (ROSENVALD *et al* 2015, p. 6).

Ainda em relação ao instituto da responsabilidade aponta Maria Helena Diniz:

A Responsabilidade Civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (2006, pag. 40).

Em razão de serem despersonalizados, os animais não humanos, por óbvio, não podem ser civilmente responsabilizados.

Lado outro, seus tutores ou proprietários são civilmente responsáveis pelos danos causados pelos seus animais, fazendo ainda jus à indenização pelas lesões, causadas por terceiros, contra os seus animais.

Para tanto, vale lembrar a proteção da fauna, constante do Artigo 225, da Constituição Federal, além do artigo 32, da Lei 9605/98, dispondo sobre a prática de ato de abuso, maus tratos, ferimentos ou mutilação de animais silvestres, domésticos ou domesticados; e a devida pena cominada, equivalente a detenção de três meses a um ano, podendo ser agravada de um sexto a um terço caso morte do animal, ainda a possibilidade de ser responsabilizado civilmente o agressor que comete maus tratos contra os animais.

O Artigo 936 do Código Civil (2002) estabelece que “o dono ou detentor do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. Destarte, trata o referido artigo da típica responsabilidade indireta, com presunção da culpa do dono ou do detentor do animal, com presunção *juris tatum*. Logo, se diante da hipótese de ataque efetuado por cão em via pública ou recinto particular, à luz do Código Civil, será imputada a responsabilidade civil objetiva ao proprietário do animal, de forma incontestada, a menos que reste comprovada, a culpa da vítima ou a força maior.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os embates contemporâneos envolvendo os animais não humanos são desprovidos de respostas conclusivas. A razão de tal afirmação reside sobretudo nos traços antropocêntricos herdados do Direito Romano, traços esses que ao longo de mais de dois mil anos foram os responsáveis pela utilização dos animais de forma muitas vezes abusiva e cruel.

Destarte, notou-se que a maioria esmagadora dos ordenamentos jurídicos mundo afora, adotam o tratamento dos animais como se

coisas fossem e, na condição de coisas estão sujeitos à propriedade e conseguinte utilização, fruição e disposição por parte dos animais humanos, desprezando a condição de senciência.

Todavia, os proprietários de animais não podem deles utilizar de forma ilimitada, como outrora, tendo em vista certas limitações de ordem ético-moral, e, especialmente legais, as quais estão atrelados.

Por fim, pode-se verificar que a legislação brasileira confere proteção aos animais não humanos, sendo expressamente vedado a prática de maus tratos e crueldades, sob pena de assunção de responsabilidades na seara civil, penal e administrativa, sendo que o *jus utendi* seria limitado tanto pelas normas jurídicas quanto por este dever de conduta ético- moral.

Data de Submissão: 06/12/2016

Data de Aprovação: 25/05/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocêncio

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

AÚSTRIA. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/468-ocodaustr>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

ALEMANHA. **Código Civil**. Disponível em: < <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao88.htm>.

gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

_____. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 01 mai. 2017.

_____. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispões sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em 10 mai. 2017.

_____. **Projeto de Lei 351, de 13 de abril de 2011.** Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar que os animais não sejam considerados coisas, mas bens móveis para os efeitos legais, salvo o disposto em lei especial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498437>>. Acesso em 22 abr. 2016.

_____. **Projeto de Lei 631, de 13 de abril de 2011.** Institui o Estatuto dos Animais e altera a redação do art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123276>>. Acesso em 10 mai. 2017.

BIZAWU, Sébastien Kiwonghi; REIS, Émilien Vilas Boas. Educação ambiental como processo para a construção da cidadania. In: COSTA, Beatriz Souza; REZENDE, Elcio Nacur. **Temas essenciais em direito ambiental: um diálogo internacional sustentável.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. **Aspectos do direito de propriedade no capitalismo e no soviétismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio Ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal e Espanha.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COSTA, Beatriz Souza; OLIVEIRA, Camila Martins. O status jurídico dos animais no direito. In: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **Nova ordem ambiental internacional e desenvolvimento sustentável.** Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 70- 94.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga.** Tradução Fernando Aguiar. São Paulo: Fontes Martins, 1998.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 58, jul- set. 2002.

DIAS, Edna Cardozo. O animal e o Código Civil brasileiro. In: FORUM DE DIREITO URBANO E AMBIENTAL- FDUA, 2015, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: FDUA, 2015. p. 9-15.

DIAS, Edna Cardozo. Teoria do direito dos animais. In: BIZAWU, Sébastien Kiwonghi. **Direito dos animais: desafios e perspectivas da proteção internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 31-50.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

EPSTEIN, Richard A. Animais como objetos, ou sujeitos, de direito. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, n. 16, jul-dez. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 8. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

FRANCIONE, Gary Lawrence. **Rain without thunder: the ideology of the animal rights moviment**. Philadelphia: Temple University Press, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FAVRE, David. Propriedade viva: um novo status para os animais dentro do sistema jurídico. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, São Paulo, Ano 6, v. 9, jul- dez. 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIUZA, César Augusto de Castro; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Proteção ambiental e personificação dos animais. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 55- 76, 2014.

FRANÇA. **Código Civil**. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf>. Acesso em 10 mai. 2017.

GONÇALVES, Daniela Oliveira. REZENDE, Elcio Nacur. Função socioambiental da propriedade: a busca por uma determinação pragmática de aferição de cumprimento. **Revista Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas**, São Paulo, Ano XIII, n. 22, p. 133- 154. abr. 2014.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. Belo Horizonte: Araes Editores, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bruxelas, 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 07. mai. 2016.

SANTANA, Heron José de. Extensão dos direitos humanos aos grandes primatas. **Jus Navigandi**. Teresina. ano 10. N. 897. 17 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7733/extensao-dos-direitos-humanos-aos-grandes-primatas>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

SILVEIRA, Heloísa Belvilaqua da. **Crueldade contra animais: perspectiva ético- veterinária e jurídica no direito brasileiro**. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2016.

SINGER, Peter. **Ética e prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Libertação animal: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais**. Trad. Marly Winckler; Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.

SUÍÇA. **Código Civil Suíço**. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html>>. Acesso em 20 nov. 2016.

VELOSO, Maria Cristina Brugnara. **A condição animal: uma aporia moderna**. Belo Horizonte: Araes Editores, 2013.

The Limit of *Ius Utendi* in Face of Animal Property and Civil Liability for Maltreatment

Ana Maria Alves Rodrigues Varela
Elcio Nacur Rezende

Abstract: This article aims to analyze the legal limits for the use of nonhuman animals imposed on their respective owners, even if at the current stage they are considered by the country as things. It is also intended to highlight the progress of Bill 351/2015 and Project 631/2015, both of which follow the contemporary paradigm adopted by other countries, which failed to consider non-human animals as mere things. Finally, it is going to deal with the article of civil responsibility, especially in what regards maltreatment. On that purpose, the legal-theoretical method was used through deductive reasoning in the analysis of doctrines, jurisprudence, public policies created by the public power and by the civil society, in addition to scientific articles.

Key words: Non-human animals; Thing; Property; Maltreatment.

A Efetivação Democrática do Direito à Saúde Mediante a Tutela Coletiva e o Incidente de Coletivização de Demandas Individuais

ORLANDO SAMPAIO DE ALMEIDA MONTEIRO DA SILVA
Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe
Email: orlando_sampaio814@hotmail.com

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA
Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora da Universidade Federal de Sergipe
Email: flaviampessoa@gmail.com

Resumo: O presente artigo analisa as consequências negativas da proliferação desenfreada de demandas individuais a respeito do direito à saúde à luz de uma democracia constitucional discursiva que preconize um processo aberto e coletivo de elaboração de políticas públicas. O estudo busca criticar a inocuidade da judicialização individual do direito à saúde em face dos problemas gerados, sobretudo em relação ao regime democrático, seja sob o viés tradicional, seja na ótica de uma atuação contramajoritária do Judiciário. Propugna-se, desse modo, a preferência pela justiciabilidade coletiva do direito à saúde, tendo como catalisador o instituto do incidente da conversão de ações individuais em demanda coletiva. A temática é abordada pelo método dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. O artigo pretende, ao fim, demonstrar que a excessiva judicialização individual do direito à saúde não tem produzido soluções satisfatórias, bem como, em última instância, tem violado a democracia constitucional, o que pode vir a ser mitigado por meio da conversão de ações individuais em processos coletivos nos quais é possível a discussão democrática.

Palavras-chave: Tutela Coletiva; Direito à Saúde; Novo Código de Processo Civil



A Efetivação Democrática do Direito à Saúde Mediante a Tutela Coletiva e o Incidente de Coletivização de Demandas Individuais

Orlando Sampaio de Almeida Monteiro da Silva
Flávia Moreira Guimarães Pessoa

1. INTRODUÇÃO

A controvérsia a respeito da judicialização do direito à saúde, no que concerne ao custeio de tratamentos médicos não previstos em listagens oficiais, é infindável. O perene antagonismo entre aqueles que defendem a reserva do possível e os que priorizam o mínimo existencial não tem produzido quaisquer soluções substanciais. Ademais, o aumento do número de demandas individuais, embora imprescindíveis àqueles que vivenciam situações emergenciais ligadas a esse direito, tem gerado distorções de natureza democrática.

O movimento neoconstitucionalista trouxe consigo novas perspectivas de interpretação do texto constitucional, o que foi chamado por parte da doutrina de nova hermenêutica constitucional. Dentre outros aspectos, a supremacia do texto constitucional em face da legislação ordinária e o redimensionamento do papel dos princípios jurídicos mudaram o perfil do intérprete e aplicador do Direito. Nesse contexto, o Judiciário passou a ser instado contumazmente a se pronunciar a respeito de políticas públicas, principalmente aquelas atinentes ao direito à saúde.

Um dos pontos de celeuma em derredor da judicialização do direito à saúde é o que se refere à democracia constitucional, dentro de uma perspectiva contramajoritária. Diz-se que estaria o Poder Judiciário a exercer uma função contramajoritária a partir da proteção de direitos fundamentais inerentes àqueles que necessitam

de procedimentos médicos e medicamentos não elencados em leis e atos administrativos, sendo que estes advêm de representantes eleitos pela vontade da maioria. Contudo, a judicialização individual excessiva tem culminado em decisões judiciais assimétricas, além de um prejuízo geral à saúde pública, tanto para aqueles que necessitam de tratamentos médicos listados, como em relação aos que carecem daqueles sem previsão por atos administrativos.

Nesse contexto, a tutela coletiva do direito à saúde configura opção promissora. Isso porque essas demandas coletivas permitem o diálogo institucional, a conferir voz não só a órgãos representativos dos poderes, mas também à própria sociedade por meio de associações ou outras entidades. Apesar dos benefícios da concentração de pleitos individuais em processos coletivos serem consideráveis, houve o veto presidencial ao art. 333 projeto de lei do Novo Código de Processo Civil, o qual previa o denominado incidente de coletivização de demandas individuais.

Para alcançar a meta a que se propõe, o presente trabalho se divide em três partes, afora sua conclusão. Em sua primeira parte, é exposta a relação entre neoconstitucionalismo e democracia constitucional. Na segunda, busca-se delinear, sob o viés da democracia, o caráter paradoxal da judicialização individual excessiva do direito à saúde.

Na terceira, adentra-se o âmago do presente trabalho, o qual se refere à efetivação democrática do direito à saúde mediante a tutela coletiva e o veto presidencial ao artigo 333 do projeto de lei do novo diploma processual. Objetiva-se examinar a viabilidade de um ambiente democrático e discursivo em ações coletivas por meio do instituto processual veiculado no referido artigo vetado, qual seja, o incidente de conversão de ações individuais em demanda coletiva. Para cumprir tal objetivo, foi utilizado o método dedutivo referente à pesquisa bibliográfica.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

O presente tópico não tem o objetivo de empreender qualquer espécie de releitura ou análise histórica do fenômeno neoconstitucionalista. Trata-se de tema renitentemente abordado, cujo aprofundamento genérico não traria qualquer enriquecimento ao debate que se pretende. O objetivo, aqui, é selecionar questões específicas que emergiram no contexto neoconstitucionalista, as quais culminaram na denominada nova hermenêutica constitucional.

Precisar conceitualmente o que vem a ser o neoconstitucionalismo constitui uma verdadeira aporia, visto que não há nada perto de um consenso a respeito de sua definição. Por isso, a formulação aqui apresentada se reveste menos de um rigor etimológico e mais de uma delimitação do objeto de estudo. O foco, portanto, reside nos marcos filosófico e teórico (BARROSO, 2007).

Com efeito, na segunda metade do século XX, houve o fenômeno da reconstitucionalização, a redimensionar o lugar da Constituição no ordenamento jurídico e na comunidade política como um todo (BARROSO, 2007). A Constituição já era vista como um documento jurídico, mas destituída da coercitividade intrínseca às normas jurídicas em geral. Via-se a Constituição como um simples protocolo de intenções políticas, as quais, no máximo, corporificariam vetores axiológicos ao processo legiferante. Por sua vez, a legislação ordinária era enaltecida cegamente ao ponto de se ter a visão de que seria unicamente ela a veicular direito e sistematizar o Estado. Com esse novo papel da Constituição no âmago do sistema jurídico, tanto sob uma perspectiva de validade como também de justiça, o texto constitucional ganha destaque e passa a demandar uma nova hermenêutica. É precisamente nessa questão que emergem os pontos destacados neste tópico: o marco filosófico e o marco teórico.

No primeiro deles, destaca-se o pós-positivismo como referencial teórico. Trata-se de superação do debate secular entre positivistas e jusnaturalistas. Em um primeiro momento, o jusnaturalismo moderno propugnava uma aproximação entre lei e razão, ou seja, entre Direito e elementos extrajurídicos apreensíveis pela racionalidade humana. Conquanto tenha servido de força motriz às revoluções liberais, teve seu ocaso no final do século XIX (BARROSO, 2007). É nesse momento histórico que se sobleva o paradigma epistemológico científico, o que mais tarde alicerçaria, no Direito, o modelo positivista.

O pós-positivismo reaproximou o Direito da Moral, afinal, já havia ficado mais do que claro que aquele não se autojustificava e, portanto, mostrou-se inevitável o recurso a elementos extrajurídicos para fundamentá-lo. Dalmo de Abreu Dallari ressalta que, com essa reaproximação, o texto constitucional naturalmente se destacou por conta de sua textura flexível e aberta. A presença de normas principiológicas, a comportar ponderações a respeito de aspectos meta-jurídicos, conferiu posição singular ao texto constitucional. Com efeito, seria por meio da Constituição que se empreenderia uma mudança no Direito como um todo, porquanto seu texto comportava um maior diálogo com a Moral e, por conseguinte, com a própria justificação do direito positivo (DALLARI, 2010, p. 88).

No momento em que atesta a força normativa de princípios como o do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, abrem-se as portas para o debate axiológico a respeito dos institutos jurídicos (SARMENTO, 2006, p. 23).

Em relação ao marco teórico, destaca-se a expansão da jurisdição constitucional (BARROSO, 2007) como consectário imediato desse novel protagonismo da Constituição. Considerando-se seu novo papel fundante do sistema jurídico, nada mais natural

que a ampliação do controle de constitucionalidade da legislação ordinária, justamente para salvaguardar a eficácia das normas constitucionais.

Ante o fato de o texto constitucional ter sido alçado ao centro balizador do sistema jurídico, nada mais natural que o advento de novas categorias interpretativas, tais como os princípios interpretativos da proporcionalidade, supremacia constitucional e interpretação conforme a Constituição (COMPARATO, 2003, p. 112). Dessa forma, o Poder Judiciário foi instado a solucionar situações da vida de forma inovadora, a transcender substancialmente os comandos normativos ordinários. Se por um lado o vetusto sofisma do juiz como “boca da lei” já havia sido rechaçado há muito tempo, por outro o viés criativo da interpretação constitucional, nesse contexto, restou elasticado a um nível nunca antes vivenciado.

Possibilitou-se ao magistrado desvelar novos caminhos interpretativos, a despertar, todavia, uma série de dúvidas a respeito dos limites dessa nova hermenêutica constitucional. O texto constitucional, em regra, é maleável e, portanto, demanda do intérprete uma postura mais ativa e inovadora. Lidar com princípios definitivamente requer um ato interpretativo consideravelmente mais complexo se comparado às normas-regra. Os princípios, portanto, seriam, no mais das vezes, valores e opções axiológicas, diferentemente das normas jurídicas (SAMPAIO, 2014, p.114).

Ponderações e críticas surgiram, mormente no que concerne à legitimidade do Judiciário para prolatar decisões contrárias à legislação ordinária, visto que se trata de instância não eletiva, diferentemente do Legislativo. A premissa democrática foi trazida à superfície dos debates acerca da legitimidade de decisões judiciais que viessem a incidir sobre o campo atinente às funções típicas do Legislativo e, também, do Executivo. Até que ponto pode o magistrado, a pretexto de efetivar o texto constitucional, alterar o

programa normativo legislado, o qual decorre ou serve de arrimo a decisões políticas consubstanciadas pelo Poder Executivo? Como conciliar essa possibilidade com a ideia ortodoxa de democracia segundo a qual seria um regime político caracterizado essencialmente pela vontade de uma maioria? São perguntas que, até os dias atuais, despertam discussão interminável.

Em uma concepção rasa de democracia, as leis ordinárias seriam fruto da vontade da maioria, porquanto concretizadas mediante processo legislativo integrado por representantes eleitos democraticamente. Essas leis, em última instância, seriam emanções do próprio povo. Por outro lado, a legislação infraconstitucional não possibilitaria, em regra, divagações axiológicas em seu processo interpretativo, o que produziria injustiças (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 44). Com a proeminência do texto constitucional, volta-se atenção ao seu rol de direitos e garantias fundamentais, na condição de portas de entrada para discussões de cunho axiológico.

Ainda em relação à celeuma referente à democracia, ressaltam-se dois argumentos habitualmente apresentados. O primeiro se refere à chamada legitimidade discursiva do Poder Judiciário, segundo a qual as decisões judiciais se legitimam não por meio da representatividade inerente ao Legislativo, mas mediante a argumentação racional. Refere-se a uma legitimação oriunda de um discurso racional propagador de valores comunitários. Assim, tendo em vista que as normas constitucionais são, em regra, polissêmicas, os fundamentos das decisões judiciais se mostram consistentes a partir de um confronto discursivo (FERRAZ JR., 2006, p. 56).

A legitimidade, nesse ponto, estaria na motivação, por parte do magistrado, das decisões proferidas, a possibilitar a sindicabilidade destas, seja do ponto de vista processual, seja sob o viés social. Assim, em um primeiro momento, a resposta aos argumentos de deslegitimação democrática do Judiciário se deu por meio de

denominada legitimidade discursiva. Contudo, com o passar do tempo, esse argumento tradicional não se mostrou suficiente.

Destarte, a ponderação acerca de questões relativas à legitimidade decorre, também, do rompimento do paradigma da legalidade tecno-formal, visto que elas se ligam ao sistema de valores socialmente compartilhados (WOLKMER, 2007).

Por isso, construiu-se a teoria da contramajoritariedade dos provimentos jurisdicionais que buscassem prestigiar o texto da Constituição em detrimento da legislação ordinária. Ao se submeter o trabalho do legislador infraconstitucional a uma interpretação conforme a Constituição, bem como ao se invalidar normas ordinárias ante a declaração de inconstitucionalidade, impede-se a perpetuação de uma ditadura da maioria (BINENBOJM, 2004, p. 109). Isso porque, apesar de o Legislativo ser composto por representantes eleitos pela maioria, as normas ordinárias não se justificam simplesmente por sua gênese naquele poder.

A utilização dessa nova hermenêutica constitucional, ao garantir a salvaguarda dos direitos fundamentais, age verdadeiramente em nome da vontade popular, visto que preservará as posições jurídicas mais essenciais (ALEXY, 2007, p. 39). O Poder Judiciário, em sede de aferição da constitucionalidade das leis, abre uma porta para o debate acerca das concepções sociais do texto constitucional e permite a formação de um consenso, o qual confere legitimidade democrática à jurisdição constitucional. Nesse raciocínio, funcionaria como amplificador das concepções sociais e, com base também nelas, analisaria a compatibilidade formal e material dos atos legislativos ante os dispositivos constitucionais.

Nessa seara, um dos vieses conceituais da chamada democracia constitucional é justamente a noção de que o texto da Constituição também é fruto de uma escolha democrática, não só pelo fato de eventualmente decorrer de uma assembleia constituinte composta

eletivamente, mas por corporificar valores e direitos fundamentais. Protegê-los significa, conseqüentemente, concretizar a chamada democracia constitucional, a qual se distancia sensivelmente do conceito tradicional de regime democrático, mas justifica o viés contramajoritário (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 48).

Em outro ângulo, há o que se denomina de concepção forte de Estado Democrático de Direito, segundo a qual os sujeitos de direito, integrantes de uma comunidade política, são copartícipes de um projeto de vida. Em conjunto com seus representantes, têm o direito de participar ativamente nas escolhas políticas do governo eleito, sobretudo de modo a defender os interesses de minorias. Trata-se do aspecto contramajoritário da democracia, que é aprimorada na medida em que se associa seu aspecto formal e substancial a fim de buscar soluções políticas - e também decisões judiciais - socialmente contextualizadas (SAMPAIO, 2014, p. 122).

Acrescente-se que, no Brasil, dois fatores são cruciais para que se perceba a insuficiência e a ilusão de que se reveste um conceito formal de democracia. O primeiro se refere à corrupção tão noticiada nos dias atuais, a qual se capilarizou consideravelmente, a produzir influxos sobre grande parte das instâncias de poder. Nessa perspectiva, não se pode afirmar que os congressistas brasileiros priorizam os interesses da maioria dos cidadãos em face de pretensões de outra ordem, tais como as partidárias e as econômicas. O segundo se refere à atuação incansável dos denominados grupos de pressão, os quais exercem *lobby* contínuo junto aos parlamentares. Contudo, tais grupos se referem a categorias específicas, o que significa que nem de longe possuem a representatividade intrínseca a um modelo democrático (ZAMPIERI, 2013).

Ademais, há de se destacar a oligarquização dos partidos políticos no sentido de que os representantes eleitos, em verdade, os utilizam para a consecução de finalidades pessoais. Diante de

tal conjuntura, surgem os movimentos sociais em rede, os quais buscam, uma vez constatada a insuficiência do sistema democrático vigente, aprimorá-lo de modo inovador. Com efeito, esses grupos sociais objetiva, por intermédio de novos mecanismos democráticos, o debate de direitos coletivos, dentre outros elementos inerentes ao regime democrático (FRAGA; MIRANDA, 2017).

No âmbito do direito à saúde, por vezes os medicamentos e procedimentos inclusos nas listas oficiais de custeio pelo Estado não se coadunam com os tratamentos médicos mais efetivos para as principais patologias que assolam a população. Não há, por parte do Legislativo e do Executivo, ímpeto efetivo de atualização dessas listas nem em submetê-las, periodicamente, ao crivo da sociedade. Em face disso, afirmar simplesmente que as referidas listagens oficiais representariam a concretização de uma vontade majoritária não se mostra plausível.

Fica claro, portanto, que o argumento de uma vontade da maioria veiculada pelos representantes eleitos é falacioso, a despertar a necessidade de uma concepção material ou substancial de democracia. Sob a ótica substancial, a democracia se relaciona com os direitos fundamentais, sendo estes verdadeiros limitadores do conteúdo das decisões legislativas. Significa dizer que, por mais que formalmente válidos, os atos produzidos pelos representantes eleitos podem vir a apresentar incongruências materiais se vulnerarem direitos e garantias fundamentais. Em um Estado Social, também não podem os congressistas quedarem-se inertes diante de determinadas questões que deverão ser objeto de legislação, o que configuraria um vício legislativo pela inércia (FERRAJOLI, 2006, p. 34). O conceito de democracia deve englobar tanto a procedimentalização das decisões dos representantes, como também um conteúdo harmônico com os direitos fundamentais.

De outro lado, a vontade popular, enquanto confluência factível de uma pluralidade de visões de mundo, apenas pode

ser aferida legitimamente por intermédio de um ambiente discursivo e comunicativo. Com isso, uma democracia alicerçada em representação política demanda a possibilidade de uma racionalidade discursiva e popular pautada nos direitos fundamentais (ALEXY, 2007, p. 96). A efetivação dos direitos fundamentais, nesse contexto, não prescinde de uma participação popular no processo deliberativo através de procedimentos discursivos estipulados, afinal é inafastável a necessidade de se dar voz àqueles que mais têm interesse em sua concretização. Desse modo, o Poder Legislativo não substitui materialmente a vontade popular, nem muito menos tem a prerrogativa, conquanto eleito, de dispor do texto constitucional (OLIVEIRA, 2004, p. 35).

O caráter discursivo deve integrar o conceito de democracia, ou seja, o que se está a apresentar não é uma mera espécie de regime democrático, mas a essência de qualquer democracia. Uma vez assimilada a discussão como forma racional e compartilhada de se construir soluções, a democracia torna-se deliberativa. Nessa situação, o discurso é institucionalizado, a significar que os próprios pontos de vista plurais são conduzidos ao cerne do Estado para fins de processo decisório (MARINONI, 2012, p. 55). Essa ótica de democracia se amolda harmonicamente com a noção ortodoxa de legitimidade discursiva do Judiciário, segundo a qual os provimentos jurisdicionais seriam legitimados desde que racional e consistentemente motivados. Diante do exposto, as decisões judiciais se tornam democraticamente legítimas contanto que presentes fundamentos socialmente reconhecidos, não como certos em si mesmos, mas como razoáveis. Não se trata da apreensão onírica, pelo julgador, da vontade metafísica da comunidade, mas da capacidade de trazer ao processo judicial cognitivo a multiformidade de opiniões presente na sociedade.

Em sendo assim, destaca-se a teoria discursiva de Habermas, na qual o autor alemão concebe uma democracia procedimental

em que a legitimidade das decisões produzidas pelo Poder Público, em todas as suas instâncias, depende da viabilização de um ambiente discursivo identificado pela livre circulação de ideias (HABERMAS, 2003, p. 63). É plenamente possível a utilização da teoria discursiva habersiana para atribuir legitimidade democrática às decisões judiciais confrontadoras de disposições normativas infraconstitucionais. A visão segundo a qual os Tribunais Constitucionais não teriam legitimidade para invalidar atos legislativos supostamente irradiados de uma instância majoritária é deixado para trás. O Judiciário terá legitimidade democrática desde que se abram suas portas à sociedade para que esta possa participar ativamente do deslinde decisório. Não se trata de uma busca utópica por um consenso, mas sim por um entendimento, que significa a busca por decisões pautadas em uma racionalidade discursiva (HABERMAS, 2003, p. 70).

Nessa perspectiva de democracia constitucional e discursiva, o argumento da contramajoritariedade tem sido repetidamente manejado a fim de motivar as decisões judiciais concessivas prolatadas no âmbito de ações individuais sobre o direito à saúde. Ante as rotineiras oposições pautadas na ilegitimidade democrática do Judiciário e no cânone da separação dos poderes, diz-se que as decisões concessivas de medicamentos e procedimentos médicos não credenciados se revestem de uma função contramajoritária, por prestigiar o contingente minoritário da sociedade (BUCCI, 2006, p. 54).

No entanto, a utilização irrestrita do argumento da contramajoritariedade sem o imprescindível espaço discursivo, não só desvirtua o conceito, como também ocasiona justamente o efeito negativo que se busca evitar: a malversação dos recursos públicos pertinentes à saúde. Há de se ponderar, ainda, se realmente é possível uma esfera discursiva e democrática no contexto dos processos individuais.

Em face da crítica ao viés contramajoritário como tautologia discursiva, há de se examinar o devido processo legal coletivo. Isso porque se trata de princípio que sofre releitura ao incidir na seara da tutela coletiva, sendo que preconiza a participação dos interessados nesse tipo de processo. Conforme será visto em tópico posterior, o devido processo legal coletivo se mostra auspicioso no que tange à reflexão acerca da função contramajoritária e, também, do nível de participação social nas demandas coletivas.

3. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi alçado a um alto patamar de relevância. Destaque-se que foi a primeira vez, no Brasil, que o direito à saúde foi positivado no texto constitucional. A Constituição Federal, ao estatuir em seu artigo 196, *caput*, a saúde como direito de todos e dever do Estado, conferiu-lhe um duplo aspecto.

O primeiro aspecto diz respeito ao direito à abstenção de atos prejudiciais à saúde, enquanto o segundo se refere ao direito a prestações estatais no sentido de efetivá-la de forma satisfatória (SARLET; FIGUEIREDO, 2012). Na perspectiva de André de Carvalho Ramos, esse expediente do legislador constituinte coaduna-se mais com a indivisibilidade dos direitos humanos do que meramente a sua natureza de direito social, a qual enseja a necessidade de prestações estatais (RAMOS, 2011, p. 25).

De outro lado, a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever os direitos sociais em capítulo próprio referente ao Título II, a elencá-los nos artigos 6º ao 11. Assim, se no passado discutia-se a natureza jurídica dos direitos sociais enquanto normas jurídicas ou meros compromissos políticos, o texto constitucional de 1988 abre uma janela interpretativa no intuito de conferir envergadura fundamental

também a esses direitos e, portanto, exigibilidade tanto quanto em relação aos demais.

Ingo Sarlet, dessarte, reconhece que a Constituição Federal não apenas positiva genericamente o direito à saúde mas lhe confere, inclusive, proteção jurídica mais robusta em relação aos outros direitos sociais (SARLET, 2007).

Além disso, merece destaque o fato da Constituição prever expressa e originariamente a competência comum, quanto ao direito à saúde, de todos os entes federativos consoante artigo 23, inciso II, a despertar a responsabilização solidária nos mesmos em caso de violação daquele. Trata-se de norma-base que serviu de fundamento inicial à justiciabilidade do direito à saúde. Demais disso, até o advento do texto constitucional de 1988, o ordenamento jurídico pátrio não veiculava formas consistentes de efetivação, nos casos de inércia estatal, dos direitos sociais. Como dito, esses direitos eram vislumbrados como reles programas políticos, condicionados à vontade dos representantes eleitos. Em caso de descumprimento por parte do Poder Público, inexistiam mecanismos claros de proteção (LEAL, 2009, p. 77).

Contudo, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu texto, normas aptas a tornar concretamente possível a judicialização de questões referentes aos direitos sociais, a exemplo daquelas atinentes à inafastabilidade da jurisdição em caso de lesão ou ameaça de direito, mandado de segurança, mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BARCELLOS, 2011, p. 28). Portanto, o texto constitucional de 1988 não só positivou de forma específica o direito à saúde, mas também instrumentos para sua salvaguarda. Dessa forma, em face da contínua inércia estatal no que concerne à saúde pública, tornaram-se frequentes demandas individuais resultantes em decisões judiciais determinativas de entrega de medicamentos aos jurisdicionados.

Não se descarta, outrossim, que o reconhecimento dos direitos sociais não decorreu de um ato de benevolência estatal ou de concessão espontânea. A positivação dos retrocitados direitos se originou das constantes reivindicações perpetradas por movimentos sociais, sendo que os trabalhadores tiveram especial participação nesse processo (CECATO; DE OLIVEIRA, 2016, p. 99). Relaciona-se a característica importante dos direitos fundamentais em geral, qual seja, a historicidade. Isso significa que se por um lado os denominados direitos de primeira dimensão foram consagrados em um cenário de luta por liberdade ante o julgo estatal, por outro os direitos de segunda dimensão - sobretudo os sociais - decorreram de protestos por intervenções estatais no intuito de se garantir uma vida digna (BOBBIO, 2004, p. 33).

De outro lado, a legislação infraconstitucional também representa guarida às pretensões relativas ao direito à saúde. No que diz respeito ao Sistema Único de Saúde, a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 6º, determina expressamente o fornecimento e custeio gratuito de medicamentos e procedimento terapêuticos, desde que previstos em listas a serem veiculadas nos respectivos atos administrativos (ASENSI, 2012).

No entanto, embora a mencionada lei preveja, em seu artigo 12, a presença de órgãos representativos da sociedade junto ao Sistema Único de Saúde, o que se presencia, na prática, são listagens defasadas, de modo que as pessoas acabam por não lograr êxito em seus requerimentos administrativos de assistência médico-hospitalar. Além da insuficiência no custeio de medicamentos e tratamentos normatizados, o Poder Público não mantém atualização contínua do respectivo rol, gerando distorções sensíveis na saúde pública.

Nesses termos, a judicialização individual da saúde, ante o referido contexto, configura, por vezes, a única forma de concretização desse direito. Como será visto no próximo tópico,

apesar de se tratar de intervenção legítima do Poder Judiciário, visto que a proteção de direitos fundamentais se insere na realização democrática, a profusão de ações individuais não tem gerado mudanças abrangentes.

Pelo contrário, a situação tornou-se irracional, a produzir decisões judiciais discrepantes e descontextualizadas, provocando prejuízo à saúde daqueles que se utilizam de procedimentos médicos listados e sem qualquer efeito substancial sobre as políticas públicas correlatas.

4. A JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL DA SAÚDE PÚBLICA COMO PARADOXO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Inobstante o alto grau de relevância constitucional outorgado, pela Constituição Federal, ao direito à saúde, no Brasil, sua efetivação ainda continua insuficiente. Destarte, constatou-se que remanescer à espera de mudanças legislativas e, sobretudo, de medidas administrativas eficientes, colocaria em risco, ante a demora, a integridade física daqueles que necessitam de assistência médico-hospitalar ou de medicamentos específicos.

Em um primeiro momento, os argumentos fazendários giraram em torno da natureza jurídica do direito à saúde que, embora indubitável direito fundamental, teria natureza de norma programática.¹ Com essa natureza, o direito à saúde deveria ser

1 No que diz respeito às normas denominadas programáticas, faz-se necessário esclarecer seu significado à luz do entendimento do professor J.J. Gomes Canotilho. Em sua concepção, não se pode falar em mera eficácia programática, porquanto toda norma constitucional tem caráter imperativo em face dos órgãos integrantes do poder político. As normas programáticas, conquanto não reguladas no âmbito infraconstitucional, vinculam o legislador e todos os demais órgãos dos poderes públicos. Portanto, considerá-las como meras promessas ou compromissos de natureza política, e não dotadas de normatividade idêntica às demais normas constitucionais, é a causa de o referido professor anuncia a morte das normas programáticas (Destarte, na medida em que a Administração Pública argumenta pela destituição de eficácia das normas relativas ao direito à saúde,

efetivado gradativamente, ou seja, conforme os recursos materiais disponíveis. Contudo, esse argumento não logrou êxito diante da doutrina e jurisprudência majoritárias, tanto do ponto de vista teórico quanto sob o viés prático.

Em adendo ao que já foi dito em tópico anterior, sob o prisma da teoria dos direitos fundamentais, a indivisibilidade desses direitos é de observância obrigatória pelas instâncias do poder. Isso porque, ao se vulnerar direitos sociais, sob qualquer argumento, estar-se-á a lesar todo o arcabouço de direitos e garantias fundamentais (SAMPAIO, 2014). Não se pode, por exemplo, conceber o direito à vida meramente como a situação jurídica de manutenção da incolumidade física, ou seja, como estrito direito de não ser morto. Atualmente, o que se tem é precisamente o direito à vida digna, o qual inexoravelmente demanda a realização do direito à saúde (RAMOS, 2011, p. 104)

Na perspectiva prática, o argumento orçamentário também não se mostrou exitoso, sobretudo porque os constantes casos de corrupção, assim como a ausência de fundamentações substanciais em face de certas alocações de recursos públicos, culminaram em uma descrença generalizada na alegada exiguidade financeira. Nesse contexto, o Judiciário logo se tornou uma opção recorrente àquelas pessoas que necessitam de ações rápidas relativas ao direito à saúde. O mencionado poder passou a ser provocado à apreciação de uma profusão ininterrupta de ações individuais sobre o direito à saúde.

Como aduzido, as normas constitucionais atinentes aos direitos à saúde se revestem de aplicabilidade imediata, mormente ante o caráter indivisível dos direitos fundamentais. Lado outro, embora as políticas públicas correlatas sejam resultado da atuação dos poderes Legislativo e Executivos – poderes simbolicamente

por serem programática, está a violar a força normativa da constituição (CANOTILHO, 2011).

democráticos – não se pode limitar o debate a partir de uma visão formal de democracia. Em uma ótica substancial, a democracia deve ser vislumbrada em harmonia com os direitos fundamentais, ou seja, nenhum argumento majoritário é suficiente para fins de disposição negativa desses direitos.

Se por um período o Judiciário era instado a se manifestar conforme uma concepção formalista e binária - lícito e ilícito - do Direito, posteriormente o referido poder passou a analisar questões mais complexas com base em outro prisma interpretativo. Desse modo, uma vez provocado Judiciário a dirimir temáticas tipicamente inseridas no rol de atribuições intrínsecas aos demais poderes, emerge cenário de constante tensão ou, até mesmo, crise institucional (CUNHA; COUTO, 2017).

Em outro ângulo, a complexidade crescente dos contextos judiciais judicializados tem culminado em um distanciamento entre significante e significados jurídicos. Dessarte, a heterogeneidade fática, assim como a multiformidade das variáveis - sociais, econômicas e políticas - pertinentes à justiciabilidade de políticas públicas tem gerado um hiato crescente entre o texto genérico e a decisão concreta. Essa circunstância culmina em um maior poder daquele que é chamado a decidir. Em detrimento do Legislativo, o Judiciário, com o objetivo de solucionar situações concretas complexas, transcende a literalidade das normas constitucionais e legais (ADEODATO, 2013).

Nessa seara, necessária a menção do fenômeno do ativismo judicial². Dentro da ótica do conceito de democracia constitucional, o ativismo judicial pretende, dentre outros aspectos, conferir aspectos

2 Não se desconhece as críticas veementes ao chamado ativismo judicial. Há, portanto, quem entenda que seus efeitos são deletérios, visto que não há de se qualificar o ativismo em positivo ou negativo. Nesse entendimento, estaria o ativismo ligado ao decisionismo, ou seja, o manejo de princípios e, de modo subterrâneo, noções morais e subjetivas com o escopo de se construir uma interpretação e, por conseguinte, uma decisão judicial. Vê-se a decisão como ato de responsabilidade

de ordem material àquele. Como foi dito, a visão tradicional de democracia concebe as leis enquanto manifestação da vontade geral do povo, porquanto oriundas de processo legislativo cujos partícipes são representantes eleitos. Por outro lado, nem sempre uma lei - e a norma nela veiculada - será capaz de conduzir a uma resposta satisfatória à realidade fática. Assim, sob esse prisma, o ativismo funcionaria como um forma contramajoritária de realizar os direitos instrumentalizados nas citadas normas.

Desse modo, o Judiciário, ao determinar, em processos individuais, o fornecimento de medicamentos e o custeio de procedimentos cirúrgicos específicos por parte da Administração Pública, alicerça-se, em regra, nas normas constitucionais concernentes ao direito à saúde. Ao preconizar o texto constitucional em detrimento de legislações infraconstitucionais supervenientes e de escolhas administrativas, assume caráter contramajoritário (HOFFMAN; BENTES, 2008).

Na prática, há os medicamentos e tratamentos institucionalizados com base em listagens oficiais, corporificadas com base em atos legislativos e administrativos, de outro, há o grupo de pessoas que, conquanto também titulares do direito fundamental à saúde carecem de intervenções médico-hospitalares não previstas pelo Estado. Perante esse contexto, não pode o Poder Judiciário, ao ser provocado, eximir-se de conceder o medicamento ou o procedimento pleiteado apenas com base na ausência de legitimidade democrática. Pelo contrário, ao se perceber a clara insuficiência das medidas governamentais de saúde, a exemplo da obsolescência das mencionadas listas oficiais, torna-se imperiosa a concretização judicial do direito à saúde.

política, a qual invariavelmente se funda no regime democrático e, portanto, se liga, indissociavelmente, à lei (STRECK, 2014).

Não se trata de mitigar o regime democrático por meio de uma retórica contramajoritária. A contramajoritariedade e a democracia não são conceitos dissonantes, visto que aquela, se exercida de forma a prestigiar a realização de direitos e garantias fundamentais, torna-se instrumento democrático. A democracia, por conseguinte, não se refere apenas à manifestação, no Brasil, da vontade popular por intermédio de representantes eleitos, a englobar, também, a proteção e corporificação de direitos fundamentais em relação ao maior contingente de pessoas possível.

Por outro lado, há de se ponderar as consequências danosas de uma judicialização individual excessiva do direito à saúde, principalmente do ponto de vista democrático. Para tanto, trazem-se algumas decisões judiciais prolatadas no contexto da tutela judicial desse direito fundamental.

O exame das decisões judiciais referente a essas ações individuais permite concluir que a tutela individual do direito à saúde se inclina ao casuísmo. Além da insegurança jurídica, essa situação resulta em violação do princípio da isonomia, haja vista inexistir elemento diferencial objetivo e previamente determinado que motive tratamento jurídico diverso (MELLO, 2003, p. 19).

A desigualdade gerada não se restringe aos processos judiciais, mas se irradia para a esfera administrativa, visto que decisões judiciais que determinam o custeio, pelo Poder Público, de medicamentos e tratamentos particularmente onerosos, a margem de qualquer análise conjunta dos poderes, tende a gerar distorções orçamentárias. Não se está a endossar a reducionista tese fazendária no sentido de que a reserva do possível põe termo à questão, mas a reconhecer a abrangência da temática em análise.

Com efeito, a função contramajoritária do Judiciário deve ser episódica e almejar a correção de distorções pontuais. Em outras palavras, a atuação contramajoritária deve ser a exceção e não a

regra. Contudo, no Brasil, a judicialização individual excessiva do direito à saúde tem gerado uma subversão no próprio regime democrático que se busca consagrar através da concretização judicial do direito à saúde. Além da citada instabilidade orçamentária, a qual, em certos casos, prejudica a aquisição de medicamento e o custeio de tratamentos previstos nas listagens oficiais, há a irracionalidade contínua da situação em vislumbre.

Isso significa que a perpetuação de ações individuais que versem sobre o direito à saúde, principalmente com a prolação de decisões concessivas descontextualizadas do ponto da disponibilidade de recursos específicos à área da saúde, tende a consolidar uma conjuntura a respeito da qual pouco se debate em busca de soluções consistentes e abrangentes. Cria-se, portanto, uma conjuntura irracional em que o Legislativo e o Executivo se mostram anacrônicos diante da situação hodierna da saúde, a caber ao Judiciário dirimir essa distorção.

No entanto, a judicialização individual do direito à saúde tem culminado em provimentos jurisdicionais díspares embora relativos a situações equivalentes. Para além das consequências negativas já mencionadas, destaca-se a inexistência de efeitos positivos abrangentes desses processos individuais, não só por conta da limitação oriunda da natural eficácia *inter partes* das decisões neles prolatadas, mas também pela referida irracionalidade sistêmica.

O contexto em exame se tornou tautológico, ou seja, se os demais poderes não agem, o processamento judicial da questão incide como a solução mais rápida e palpável, sobretudo a se perceber o histórico das decisões proferidas nesses processos, as quais, como foi indicado, por vezes, determinam a realização de procedimentos médico-hospitalares de altos custos e restritos a hospitais fora do país sem qualquer

análise pormenorizada. Enquanto isso, o debate parece ter sido paralisado na polarização maniqueísta entre reserva do possível e mínimo existencial.

O fundamento da função contramajoritária para subsidiar decisões concessivas de tratamento médicos de valor exorbitante, sem critérios objetivos, além de não mais se sustentar, tornou-se mera retórica. A respeito do tema, Alexander Bickel ressalta as chamadas dificuldades contramajoritárias. Para o autor, o Judiciário não poderia subverter o regime democrático ao prolatar decisões contrárias a emanações legislativas e administrativas, porquanto estas estariam respaldadas em uma vontade majoritária, salvo em situações revestidas de alto grau de excepcionalidade (BICKEL, 1986, p. 142).

Ao encampar esse entendimento, o mencionado autor anteviu o risco de uma atuação judicial contramajoritária, ou seja, a possibilidade da exceção vir a se tornar regra. Bickel, então, conjecturou as denominadas virtudes passivas, as quais seriam parâmetros de autocontenção judicial no sentido de restringir a função contramajoritária do Judiciário (BICKEL, 1986, p. 151). Nessa perspectiva, é comum encontrar, na doutrina e jurisprudência pátrias, o elenco de critérios com o desiderato de racionalizar a judicialização individual do direito à saúde.

Luís Roberto Barroso enumera alguns requisitos à determinação judicial de custeio estatal de certos medicamentos ou tratamentos médicos, como por exemplo a apreciação adstrita a tratamentos previstos em listagens oficiais, substâncias disponíveis no Brasil, e a eventual indispensabilidade do medicamento à manutenção da vida do requerente (BARROSO, 2007). Na seara jurisprudencial, na STA nº 175, o então relator, ministro Gilmar Mendes, ressaltou que, além da predileção por medicamentos listados, há de se aferir se a problemática

se subsume a omissão legislativa ou a mera negativa administrativa³.

Todavia, essas condicionantes carecem de efetividade em longo prazo. Conquanto possam objetivar, até certo ponto, as decisões judiciais, não modificará a essência dos problemas relativos à saúde. Isso porque a sua maioria se refere a impasses ligados à obsolescência dos medicamentos e tratamentos listados, bem como à ineficiência na alocação orçamentária em prol do custeio dos mesmos. Esses obstáculos, entretanto, não são passíveis de resolução por intermédio de processos individuais.

A atual profusão de demandas individuais se converteu em uma subversão democrática. Além de prejudicar aqueles que necessitam de assistência médico-hospitalar nos moldes previstos nas listagens oficiais, em decorrência da desproporção orçamentária gerada, ocasiona insegurança jurídica àqueles que buscam, judicialmente, o custeio de tratamentos não previstos. Subverte-se, por conseguinte, tanto a concepção tradicional de democracia quanto o seu aspecto substancial.

Sendo assim, a tutela coletiva do direito à saúde se mostra apta a recepcionar, de forma plenamente democrática, os pleitos a ele

3 A decisão proferida, pelo STF, na STA 175 em 2010, possui relevância singular no que diz respeito à judicialização do direito à saúde. O relator Min. Gilmar Mendes fixou, em seu voto, parâmetros a serem seguidos em análises judiciais de questões relativas ao direito à saúde. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional deve investigar a existência de política pública que englobe a prestação postulada pelo requerente, de modo que poderá o Judiciário suprir eventual omissão em sua disponibilidade à população. Na hipótese de não existirem políticas públicas específicas, deverá o juiz perquirir se a medida pleiteada integra o protocolo do SUS. Em caso negativo, deverá examinar se há omissão legislativa ou administrativa, sendo que, na situação em que o pleito se refira a tratamentos ou remédios experimentais, o Estado não teria obrigação de custeá-los. Contudo, cumpre ressaltar que, no ano de 2015, em decisão proferida monocraticamente na (PET) 5828, o Min. Luiz Edson Fachin deferiu pedido liminar suspendendo decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que impedia uma paciente de ter acesso a substância contra o câncer fornecida pela Universidade de São Paulo (campus de São Carlos). Assim, o ministro, com base na excepcionalidade do caso, possibilitou o fornecimento de medicamento que sequer se encontrava em estágio experimental à época (SARLET, 2015).

correlatos. Há mecanismos, no microsistema processual de direitos metaindividuais, aptos a transformar a demanda coletiva em um ambiente discursivo, no qual se poderá conferir voz tanto àqueles que necessitam de tratamentos oficiais quanto àqueles que almejam assistência médica não listada. Trata-se de diálogo institucional capaz de produzir soluções mais duradouras e abrangentes, o qual será aprofundado no tópico subsequente.

5. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO E O INCIDENTE DE COLETIVIZAÇÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS.

O excesso de ações individuais tem gerado insegurança jurídica, casuísmos injustificados, assim como a subversão do conceito de democracia constitucional pautada na proteção de direitos fundamentais. A situação fica ainda mais clara ao se examinar a décima segunda edição do Relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça. Sobre a judicialização do direito à saúde, considerando as ações ajuizadas até o ano de 2015, o quantitativo de processos pertinentes à saúde pública sofreu um aumento de mais de 100% (cem por cento) em relação ao ano de 2014⁴.

A tentativa, ademais, de se propalar critérios objetivos para esse tipo de demanda também se mostrou ineficiente, porquanto o Judiciário não possui capacidade institucional plena para, simultaneamente, fazer o cotejo das consequências orçamentárias em face das políticas públicas envolvidas e, após, decidir a respeito (BARROSO, 2013, p. 29). No entanto, também não pode o Judiciário, diante de situações vitais, quedar-se inerte e simplesmente não decidir com base em uma concepção formalista de legitimidade democrática.

4 Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 21 mar 2017.

O diálogo institucional representa possibilidade promissora em relação ao contexto apresentado. Por outro lado, antes de prosseguir no estudo que se pretende nesse trabalho, cabe esclarecer a semântica aplicada ao termo. Assim, fala-se em uma teoria do diálogo institucionais, cuja uma de suas vertentes ressalta que a noção tradicional de separação dos poderes representa obstáculo à solução judicial de determinadas questões. Em contextos fáticos que o Judiciário é provocado a se pronunciar sobre a realização estatal de direitos que possuem aspectos prestacionais, a existência de barreiras, com base na separação dos poderes, pode vir a ocasionar decisões potencialmente lesivas às atividades dos demais poderes e, portanto, à sociedade (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Outrossim, embora existam diferentes vieses em que a teoria dos diálogos institucionais é concebida⁵, no presente estudo adota-se a combinação das principais características de cada um deles. Nessa perspectiva, a junção das vertentes da teoria dos diálogos institucionais resulta em dois elementos basilares que devem nortear o contato entre as instâncias do poder. Trata-se do equilíbrio e da associação.

O equilíbrio implica na ausência de preponderância da interpretação judicial da Constituição, de forma que o Judiciário seria um catalisador de discussões - com participação social - com o escopo de que se chegue a uma interpretação constitucional mais abrangente. Busca-se, portanto, noções a respeito do texto constitucional que contemplem não só o entendimento dos demais

5 Basicamente, a teoria dos diálogos institucionais se divide em três sentidos. No primeiro, se tenta harmonizar as concepções normativas oriundas da realidade de cada poder para que, ao final, se chegue a uma decisão que consagre características de cada uma delas. No segundo sentido, pressupõe-se a inexistência de definitividade da interpretação constitucional empreendida em decisões judiciais, de forma que aquela estaria condicionada a um exame pelos demais poderes. Por último, no terceiro preconiza-se, ao invés do resultado a que se quer chegar, os modos de concretização do dialogo institucional.

poderes, como também o próprio arcabouço de valores vigentes na sociedade. Por sua vez, o caráter associativo concerne à verificação de que as contribuições oriundas dos demais poderes à espécie debatida, no âmbito judicial, podem culminar em solução contextualizada. Tal expediente, inclusive, faz com a execução de decisões judiciais prolatadas nesse contexto sejam melhor executadas, a se evitar desproporções prejudiciais ao interesse coletivo (BATEUP, 2006).

Ademais, a premissa sobre a qual se alicerça a denominada teoria dos diálogos institucionais é a de que a busca por uma resposta final a ser dada por um dos poderes - inclusive o Judiciário - é apenas uma meta de curto-prazo. Em regra, às situações fáticas judicializadas subjaz uma conjuntura mais ampla e que não pode ser simplesmente desconsiderada no processo decisório. Outrossim, cada instância política tem, consoante seu plexo de funções típicas e atípicas, algo a contribuir com o debate e, por conseguinte, com a decisão que se busca construir (MENDES, 2008, 115).

Conforme noticia Daniel Sarmiento (2008, p. 44), não se trata de prática recente, visto que já foi cogitado, pública e formalmente, na audiência pública nº 04, no ano de 2009⁶. O Ministro Gilmar Mendes, à época presidente do Supremo Tribunal Federal, convocou audiência pública para tratar da judicialização da saúde, especificamente com o escopo de formular medidas relativas a questões técnico-administrativas, políticas e econômicas.

6 No curso da audiência pública nº 04, realizada pelo STF no ano de 2009, o então Procurador do Estado do Rio de Janeiro apresentou algumas propostas com o objetivo de tornar a judicialização do direito à saúde mais eficiente. Uma delas foi precisamente a conversão de ações individuais em demandas coletivas. Segundo Barroso, esse expediente realizaria não apenas a universalização inerente ao direito à saúde, mas também a própria isonomia constitucional, tendo em vista que diminuiria o risco de decisões judiciais discrepantes a respeito de casos essencialmente equiparáveis. Como forma de instrumentalizar essa conversão, Barroso sugeriu que o Judiciário oficiasse ao Ministério Público ou outro legitimado coletivo para reunir as demandas individuais em ação coletiva. Ademais, propõe, também, que o Judiciário intime órgãos e entidades interessados, a fim de que venham a participar das discussões na seara do processo coletivo (BRASIL, STF, 2009).

Alguns resultados positivos decorreram dessa audiência pública, a exemplo da criação de grupo de trabalho voltado unicamente ao estudo e à análise de demandas judiciais sobre o direito à saúde, a reunir não apenas membros do Judiciário, mas também especialistas em direito sanitário e em saúde de forma geral. Posteriormente, após a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, foram celebrados convênios para a disponibilização de suporte técnico de médicos e farmacêuticos, com o intuito de fornecer auxílio no âmbito da judicialização individual do direito à saúde.

De outro lado, cumpre ressaltar outras medidas, tais como a criação do Fórum Nacional da Saúde, das Jornadas de Direito à Saúde, criação de câmaras técnicas e a especialização de varas em matéria de saúde pública, as quais configuram inegável avanço. Todavia, essas ações têm se limitado à seara extrajudicial, a produzir debates longos acerca da ampliação do rol de procedimentos e remédios de custeio pelo Estado, mas sem efetividade substancial.

Com efeito, tudo o quanto foi dito acerca de democracia constitucional e discursiva, aspecto contramajoritário e diálogo institucional se relaciona com o conceito de devido processo legal coletivo⁷. O conceito corrente de devido processo legal, muito

7 Aqui se mostra necessário o seguinte esclarecimento. O processo coletivo se refere a uma categoria própria que, embora erigida a partir de pressupostos intrínsecos ao processo civil tradicional, se reveste de características e institutos próprios. Dessarte, a tutela coletiva de direitos, em sua vertente processual, emerge a partir da constatação de que os tradicionais institutos do processo civil - essencialmente individualista - não só se mostram insuficientes diante das peculiaridades dos direitos metaindividuais, como também diante do princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CFRB). A tutela de direitos coletivos em sentido amplo demanda a releitura de institutos basilares, assim como a criação de outros, a fim de que se possa conceber um processo que, embora iniciado a partir de entes representativos, almeja caráter discursivo e, portanto, participativo (VENTURI, 2007). Trata-se, em última instância, de releitura imprescindível do acesso à justiça, porquanto dele também faz a parte a imperiosidade de decisões judiciais pautadas na isonomia material e, consequentemente, na segurança jurídica. Longe de se limitar ao elemento quantitativo, a tutela coletiva de direitos transindividuais, é capaz de proporcionar uma nova ótica da participa-

utilizado no âmbito do processo civil individual, necessitou sofrer um redimensionamento a fim de que se adequasse à judicialização coletiva de direitos. Com base constitucional no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o devido processo legal possui dois vieses, um formal outro substancial.

Sinteticamente, fala-se em devido processo legal formal quando se está a examinar as garantias processuais, a exemplo do juiz natural e da duração razoável do processo, as quais tem o objetivo de dotar o processo de estabilidade. Isso porque o jurisdicionado é capaz de saber, a partir das referidas garantias, como tramitará seu processo e de que modo proceder com o escopo de defender sua pretensão em juízo (BUENO, 2016, p. 179).

Por outro lado, processo devido não é apenas aquele que observa normas jurídicas correlatas previamente estabelecidas, mas também o que produz conteúdos decisórios substancialmente coerentes. Portanto, sob o viés material, o devido processo legal constitui a produção de decisões razoáveis⁸, desde que respeitado sua face formal.

Por outro lado, no âmbito da tutela coletiva, o devido processo legal é submetido à imprescindível releitura, de sorte que seja compatibilizado com suas nuances. Um de seus desdobramentos específicos, no processo coletivo, é o aspecto da participação nesse tipo processual. Dito de outro modo, para que se possa falar de um devido processo coletivo, é necessário promover a participação dos interessados no processo, sobretudo tendo em vista a extensão

ção processual, no sentido de produzir provimentos jurisdicionais atualizados e oriundos de um ambiente dialógico (MANCUSO, 2015).

8 Por não se tratar de elemento imprescindível ao assunto trabalhado, não se aprofundará eventuais entendimentos que distinguem razoabilidade de proporcionalidade. Portanto, o termo *decisão razoável* se refere à conhecida análise tripartição, de forma a contemplar os elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BARROSO, 2014).

natural da coisa julgada coletiva. Refere-se ao caráter democrático do processo coletivo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 115).

Conquanto se trate de processo em que entes representantes, por expressa autorização legal, judicializem interesses metaindividuais, há de se abrir espaço para a participação⁹. Nesse caso, não se trata da participação tradicional, tipicamente atrelada à noção individualista de contraditório, mas sim de mecanismo democrático pautado na mediação por instituições ou associações específicas.

Dessa forma, em conjunto com os conceitos já trabalhado, tem-se que as problemáticas atinentes ao direito à saúde, por mais que corriqueiramente materializadas em ações individuais, refletem na sociedade como um todo. Como explanado, além das intrínsecas questões orçamentárias, a concessão de medicamentos e tratamentos específicos pelo Judiciário a alguns e a negativa em face de outros culmina em violação da própria isonomia substancial.

Com efeito, se mostra satisfatório a coletivização dessas demandas, visto que o processo coletivo é dotado de institutos que viabilizam o debate democrático, a exemplo das audiências públicas, termos de ajustamento de conduta, *amicus curiae*, etc. Esses

9 Vale mencionar crítica doutrinária que refuta a imprescindibilidade da participação no processo coletivo. Segundo essa visão, a participação pode e deve ser afastada quando se possa construir decisões judiciais razoáveis sem sua ocorrência. Parte-se da premissa de que a participação, numa semântica tradicional de abertura processual aos interessados individualmente considerados, pode, em algumas hipóteses, representar obstáculo ao deslinde regular do processo (VITTORELLI, 2016). Entretanto, tal raciocínio se mostra coerente apenas quando se elege como premissa um conceito estático de participação. Isso porque o citado autor afirma que não se pode falar em representação como espécie de participação ou em participação representativa. Não se concorda com esse raciocínio, porquanto a sociedade pode e deve ter acesso junto aos entes dotados de legitimidade coletiva, mesmo que não se faça uso de tal prerrogativa. A abertura potencial à participação não é invalidada se não utilizada, de modo que remanesce legítima enquanto possibilidade. Na medida em que os legitimados veiculam, no processo, os pleitos dos grupos sociais - principalmente os vulneráveis e os minoritários - há de se reconhecer a observância da participação no processo coletivo.

mecanismos o tornam campo prolífico para o já aludido diálogo institucional, além da própria participação social.

Nesse contexto, o instituto do incidente de coletivização de demandas individuais em coletivas, previsto, antes do veto presidencial, no artigo 333 do projeto do Novo Código de Processo Civil, mostrava-se auspicioso. Como requisitos para essa conversão, o dispositivo estabelecia dois pontos. O primeiro se referiria à relevância social enquanto o segundo à eventual impossibilidade de formação de litisconsórcio. No que tange às hipóteses de cabimento, destacam-se aquelas em que a relação jurídica plurilateral merecessem resolução uniforme, a prestigiar o tratamento isonômico dos litigantes.

Em sede de razões de veto, o Executivo se ateve a asseverar que a redação do dispositivo poderia a causar conversões irrestritas, bem como prejuízo ao interesse das partes. Entretanto, tais razões não sobrevivem à essência da teoria geral do processo coletivo, mormente pelo fato de as ações coletivas serem uma realidade palpitante em território brasileiro.

A concordar com as mencionadas razões, muitas vezes se levantaram no sentido de afirmar que o instituto objeto de veto presidencial conferiria poder demasiado ao magistrado, romperia com a típica inércia jurisdicional, violaria a duração razoável do processo, bem como consubstanciaria um processo judicial autoritário (CRUZ e TUCCI, 2015). Todavia, esse entendimento, além de destoar do texto legal, desconsidera a necessária interpretação sistemática e teleológica do novo texto processual civil.

Em relação ao disposto na norma vetada, os parágrafos do dispositivo em tela restringem as hipóteses em que pedidos individuais possam vir a ser reunidos em processos coletivos. Em resumo, a conversão não se aplica nos casos de direitos individuais homogêneos, quando já iniciada, na demanda individual, a audiência

de instrução e julgamento. Ademais, a conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

Com base nas referidas regras normativas, tem-se que o incidente de conversão não configura arbítrio judicial, visto que requer postulação a respeito, além de se submeter ao crivo do contraditório por parte de todos os sujeitos processuais interessados. A interpretação sistemática e teleológica do novo texto processual esclarece que este consagra, de forma cabal, o contraditório, enquanto direito à informação e à reação em face de toda e qualquer decisão judicial. Portanto, não há de se falar em processo autoritário, haja vista a interpretação do artigo de lei vetado se dá de modo contextualizado ante todas as demais normas processuais.

Em relação à aduzida subversão da duração razoável do processo, destaque-se que há a previsão de processamento de pedidos estritamente individuais em autos apartados, a não sofrerem qualquer solução de continuidade resultante da conversão em demanda coletiva. Lado outro, sob o prisma do microsistema de tutela coletiva, não se pode desconsiderar a possibilidade jurídica de tutela provisória, em sede de ação coletiva, com base no artigo 4^a da Lei 7.347/85 em adendo com os artigos 294 e seguintes do Novo Código de Processo Civil. Essa tutela provisória, com base em toda a novel regulamentação processual, pode ser concedida com vistas a salvaguardar os pleitos veiculados nas ações individuais objeto de conversão. Dessarte, não se correria o risco de colocar em perigo a saúde daqueles que judicializam pleitos urgentes, assim como, concomitantemente, não se afastaria as vantagens da tutela coletiva (MARINONI, 2017, p. 103).

De outro lado, Antônio Gidi afirma que o microsistema de processo coletivo, formado, por exemplo, pelo Código de Defesa

do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública, proporcionaram a democratização do processo. Isso porque, ao possibilitar a reunião de demandas relativas a direitos metaindividuais em um só processo, além de consagrar a segurança jurídica, concretiza o princípio da igualdade, sendo este um dos principais alicerces de qualquer regime democrático (MAZZILI, 2011, p. 227).

No campo da justiciabilidade do direito à saúde, a conversão de demandas individuais é particularmente benéfico em face de toda a problemática exposta. Quanto aos citados requisitos positivados, indubitável, por regra, a relevância social desse tipo de demanda, afinal se refere à integridade física do requerente. Quanto à impossibilidade de litisconsórcio, ressalte-se o aspecto econômico, visto que, notadamente, aqueles que se utilizam da saúde pública não dispõem não só de recursos financeiros razoáveis, mas também de informações mínimas sobre a legitimidade do interesse a ser objeto de postulação. Sendo assim, dificilmente irão se predispor a se reunir no polo ativo de ações sobre direito à saúde.

Ainda mais importante é a questão referente ao tratamento isonômico dos litigantes. Como foi dito, um dos grandes problemas da judicialização individual é a dissonância entre as diversas decisões prolatas. Não raro pessoas que necessitam do mesmo medicamento ou tratamento médico sem previsão administrativa acabam por receber provimentos jurisdicionais díspares, inobstante a similitude fática. Conforme observa Luís Roberto Barroso, a decisão judicial proferida em ação coletiva o produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população (BARROSO, 2013).

Portanto, em uma primeira perspectiva, a conversão de diversas ações individuais a respeito dos mesmos tratamentos médico-hospitalares em demanda coletiva eliminaria os mencionados obstáculos, de forma que não venha a ser dado abordagens distintas

a realidades fáticas equivalentes, a margem de qualquer elemento legítimo de discriminação. Todavia, há de se analisar esse instituto processual sob a ótica da democracia constitucional.

Com efeito, o processo coletivo, diferentemente de ações individuais, permite um maior debate a respeito do objeto litigioso. Luiz Guilherme Marinoni salienta que a discussão, em ações coletivas, não só viabiliza como, principalmente, requer uma análise panorâmica das políticas públicas correlatas, visto que além da eficácia transcendente da coisa julgada coletiva, os legitimados ativos têm maior capacidade de instruir os autos com elementos mais substanciais (MARINONI, 2017, p. 204). Será viável, inclusive, dimensionar o grau de necessidade das pessoas em relação àquele remédio ou tratamento específico (BARROSO, 2007).

Não se pode esquecer, como reconhece Luís Roberto Barroso, da tendência do juiz, em processos individuais, se preocupar, preponderantemente, com a micro-justiça, ou seja, com a resolução daquela situação concreta específica, a desconsiderar, por exemplo, a disponibilidade de recursos para o atendimento de indivíduos que necessitam de tratamentos médicos de disposição gratuita pelo Poder Público (BARROSO, 2007). Naturalmente, a urgência do objeto dessas ações individuais acaba por, inclusive, gerar um efeito sentimental no órgão julgador, o qual, por vezes, se vê como responsável pela vida do requerente (CANCELA JÚNIOR, 2009).

Nas demandas coletivas, esses impasses podem ser sobrepujados através de um diálogo institucional com a participação de órgãos técnicos de saúde, entidades administrativas do Executivos, representantes do Legislativos, dentre outros atores sociais. A eficácia *erga omnes* da coisa julgada coletiva torna imperioso o debate acerca de que caminho tomar no que tange às políticas públicas. Nessa espécie de processo, é possível, mediante ajuste com a Administração Pública após a necessária discussão, a

atualização das listas de medicamentos e tratamentos, assim como, uma melhor utilização de recursos públicos na aquisição de remédios listados.

Em pesquisa realizada nessa temática, Carolina Martins Marinho, constatou-se que a judicialização individual do direito à saúde - o que ocorreu em 84,7% das situações examinadas - não se mostra adequada, visto que se tende a desconsiderar as implicações gerais da decisão judicial prolatada (MARINHO, 2009).

Quanto à questão das consequências das referidas decisões no contexto de ações individuais, Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que uma das premissas indicativas de eventual quebra da isonomia nesses processos individuais decorre da operação cognitiva em se conjecturar se a universalização daquela decisão afetaria negativamente outras pessoas que fazem uso da saúde pública. Assim, o autor salienta que, na maioria dos casos, o medicamento ou tratamento concedido por determinação judicial, caso passasse a ser disponibilizado de forma universal, inviabilizaria o fornecimento daqueles previstos em listagens oficiais, a prejudicial um número elevado de pessoas (SOUZA NETO, 2008).

O citado autor ainda traz mais dois aspectos interessantes ao debate, ao salientar que, por intermédio da tutela coletiva do direito à saúde, evita-se o benefício em relação àqueles que possuem acesso à justiça em detrimento dos que não tem, assim como cria ambiente propício à organização dos demandantes em associações civis (SOUZA NETO, 2008).

O primeiro ponto se mostra também conseqüente do princípio da isonomia, haja vista se reconhecer que muitos indivíduos, inobstante possuam interesses legítimos, não buscam o Judiciário, por falta de recursos, informações a respeito da possibilidade de assistência pela Defensoria Pública, dentre outros motivos. No segundo aspecto, a mobilização do cidadão por meio do agrupamento em associações

da sociedade civil representa consequência lógica do contexto em que o Judiciário passe a converter ações individuais repetitivas sobre o direito à saúde em demandas coletivas, o que tornará a situação ainda mais racional pelos motivos já elencados.

No que concerne ao viés democrático, a conversão de demandas individuais de saúde, nos moldes do dispositivo legal vetado em comento, constitui solução plausível à questão da legitimidade do Judiciário. A participação, em demandas coletivas, de entidades de representação social, a exemplo de associações civis, em conjunto com órgãos estatais, reforçaria o caráter aglutinador do conteúdo da decisão a ser proferida, sobretudo porque possibilitaria ao juiz conhecer, de forma ampla, a situação de todos os interessados. Com isso, a função contramajoritária deixa de configurar mera retórica argumentativa e é concretizada, na prática, por intermédio do ambiente discursivo criado no processo coletivo.

Sob a ótica processual, a decisão judicial, em processo coletivo, é passível de construção mediante o diálogo social, institucional entre os poderes, cuja esfera de discussão pode ser viabilizada através de audiências públicas e a intervenção de terceiros como o *amicus curiae*. De outro lado, no cumprimento de decisão judicial coletiva, há a oportunidade, na demanda coletiva, de submissão de planejamentos apresentados pela Administração Pública ao crivo do contraditório, ou seja, à análise não só pelo Judiciário, mas também, de forma democrática, pela sociedade.

Ainda sob a ótica do microsistema processual coletivo, à luz do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, a tutela coletiva do direito à saúde apresenta outros pontos positivos. Nos casos em que o pedido da ação coletiva seja julgado improcedente, não resultará em prejuízo, ao se tratar de direitos difusos e coletivos *strico sensu*, aos pleitos individuais, sejam aqueles já instrumentalizados em ações individuais ou os que serão judicializados no futuro.

Além disso, no caso dessas duas espécies de direitos metaindividuais, a coisa julgada será *secundum eventum probationis*, ou seja, a improcedência do pedido, na ação coletiva, somente a produzirá em caso de acervo probatório suficiente. Caso contrário, os legitimados poderão intentar nova ação coletiva contra a qual não haverá coisa julgada anterior (GIDI, 1995, p. 46). No que tange aos direitos individuais homogêneos, embora sem previsão legal expressa, o entendimento majoritário é o de que se aplica a mesma sistemática dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, de sorte que os sujeitos de direito individualmente considerados não tenham prejudicado o seu direito de ação.

Dessa forma, apesar de inexistir outra norma a alicerçar o incidente de conversão de ações individuais em processo coletivo, além de o veto em questão ter sido mantido na forma do artigo 65, §4º da Constituição Federal, não se descarta da possibilidade de novo procedimento legislativo com o escopo de positivizar o instituto em comento.

Diante do exposto, constata-se que o instituto presente no dispositivo vetado, qual seja, o incidente de conversão de demandas individuais se mostra consideravelmente auspicioso no que concerne aos impasses inerentes à justiciabilidade do direito à saúde.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

6.1. A Judicialização individual do direito à saúde se tornou algo patológico na atualidade brasileira. Se por um lado as decisões judiciais prolatadas solucionam momentaneamente questões vitais, por outro geram uma série de outros problemas duradouros e que acabam por prejudicar justamente o direito à saúde que se busca proteger.

6.2. Em uma perspectiva tradicional de democracia, esta se alicerça na vontade maioria externada por intermédio de

representantes eleitos. Contudo, o Legislativo e o Executivo brasileiros já deram sinais consideráveis de que não priorizam aspectos sociais em suas respectivas atuações. Há de se considerar o aspecto contramajoritário inerente ao regime democrático, no sentido de que há direitos fundamentais inderrogáveis mesmo que pela suposta vontade majoritária. Nessa ótica, as decisões proferidas no âmbito da judicialização individual do direito à saúde têm se fundado no aspecto contramajoritário em favor daquele grupo de pessoas que necessita de tratamentos médicos não oficializados.

6.3. Nessas demandas individuais, não há qualquer espaço discursivo para que se dê voz tanto àqueles que almejam os referidos tratamentos quanto aos que se utilizam de procedimentos médicos previstos nas listagens oficiais, bem como ao próprio Poder Público. Dessarte, o espeque contramajoritário dessas decisões em ações individuais acaba por se tornar mera retórica argumentativa, a gerar prejuízo, inclusive, às minorias que se busca salvaguardar.

6.4. No processo coletivo, há mecanismos democráticos de discussão, a exemplo das audiências públicas e do *amicus curiae*. Outrossim, nas demandas coletiva, é viável uma esfera pública discursiva em que possam debater órgãos estatais e entidades representativas da sociedade acerca das políticas públicas referentes ao direito à saúde. Nesse ambiente, a decisão judicial coletiva será construída com base em elementos concretos relativos às possibilidades estatais e às necessidades da sociedade em relação à saúde pública. Demais disso, o cumprimento de sentença, através da apresentação de planejamentos consistentes por parte do Estado, será passível de fiscalização social.

6.5. Nesse contexto, o incidente de coletivização de demandas individuais, inobstante objeto de veto presidencial mantido pelo Legislativo, veicula instituto processual promissor. Isso porque, por intermédio do incidente de conversão de ações individuais em

demandas coletivas, seria possível reunir os pleitos individuais em processos coletivos. Com isso, afastar-se-ia o risco de decisões judiciais violadoras da isonomia, descontextualizadas em relação aos recursos orçamentários, além de promover a atualização das políticas públicas correlatas com base em um debate democrático entre os interessados.

6.6. Pelos motivos expostos, apesar da manutenção legislativa do veto presidencial do artigo 333 do projeto de lei do Novo Código de Processo Civil, não subsiste obstáculo jurídico a um novo procedimento legislativo com o escopo de positivar o incidente de conversão de ações individuais em demandas coletivas. Essa medida representaria abertura legal à efetivação democrática do direito à saúde.

Data de Submissão: 13/05/2017

Data de Aprovação: 11/07/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocêncio

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas públicas**. In: Revista de Direito Administrativo. Abr/Jun.2005 n° 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf> Acesso em 21 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democratização e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo**. In: _____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Cadernos [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 10 de jan. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> acesso: 19.12.17.

BARROSO, LUÍS. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 255.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf> Acesso em 21 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue**. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. p. 1118.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição democrática brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed., Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública n. 04**. Presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, período de 27- 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08/03/2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 31.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição**. Inédito. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina Editora. 7.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M.. **Diálogos institucionais:estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183- 206, set./dez. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Um veto providencial ao novo Código de Processo Civil!**. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

CUNHA, Alexandre Luna da; COUTO, Mônica Bonetti. **Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo**. Revista Prima Facie, vol 16, número 31, 2017.

CUNHA, Alexandre Luna da; COUTO, Mônica Bonetti. **Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo**. Revista Prima Facie, vol 16, número 31, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11.ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.. p. 212.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2013.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCIA, Emerson. Direito Judicial e Teoria da Constituição. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: JusPodvm, 2009. p. 293-319

GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2 v., 2003.

HOFFMAN, Florian F., BENTES, Fernando R. N. M.. **Litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica**. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-416.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 93.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8 edição. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 134.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. 2009. 122 p. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: RT 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional**. 2012. Disponível em < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3. ed. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. São Paulo: 2008.

MIRANDA, José Alberto Antunes de; FRAGA, Moisés Noé de. **Sociedade Global e Movimentos Sociais em Rede: Expansão da Democracia?**. Revista Prima Facie, vol 16, número 31, 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação**. In: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crises e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4ª edição. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, p. 2, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. **Notas sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira**. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.32.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros**. In: _____.; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer?**. Consultor Jurídico, 22/03/2012. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>>. Acesso em 06/07/2017.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 221.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora RT, 2016, p. 231.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo, Justiça e Legitimidade dos Novos Direitos**. Seqüência (Florianópolis), v. 54, p. 95-105, 2007.

The Democratic Effectiveness of the Right to Health Through the Collective Protection and the Aggregation of Individual Claims

Orlando Sampaio de Almeida Monteiro da Silva
Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Abstract: This article analyzes the negative consequences of the proliferation of individual lawsuits about the right to health in a constitutional democratic view which prioritize a open process of elaboration of public politics. The study shows the failure of this excessive individual lawsuits, mainly in a democratic way, the traditional one and the against majority function of the Justice. a democratic legitimation of the constitutional jurisdiction only lined on well motivated decisions. The issue is addressed by the deductive method, through doctrinal and jurisprudential research. The article aims to demonstrate that the right to health public politics must be discussed in class actions, through a procedimental conversion of the individual actions into class actions.

Key-words: Right of health judicialization. Democratic Legitimation. Procedimental conversion. Individual actions into class actions. Democratic issues.

Marx e Engels como Críticos da Justiça

VITOR SARTORI

Professor Adjunto da faculdade de Direito da UFMG

Email: vitorbsartori@gmail.com

Resumo: neste artigo, o campo da filosofia do Direito, procuraremos abordar, a partir da metodologia da análise imanente – explicitada no Brasil por José Chasin, na esteira de Gyögy Lukács – a questão da justiça em Marx e Engels, tendo por objetivo primordial explicitar, a partir das determinações presentes no próprio texto dos autores aqui estudados, como as suas críticas ao Direito estão acompanhada de uma crítica decidida à noção de Justiça. Assim, buscaremos deixar claros nossos resultados: os autores, em verdade, não acreditam ser possível contrapor Direito e Justiça já que, efetivamente, a noção de Justiça traria, segundo os autores, certa ocultação das vicissitudes da Sociedade civil-burguesa, a sociedade capitalista mesma. Deste modo, nos autores do *Manifesto Comunista*, intentamos concluir que a questão da justiça é inseparável do terreno do Direito e ela pressupõe determinado modo de produção, o capitalista, tendo-se, nestes autores alemães do século XIX, a crítica a qualquer concepção de “Justiça eterna” ou de “Justiça das transações”.

Palavras-chave: Marx e Engels. Justiça. Crítica ao Direito



Marx e Engels como críticos da Justiça

Vitor Sartori

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretendemos tratar da posição de Marx e Engels sobre a Justiça. Em um primeiro momento, procuraremos mostrar que, de imediato, parece ter bastante sentido a postura segundo a qual seria possível trazer uma concepção positiva sobre a justiça a partir dos autores do *Manifesto Comunista*. Mesmo que rapidamente, buscaremos mostrar confluências em posições de importantes autores (no Brasil, Lyra Filho e Mascaro e, no exterior, Kelsen) que abordaram a questão da Justiça ao se apoiar, ou ao ter em mente, a posição Marxiana. Posteriormente, analisaremos os próprios Karl Marx e Friedrich Engels, objetando demonstrar que, com suporte em seus textos, a questão pode ter mais nuances do que aqueles supostos pela maioria daqueles (como os autores mencionados acima) que tratam da obra Marxiana e Engelsiana no campo da Filosofia do Direito. A partir disso, procuraremos problematizar a Centralidade que tem o tema não campo do Direito analisando até que ponto ela é central aos autores que aqui tratamos, colocando a questão acerca de haver em Marx e Engels uma crítica à concepção capitalista de Justiça, ou uma crítica à própria noção de Justiça. Deste modo, ao fim, iremos nos posicionar acerca da plausibilidade de existir uma linha de pensamento como uma “Teoria da Justiça” que parta de Marx e Engels.

2. MARXISMO, DIREITO E JUSTIÇA: APONTAMENTOS INICIAIS

Muitos poderiam dizer que, sem dúvida, Marx e Engels ajudariam a pensar algo como uma “Teoria da Justiça”. Afinal de

contas, seria difícil negar que a Justiça é algo essencial a qualquer Sociedade. Neste sentido, nada pareceria mais natural que se tratasse da questão que gira em torno da relação entre Direito e Justiça a partir dos autores do *Manifesto Comunista*. Isto se daria já que estes autores conseguiriam ultrapassar o que diuturnamente aparece como evidente ao jurista que tivesse uma posição acrítica. Ou seja, uma “Teoria Marxista da Justiça” pareceria trazer um ímpeto crítico importante ao campo dos estudos jurídicos. No limite, ela remeteria a uma concepção anticapitalista de Justiça.

Ou seja, parece ser importante pensar a noção de Justiça a partir de uma referência, por assim dizer, “contra-hegemônica” (Marx e Engels), alternativa e radical.¹ Segundo este ponto de vista, os autores socialistas seriam um ponto de partida importante na fundamentação de uma concepção crítica acerca do Direito e da Justiça; isto se daria até mesmo porque uma questão essencial àquele que pensa criticamente o Direito giraria em torno do fundamento do ordenamento positivo, fundamento este que permearia a questão da Justiça. Neste sentido, Roberto Lyra Filho, autor influenciado pela obra Marxiana, ressaltou: “volta sempre a questão da fonte suprema de qualquer Direito, inclusive do direito de produzir normas legais. A idolatria da ordem nunca elimina (apenas tenta disfarçar) o problema da Justiça.” (LYRA FILHO, 1982, p. 52) Ou seja, contra a “idolatria da ordem”², uma concepção crítica que tivesse por norte a questão da “fonte suprema de qualquer Direito” poderia ser desenvolvida - com respaldo de autores como Marx e Engels,

1 Um autor bastante radical, como Joelton Nascimento, por exemplo, diz o seguinte: “todos os sonhos de justiça sonhados pelos juristas só poderão ser salvos quando nos colocarmos contra aqueles que reputam hoje seus fiéis depositários. A tentação de colocar todas as aspirações de justiça e de dignidade na forma jurídica e pleitear sua execução pelo Estado está fada ao fracasso.” (NASCIMENTO, 2014, pp. 277-278)

2 Aponta Lyra Filho que, no limite, “para o positivista, a ordem é a ‘Justiça’.” (LYRA FILHO, 1982, p. 35)

segundo Lyra Filho – remetendo à Justiça. Tratar-se-ia, portanto, da busca de uma concepção crítica do Direito, a qual fosse além da “ordem”, e, por isso mesmo, trouxesse consigo uma posição, no limite, embasada na busca de algo que poderia ser colocado como uma verdadeira “justiça social”. Também Alysson Mascaro, autor Marxista cuja principal influência está na obra de Pachukanis, de certo modo, coloca-se neste sentido. Diz o autor sobre a posição da Filosofia do Direito e sobre aquele que trata de estudá-la: “o filósofo do Direito pleno é aquele que, de posse do conhecimento filosófico, amplia os horizontes de seu tempo. Virulento contra as injustiças, aponta para o justo que ainda não existe.” (MASCARO, 2012, p. 17) Tanto para Mascaro como para Lyra Filho, portanto, Marx e Engels poderiam ser um ótimo ponto de partida no embate que criticasse a Sociedade existente. Ter-se-ia o “filósofo do Direito pleno” (Mascaro), o qual, inclusive, “aponta para o justo que ainda não existe” de um lado, e do outro, a compreensão crítica do “problema da justiça” (Lyra Filho). Abordar o Direito, trazendo sustentação na Justiça, pois, pareceria ser essencial e proveitoso.

Neste ponto, percebe-se que autores importantes da filosofia do Direito brasileira (Lyra Filho e Mascaro), e que foram influenciados por Marx, enfatizam uma tensão existente entre Direito e justiça, trazendo à tona, no limite, a impossibilidade de se tratar do Direito sem apreender os meandros da relação contraditória existente entre Direito e Justiça: “as relações entre Direito e Justiça constituem aspecto fundamental de nosso tema [tratar do que seria o Direito] e, também ali, muitas nuvens ideológicas recobrem a nua realidade das coisas.” (LYRA FILHO, 1982, p. 8) Para Lyra Filho, pois, justamente neste ponto, há maiores “nuvens ideológicas”, sendo que, não raro, com elas, viria a “injustiça”, e não a “justiça”. Mascaro, por sua vez, aponta que “a verdade dos poderes institucionais, da legalidade e do Direito é a verdade da injustiça, legal ou não, chancelada ao final

pelo próprio Direito.” (MASCARO, 2003, p. 18) Ou seja, a questão da Justiça é central para os dois autores influenciados por Marx, de tal modo que a tensão entre Direito e justiça seria essencial ao “filósofo do Direito”, que, no limite, “amplia os horizontes de seu tempo” e se coloca como alguém, decididamente, “virulento contra as injustiças”.

Assim, percebe-se que, ao menos para estes dois autores brasileiros, não haveria só uma tensão entre Direito e Justiça: ter-se-ia, em verdade, a possibilidade de uma crítica da “ordem” a partir da crítica às injustiças sociais.³ Ou seja, uma concepção crítica acerca da Filosofia do Direito poderia, com base em Marx e Engels, desenvolver-se tendo como um importante elo a noção de justiça.

Neste sentido, também Kelsen, autor importante na Filosofia do Direito, diz sobre o ponto que, para Marx e Engels, “a verdadeira igualdade e, portanto, a verdadeira – e não apenas aparente – justiça apenas poderia ser realizada na economia comunista do futuro.” (KELSEN, 2000, p. 41) Assim, a similitude não pode deixar de ser apontada, havendo, neste sentido, confluência entre o teórico do Direito austríaco e os brasileiros influenciados por Marx. Kelsen também passa por um ponto central para a crítica Marxista do Direito, a igualdade, que é destacada, sobretudo, ao se considerar criticamente a relação entre a igualdade jurídica e a desigualdade social do capitalismo. (Cf. PACHUKANIS, 1988; KASHIURA, 2009, 2013; NAVES, 2014) Ao fim, talvez fosse possível até mesmo

3 Aqui não podemos tratar da questão com cuidado. No entanto, vale trazer o apontamento de Roberto Lyra Filho seguindo o qual “justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Mas até a injustiça como também o Antidireito (isto é, a constituição de normas ilegítimas e sua imposição em sociedades mal organizadas) fazem parte do processo, pois nem a sociedade justa, nem a Justiça corretamente vista, nem o Direito mesmo, o legítimo, nascem dum berço metafísico ou são presente generoso dos deuses: eles brotam nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis eclipses.” (LYRA FILHO, 1982, p. 120-121)

contrapor-se à “igualdade jurídica”⁴ com suporte em uma concepção de Justiça.

Em um grande expoente da Teoria do Direito, ou em alguns importantes jusfilósofos que são influenciados pelos pensamento Marxiano, parece haver consenso: um tratamento do Direito que tenha uma perspectiva crítica (e Marxista) remete à questão da Justiça e traz a crítica da “ordem” e de sua “aparência”, procurando trazer à tona algo como o “justo que ainda não existe”. Neste sentido, nos autores apontados acima, é possível perceber uma oposição entre Direito e Justiça, podendo a última, no limite, voltar-se contra a conformação real e efetiva do primeiro.

Estes autores enquadram-se, de modo mais ou menos mediado, no campo do Direito e da Filosofia do Direito, dando uma ênfase específica e, somente neste sentido específico, parcial em suas análises. Porém, há de se perceber que mesmo V.I Lenin, principal líder das revoluções russas de 1905 e de 1917 (Cf. HOBBSAWM, 1995) e autor de perspectiva distante da Teoria do Direito e renomado no Marxismo - indica uma posição bastante similar.

O autor de *Estado e revolução*, Lenin, o Marxista mais conhecido do século XX (Cf. MÉSZÁROS, 2006), diz que “o ‘direito igual’ equivale a uma violação da igualdade e da justiça.” (LENIN, 2010, p. 112) E quanto a este ponto, tem-se três aspectos a se apontar: 1) primeiramente, não há dúvida da relevância de Lenin na elaboração de uma posição Marxista e, assim, não é possível simplesmente desqualificar Lyra Filho, Mascaro e Kelsen; 2) na passagem leniniana, há uma crítica à igualdade jurídica (tal qual na passagem kelseniana),

4 Embora a questão da igualdade jurídica apareça em Marx, principalmente na *Crítica ao programa de Gotha*, vale lembrar que Engels teceu uma crítica sistemática à noção em seu *Anti-Düring* em que diz que “a emancipação dos entraves feudais e a implantação da igualdade jurídica, pela abolição das desigualdades do feudalismo, eram um postulado colocado na ordem do dia pelo progresso econômico da sociedade, e que depressa alcançaria grandes proporções. (ENGELS, 1990, p. 89) Para uma análise da ambiguidade desta noção em Engels, Cf. SARTORI, 2016 b.

a qual, na esteira da crítica Marxiana à mesma, presente, sobretudo, em *O capital*, em verdade, traria justamente a desigualdade social (Cf. PACHUKANIS, 1988; NAVES, 2014; KASHIURA, 2009, 2013); assim, há também confluência de Lenin com Kelsen, ao se destacar como elo mediador ao se tratar da questão da justiça a noção de igualdade⁵; 3) em Lenin, a noção de Igualdade Jurídica, mencionada anteriormente, mostra-se como algo a ser criticado, inclusive, com referência à Justiça. Portanto, em certo sentido, Lenin traz a valorização da noção de Justiça em oposição à desvalorização da noção de Igualdade que aparece no campo jurídico. Portanto, os jusfilósofos brasileiros não estão isolados em suas posições. Ao se utilizar o critério Marxista, podem, pelo menos *prima facie*, ser vistos como fiéis a um autor como Lenin. E isto faz com que tratar da relação entre Direito e Justiça pareça ser algo bastante importante para aqueles que acreditam ser Marx e Engels referências importantes na elaboração do pensamento crítico acerca do Direito e de sua relação com aspecto, por assim dizer, social, ligado à conformação objetiva da Sociedade civil-burguesa, sendo que, segundo Marx, “a anatomia da sociedade civil-burguesa deve ser procurada na economia política”. (MARX, 2009, p. 47) Neste sentido, há uma ligação íntima entre a crítica Marxiana da economia política e a crítica do Direito. ⁶ Trata-se, deste modo,

5 Tal relação entre justiça e igualdade já é apontada por outro importante teórico da teoria do Direito (e da argumentação jurídica), Perelman: “a ideia de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a ideia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto. A ideia de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade. O essencial é definir esta aplicação de tal forma que, mesmo constituindo o elemento comum das diversas concepções de justiça, ela possibilite as suas divergências. Isto só é possível se a definição da noção de justiça contém um elemento indeterminado, uma variável, cujas diversas determinações ensejarão as mais opostas fórmulas da justiça.” (PERELMAN, 2005, p. 14) Como mencionamos, a temática está muito presente em Engels também. (Cf. SARTORI, 2016 b)

6 Para uma posição neste sentido, Cf. SARTORI, 2015.

de ver até que ponto esta questão está também perpassada por uma teorização positiva sobre a Justiça na obra Marxiana e Engelsiana.

3. MARX E ENGELS DIANTE DA JUSTIÇA: UMA QUESTÃO CENTRAL?

É preciso que se atente: o fato de um reconhecido autor marxista como Lenin valorizar a noção de Justiça não significa que os próprios Marx e Engels o façam. Assim, é importante que se busque compreender a questão com cuidado porque os Marxistas, neste ponto como em tantos outros, pretendem ser fiéis ao desenvolvimento teórico trazido por Marx. (Cf. LUKÁCS, 2013, 2010, 2012) Deste modo, dizer que não há uma valorização da noção de Justiça por parte de Marx e de Engels significa, ao mesmo tempo, dizer que o autor de *Estado e revolução*, ao menos neste ponto, equivocam-se substancialmente quanto à questão caso pretendam, neste ponto, ser fiéis ao pensamento Marxiano. Ou seja, o tema aqui tratado ganha relevo, inclusive, ao esclarecer a relação entre o Marxismo e sua relação com a obra Marxiana. É verdade que não se pode confundir a tradição Marxista com o pensamento de Marx – o autor de *O capital* mesmo diz que “a única coisa que sei é que não sou um marxista”. (MARX; ENGELS, 2010, p. 277) Igualmente verdadeiro, porém, é que uma baliza importante ao marxismo, desde o pensamento de Engels, está na compreensão cuidadosa e acertada da obra do autor da *Crítica ao programa de Gotha*.

Na passagem mencionada acima, Lenin trata da relação entre Direito e Justiça, opondo ambos; aqui, veremos se é possível, a partir de Marx e Engels, apoiar-se nesta posição, a qual, em autores como Mascaro e Lyra Filho, também parece ter alguma importância na crítica ao Direito e à sociedade capitalista. Portanto, explicitar a posição dos autores do alemães sobre a Justiça é importante para que se possa lançar nova luz na oposição entre Justiça e Direito,

verificando se ela é plausível de acordo com os textos Marxianos e Engelsianos. Por conseguinte, antes de buscar desenvolver algo como uma “Teoria Marxista da Justiça” ou como uma “Filosofia Marxista da Justiça”, é importante averiguar se, afinal de contas, isto faz sentido a partir da posição dos próprios autores diante do tema. É preciso ver se a empreitada de elaborar esta teoria é possível a partir de Marx e Engels ou se não é, para os autores do *Manifesto Comunista*, equivocada. Este texto tem por objetivo: averiguar a pertinência de tal Teoria da Justiça, e dos desdobramentos dela (como a oposição entre Direito e Justiça) diante dos textos dos próprios autores alemães. Deixaremos de discutir aqui, portanto, a pertinência do desenvolvimento destas Teorias fora do referencial Marxiano e Engelsiano (mesmo que isso possa ser importante)⁷, tendo em conta somente a existência ou não de abertura nos textos dos autores sobre a questão. Ou seja, não procuramos provar ser possível ou não a pertinência de uma Teoria da Justiça; somente procuramos trazer à tona o modo como a questão se apresenta nos textos de Marx e Engels. Trata-se de averiguar se autores como Lenin, Mascaró e Lyra Filho afastam-se de Marx e Engels ao trazer como importante uma oposição entre Direito e Justiça.

4. MARX E ENGELS DIANTE DA QUESTÃO DA JUSTIÇA

Para analisar a questão, é preciso tratar com cuidado de algumas passagens de Marx e de Engels sobre o tema. Mesmo que aqui não possamos esgotar as referências dos autores ao tema, cabe uma análise cuidadosa de algumas delas as quais, acreditamos, podem ser centrais e foram abordadas abaixo. Vale dizer que um primeiro destaque, necessariamente, gira em torno do papel central que tem a produção social – inseparável da circulação, da

⁷ Isso implicaria, certamente, em um diálogo com grandes expoentes destas teorias. Para uma crítica de Perry Anderson a John Rawls, Cf. ANDERSON, 2002.

distribuição, da troca e do consumo (Cf. MARX, 2011; ENGELS, 2015) - nos autores do *Manifesto Comunista*. Sobre a questão da Justiça, mais precisamente, da “justiça das transações”, aponta Marx em *O capital* aspectos importantes para o tema e que remetem diretamente à centralidade que mencionamos acima:

A justiça das transações que se efetuam entre os agentes da produção baseia-se na circunstância de se originarem das relações de produção como consequência natural. As formas jurídicas em que essas transações econômicas aparecem como atos de vontade dos participantes, como expressões de sua vontade comum e como contratos cuja execução pode ser imposta à parte individual por meio do Estado não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo. Elas apenas o expressam. Esse conteúdo será justo contanto que corresponda ao modo de produção, que lhe seja adequado. É injusto, assim que o contradisser. A escravatura, na base do modo de produção capitalista, é injusta; da mesma maneira a fraude na qualidade da mercadoria. (MARX, 1986, p. 256)

A noção de Justiça, percebe-se pela citação acima, traz referência obrigatória às relações de produção e aos “agentes da produção”. Tanto é assim que Engels, no *Anti-Düring*, chega a afirmar que “com o modo de produção e de troca de uma determinada sociedade histórica e com as condições históricas dessa sociedade também está dado, simultaneamente, o modo de distribuição dos produtos.” (ENGELS, 2015, p. 178) Ou seja, falar na “justiça das transações” sem mais significaria, em verdade, deixar de lado uma análise crítica justamente aquilo que seria o central, “o modo de produção e de troca”. A “justiça das transações”, portanto, claramente, não aparece como um elemento decisivo a Marx; em verdade, a noção acaba vindo a trazer à noção de justiça à tona somente ao passo que toma determinadas relações de produção como “consequência natural” e, neste sentido, como uma espécie de “segunda natureza” imutável. (Cf. LUKÁCS, 2013)

De acordo com a citação, a “justiça das transações” não pode intervir ativamente nestas esferas centrais à conformação real e efetiva da “base real”⁸ que mencionam os autores do *Manifesto Comunista*; no limite, ela apareceria como “consequência natural” das mesmas. No texto Marxiano tem-se também a correlação da “justiça das transações” com o Estado e o Direito. Eles, enquanto “simples formas”, seriam impotentes diante do conteúdo social que permeia as relações sociais de produção e que é somente “expresso” no Estado e no Direito.⁹ Trata-se do fato segundo o qual em Marx, mediante o Estado, o âmbito jurídico não tanto traz a possibilidade de romper decisivamente com relações sociais determinadas, mas potencialidades muito distintas: como aponta Marx na *Miséria da filosofia*: “o Direito nada mais é que o reconhecimento do oficial do fato”. (MARX, 2004, p. 84)¹⁰ Nota-se, pois: Estado e Direito, em Marx, possuem uma relação de reconhecimento (*Annerkenung*) com o conteúdo social, podendo, no máximo, trazer ao campo oficial, *post festum*, o que já fora trazido nos antagonismos sociais – mediante os conflitos classistas – no solo da “sociedade civil-burguesa”. (Cf. SARTORI, 2016 b, 2015) A passagem Marxiana traz à tona que haveria “simples formas” as quais, como tais, “não

8 Como aponta Marx em um texto bastante famoso, o prefácio de 1859 à *Crítica da economia política*, “a totalidade destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida intelectual, político e social.” (MARX, 2009, p. 47)

9 Neste sentido, com razão, aponta Lukács ser necessário “afirmar, teórica e praticamente, a prioridade do conteúdo político-social em relação à forma jurídica.” (LUKÁCS, 2007, p. 57)

10 Sobre o tema, Lukács aponta em sua *Ontologia do ser social* que “a formulação ‘fato’ e seu ‘reconhecimento’ exprime com exatidão a prioridade ontológica do econômico: o Direito é uma forma específica de reflexo e reprodução na consciência daquilo que acontece de fato na vida econômica. O termo reconhecimento específica, posteriormente, a peculiaridade desta reprodução colocando em primeiro plano o caráter não puramente teórico, contemplativo, mas antes de tudo prático.” (LUKÁCS, 1981, p. XCIX)

podem determinar” o conteúdo social. Segundo o autor de *O capital*, querer uma relação diferente entre as formas política e jurídica e o conteúdo social seria o mesmo que deixar de lado a compreensão da real tessitura da realidade efetiva (*Wirklichkeit*) - que tem por central e por base “o modo de produção e de troca de uma determinada sociedade histórica e [...] as condições históricas dessa sociedade” - em nome de um postulado moral acerca da justiça. Se, como em Proudhon, aponta-se que a sociedade capitalista “subverte as noções de equidade, de justiça’, de moral” (MARX, 2004, p. 174) Deixa-se de ter em conta algo essencial, a saber: “a moral é a ‘impuissance mise en action’. (MARX; ENGELS, 2003, p. 224) E, assim, percebe-se, desde já, certa ligação entre a crítica Marxiana à Justiça e à Moral.

Ao relacionar a inseparabilidade entre as esferas da produção, da distribuição, da troca e do consumo, Engels, seguindo Marx, critica justamente aqueles que procuram, em nome da Justiça e da Moral, retirar as determinações socioeconômicas advindas, mesmo que de modo mediado, do campo produtivo da esfera da distribuição. Com isso, diz, Engels, autor do *Anti-Düring*, tal qual Marx, que tratar da esfera da destruição significa compreender cuidadosamente as contradições existentes entre as distintas esferas que compõem as relações econômicas. Sobre Düring, autor que vinha ganhando proeminência nos círculos internos do Partido Social-Democrata Alemão, Engels tece um duro questionamento, que passa pelo tema que tratamos remetendo à crítica à Moral. Diz Engels:

Ele traslada toda a teoria da distribuição do campo econômico para o da moral e do direito, isto é, do campo dos fatos materiais estabelecidos para o das opiniões ou dos sentimentos mais ou menos oscilantes. Portanto, ele não precisa mais investigar nem provar, apenas declamar animadamente o que lhe vier à mente, e pode fazer a exigência de que a distribuição dos produtos do trabalho se oriente não por suas causas reais, mas por aquilo que parece moral e justo para ele, para o sr. Dühring. (ENGELS, 2015, p. 185-186)

Justamente Engels enfoca a necessidade de buscar uma crítica à distribuição da riqueza capitalista que se restrinja, em um primeiro momento, àquilo que se liga intimamente ao “campo econômico” e que lhe é mais basilar: “o modo de produção e de troca de uma determinada sociedade histórica e [...] as condições históricas dessa sociedade”. Sem este ponto de partida, deixar-se-ia de considerar com o cuidado devido o “campo dos fatos materiais estabelecidos”, o que seria inaceitável em qualquer análise rigorosa da questão da distribuição da riqueza. Esta última, em verdade, usualmente, seria considerada como uma questão de “justiça das transações”, criticada por Marx na passagem de *O capital*. Segundo Marx e Engels, porém, não é possível de modo algum a elaboração de uma teorização séria sobre aquilo que hoje se chama de “justiça social” sem que se tenha em conta o verdadeiro movimento das contradições do campo econômico. Isto, por sua vez, somente seria possível ao se considerar o modo pelo qual o homem, enquanto ser autoproductor (Cf. LUKÁCS, 2010, 2012, 2013; MARX, 2004), faz sua própria história em relação com o passado.¹¹

Trazer como central uma suposta “justiça das transações” seria um equívoco, pois as vicissitudes da Sociedade precisariam ser tratadas de tal modo que a “justiça” não poderia figurar como substituta de uma análise cuidadosa e árdua seria. Segundo Marx e Engels, ter por central tal “justiça” seria elevar a própria ignorância acerca do campo econômico ao patamar de virtude, como ocorreria, por exemplo, em Proudhon (Cf. MARX, 2004; ENGELS, 1982), autor que Marx ataca em 1847 em sua obra *Miséria da filosofia* e que pode se relacionar ao surgimento do pensamento anarquista; tratar-

11 Segundo Marx, “os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos.” (MARX, 1997, p. 21)

se-ia justamente de dar um ar de notoriedade e de sapiência ao campo “das opiniões e dos sentimentos mais ou menos oscilantes”. O sentido de uma Teorização sobre a Justiça e a Moral (ligadas à distribuição e cegas diante da esfera produtiva propriamente dita, segundo os autores¹²) coloca-se quando aquele que elabora tal Teoria tem a seguinte posição, destacada por Engels quanto a Düring: “ele não precisa mais investigar nem provar, apenas declamar animadamente o que lhe vier à mente, e pode fazer a exigência de que a distribuição dos produtos do trabalho se oriente não por suas causas reais, mas por aquilo que parece moral e justo para ele”. Engels em específico, portanto, é ríspido quanto à pertinência da questão da Justiça, dizendo que ela, depois de determinado grau de desenvolvimento da Sociedade capitalista, retira de campo o essencial e, em seu lugar, coloca uma forma mais ou menos elaborada de uma retórica vazia.¹³

Neste ponto, surge a relação da questão da Justiça com aquela do Direito, já que, como aponta Engels, o equívoco de Düring teria sido, como mencionado na citação acima, que “ele traslada toda a teoria da distribuição do campo econômico para o da moral e do Direito”, estando estes dois campos ligados ao campo “das opiniões ou dos sentimentos mais ou menos oscilantes”. Assim, cabe averiguar a noção de vontade aparece ao se trazer a tona a relação

12 Neste ponto, tanto Lukács (2013) quanto Pachukanis (1988) estão de acordo. Sobre o tema, Cf. SARTORI 2016 c.

13 A questão nem sempre teria se desenvolvido de tal modo. Com o esclarecimento (*Aufklärung*), os filósofos teriam adotado posições extremamente progressistas frente ao desenvolvimento social. Contra a ordem feudal, os iluministas teriam adotado o seguinte posicionamento: “todas as formas sociais e estatais até então existentes, todas as concepções transmitidas desde tempos antigos foram tidas como irracionais e jogadas no depósito de cacarecos. Até ali, o mundo havia se deixado conduzir meramente por preconceitos; tudo o que havia passado não merecia nada além de comisseração e desprezo. Só agora havia irrompido a luz do dia, o império da razão; a partir daquele momento, a superstição, a injustiça, o privilégio e a progressão dariam lugar à verdade eterna, à justiça eterna, à igualdade baseada na natureza e aos direitos do homem inalienáveis.” (ENGELS, 2015, p. 45-46)

entre a distribuição de riquezas (tratada com referência à “justiça das transações”), o campo do Direito e o da Moral. Trata-se também de notar que o campo da Justiça, na passagem de *O capital*, remete às formas jurídica e Estatal as quais, “como simples formas” perpassam um conteúdo socioeconômico ao passo que não podem “determinar esse conteúdo”. Ou seja, a questão da Justiça e do Direito aparecem como inseparáveis de tal forma que é preciso analisar o modo como isso se expressa.

A temática é esboçada pelo autor tendo-se a “impotência” - ligada, em Marx, à incapacidade do controle consciente das condições de vida sob a égide da Sociedade capitalista (Cf. MARX, 1996) -, seja na política, seja no Direito, ligada à noção de “vontade”. Sobre a política, diz Marx que “quando mais unilateral, isto é, quanto mais perfeito é o intelecto político, tanto mais ele crê na onipotência da vontade e tanto mais é cego frente aos limites naturais da vontade e, conseqüentemente, tanto mais é incapaz de descobrir a fonte dos males sociais.” (MARX, 2010, p. 62)¹⁴ Há, segundo o autor, justamente como contraponto à impotência real e efetiva da mediação política (ela, como dito, ao lado da forma jurídica, como “simples forma”, “não pode determinar” o conteúdo social) uma crença da onipotência do “intelecto político”. E, neste sentido, as “formas jurídicas”, mediadas pela “vontade comum” que se corporifica nos “contratos”, são “executadas” por meio do Estado ao passo que este, com a política, traz a crença na onipotência

14 Para uma análise cuidadosa da questão, Cf. CHASIN, 2009. A obra citada é de 1844, de modo que muitos diriam que se trata de algo ligado somente ao “jovem Marx” (Cf. ALTHUSSER, 1979); no entanto, para que se retire de campo tal posicionamento, basta citar o *Manifesto Comunista*, em que também resta clara a crítica à própria política: “quando, no curso do desenvolvimento, desaparecerem os antagonismos de classes e toda a produção for concentrada nas mãos dos indivíduos associados, o poder público perderá seu caráter político. O poder político é o poder organizado de uma classe para a opressão de outra.” (MARX; ENGELS, 1998, p. 59) Para uma análise da relação entre vontade, política, Direito e reconhecimento, Cf. SARTORI, 2016 b.

na medida mesma em que há impotência. A vontade política, neste meio, aparece como tal justamente ao enquanto somente “expressa” um conteúdo que por ela não é, em verdade, capaz de determinar. Mediante a atuação estatal, para que usemos a dicção de *O capital*, “as formas jurídicas [...] não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo”. Tanto a política como as “formas jurídicas”, nota-se, trazem, para os autores tratados, como mediação essencial a noção de vontade, a qual, é preciso dizer, pode mesmo estar permeada por imperativos morais relacionados à noção de justiça. E, é bom lembrar, também no caso da moral, “a moral é a ‘impuissance mise en action’”. O hipostasiar destes campos justamente seria acompanhado da impotência, pois. Para Marx e Engels, o campo do Direito e da Moral efetivamente eclipsam o “campo econômico”.

Por meio da vontade, marcada por imperativos de “justiça”, e com a mediação contratual (“atos de vontade dos participantes, como expressões de sua vontade comum e como contratos cuja execução pode ser imposta à parte individual por meio do Estado”), a questão se apresenta na cotidianidade da Sociedade capitalista como se o conteúdo político-social fosse posto consciente e livremente por aqueles que colocam-se por meio das “formas jurídicas”. Marx complementa dizendo que isso se dá supondo a produção capitalista enquanto uma espécie de segunda natureza imutável ao passo que, tanto ao tratar da Justiça quanto ao se ter em conta a economia política, “na distribuição, em troca, a humanidade deve ter se permitido de fato toda espécie de arbítrio”. (MARX, 2011, p. 59) A base sobre a qual se coloca a “justiça das transações” não seria outro que o da produção capitalista, de modo que a transformação dos produtos do trabalho em mercadorias é aquilo subjacente à conformação do campo econômico, em que se colocam tanto a distribuição como a produção das mercadorias. Destacar a questão da “justiça das transações” significaria, portanto, transladar “toda

a teoria da distribuição do campo econômico para o da moral e do Direito, isto é, do campo dos fatos materiais estabelecidos para o das opiniões ou dos sentimentos mais ou menos oscilantes”. No que aponta Marx sobre a circulação mercantil, o Direito e o reconhecimento de relações econômicas enquanto relações jurídicas:

As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar a violência, em outras palavras, tomá-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portanto, apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete uma relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma. (MARX, 1996, p. 79)

Vale apontar que o “campo econômico” é perpassado pela atividade real e efetiva dos homens, de tal modo que o aparente automatismo da esfera, analisado por Marx em *O capital*, decorre do fato de os homens mesmos, na circulação de mercadorias, aparecerem somente como portadores de relações sociais estranhadas, somente como “possuidores de mercadorias” os quais, para que estas se relacionem entre si, precisam “reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados”. Isto se dá de modo que eles se apresentam como aquilo que não são, e não podem ser, mas que, em meio a mediações irracionais, aparece como “conseqüência natural”. (Cf. SARTORI, 2016 a) Como aponta Marx sobre o cotidiano da sociedade capitalista, mais especificamente sobre o modo pelo qual as contradições econômicas parecem não existir ao passo que são “absurdas”:

As mediações das formas irracionais em que determinadas condições econômicas aparecem e praticamente se acoplam não importa nem um pouco para os portadores práticos dessas condições econômicas em sua ação diuturna; e já que eles estão acostumados a se movimentar no meio delas, não ficam nem um pouco chocados com isso. Uma perfeita contradição não tem nada de misterioso para eles. Nas formas fenomênicas que perderam a coerência interna e que, tomadas em si, são absurdas, eles se sentem tão à vontade como um peixe na água. (MARX, 1985, p. 241)

Neste campo, o da distribuição e da circulação de mercadorias – que supõe, como “natural” o modo de produção capitalista –, têm-se “coisas” que, para se relacionarem, precisam de “pessoas” de uma conformação bem específica: “para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas”. No campo econômico, pois, em meio à circulação de mercadorias, a vontade, que se crê onipotente no campo da política e do Estado, curva-se diante do movimento das mercadorias, de tal modo que a vontade aparece subsumida às coisas. A relação entre as mercadorias, o contrato e as relações jurídicas resta clara, pois: a liberdade colocada pela economia capitalista se põe como tal justamente ao trazer o reconhecimento de relações reificadas, relações em que a sociabilidade parece ser algo dado e coisificado. (Cf. SARTORI, 2016 a) A base sobre a qual se colocam tanto a “justiça das transações” quanto a Moral, as formas jurídicas e Estatal é este, o da reificação e naturalização das relações sociais de produção de uma época. (Cf. MARX, 1996) Complementa Engels ainda: “ao transformar as coisas em mercadorias, a produção capitalista destruiu todas as antigas relações tradicionais e substituiu os costumes herdados e os direitos históricos pela compra e venda, pelo ‘livre’ contrato.” (ENGELS, 2002, p. 93) Justamente a “relação jurídica” conforma-se de tal modo que “é uma relação de vontade em que se reflete uma relação econômica.” E, neste sentido, as “formas jurídicas” não só

não determinam seu próprio conteúdo: “o conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma.” O campo do Direito, pois, tem como suposto aquilo que deveria ser criticado – para os autores do *Manifesto Comunista*, na modernidade, a produção capitalista – sendo que, tanto em Marx como em Engels, a questão da Justiça aparece como inseparável daquela da esfera jurídica.

Ou seja, justamente ao passo que “o Direito nada mais é que o reconhecimento do oficial do fato”, no campo jurídico acredita-se ser a vontade jurídica, mediada de modo mais ou menos claro por uma noção de justiça, uma espécie de demiurgo do real. (Cf. LUKÁCS, 2013) Por meio de sua “livre vontade”, expressa mediante o apelo ao campo da Moral, no campo jurídico acreditar ter o domínio das relações de distribuição, buscando-se, no limite, a “justiça das transações”; de acordo com Marx e Engels, porém, ter-se-ia a antítese direta disto: o reconhecimento presente no campo do Direito traria justamente a “expressão” da “relação econômica mesma”. Longe de determinar as relações de produção, o reconhecimento jurídico traz a submissão frente a estas, tendo-se a determinação econômica da propriedade privada conformando o modo pelo qual os homens reconhecem-se como “pessoas” - neste sentido, somente mediante a reificação da atividade social (com “pessoas, cuja vontade reside nessas coisas”) é que há reconhecimento, imbuído de modo mais ou menos mediado pela noção de Justiça, no campo do Direito. (Cf. SARTORI, 2016 a) O campo jurídico, mesmo que mediado pela noção de Justiça, não só não consegue determinar seu próprio conteúdo; segundo Marx e Engels, ele traz a submissão à conformação dos homens enquanto meros “guardiões” de mercadorias, como “agentes da produção” cuja “vontade livre”, neste campo, “reside nas coisas”. Ou seja, trata-se do reconhecimento do aviltamento da personalidade dos homens, da submissão diante de potências sociais estranhadas

e que aparecem como se eternas fossem, como uma espécie de “segunda natureza”. (Cf. LUKÁCS, 2013)

A vontade, imbuída da noção de Justiça, e que tem como suposto (segundo Marx) o Estado e o Direito, não determina, mas é determinada pelas relações sociais de produção, como trazido na citação de Marx acima mencionada: “não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo. Elas apenas o expressam.” Quanto à vontade, novamente, Marx é claro: “o conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma.” Disso, porém, é preciso que se diga, não decorre de imediato uma crítica à noção de Justiça – tem-se somente o fato de haver uma real e efetiva indissociabilidade entre o “campo econômico” e a esfera jurídica. No entanto, surge com clareza a posição de Marx sobre conexão entre a produção social e a Justiça quando, sem deixar margem para interpretações no sentido oposto, aponta o autor de *O capital* sobre o conteúdo das “formas jurídicas”: como trazido na citação de *O capital*, mencionada acima, “esse conteúdo será justo contanto que corresponda ao modo de produção, que lhe seja adequado. E injusto, assim que o contradisser. A escravatura, na base do modo de produção capitalista, é injusta; da mesma maneira a fraude na qualidade da mercadoria.” Desta maneira, a questão se mostra ao passo que a noção Justiça, longe de ser parte de uma crítica real e efetiva à sociabilidade existente, toma a última como algo imutável. Ou seja, trata-se, ao mesmo tempo, de uma crítica e da reconciliação diante da existência concreta do modo de produção capitalista. Engels, por seu turno, aponta que, nos iluministas, com a noção de Razão, “a superstição, a injustiça, o privilégio e a progressão dariam lugar à verdade eterna, à justiça eterna, à igualdade baseada na natureza e aos direitos do homem inalienáveis.” (ENGELS, 2015, p. 46) Não se trata de uma noção com um tom retórico.

Antes, tem-se uma legítima revolta diante da sociabilidade existente; no entanto, esta crítica, imbuído de uma Moral e de uma vontade pungentes, baseia-se, segundo os autores, também na incapacidade de compreender o “campo econômico”. E seria precisamente este a ser transformado. De acordo com Marx e Engels, por outro lado, com a noção de Justiça, e com as formas jurídicas, isto estaria real e efetivamente inviabilizado. Tratar-se-ia, antes, do reconhecimento da impotência.

Marx e Engels não dizem que aqueles que remetem à noção de Justiça o façam de modo simplesmente manipulatório. Porém, Marx diz sobre a temática que ela aparece como indissociável de certa “fraseologia”, mais precisamente, da “fraseologia da distribuição justa”. (MARX, 2012, p. 28) No que, novamente, destaca-se a impossibilidade de um tratamento da esfera da distribuição que deixe de ter em conta a determinação desta a partir da esfera produtiva. O central, porém, é: mesmo que com “boas intenções”, por vezes até mesmo intenções socialistas e “utópicas” (Cf. ENGELS, 1962), a noção de Justiça não seria um ponto de partida adequado para a crítica ao capitalismo. Com a noção de Justiça por central, a fundamentação econômica, o “campo econômico”, seria, ao fim, desconsiderado ou levado em conta superficialmente. Como mencionado na citação de *O capital* trazida acima, mesmo ao tratar da “justiça das transações”, ter-se-ia como resultado que, tal como teria ocorrido em Düring, criticado por Engels, aquele que adota a posição que tem por central a Justiça, segundo as palavras do *Anti-Düring*, citadas acima, “translada toda a teoria da distribuição do campo econômico para o da moral e do Direito”. Em Marx e Engels, Moral e Direito, pois, aparecem como inseparáveis da Justiça ao passo em que um não poderia, de modo algum, corrigir as vicissitudes do outro. Como aponta Engels sobre Prodhon:

Toda a doutrina de Proudhon assenta neste salto de salvação que vai da realidade econômica para a frase jurídica. O valente Proudhon, sempre que deixa escapar a conexão econômica — e isto acontece nele com todas as questões sérias — refugia-se no campo do direito e apela para a justiça eterna. (ENGELS, 1982, p. 12)

Uma questão importante a ser destacada é: segundo Engels, caminham juntos a “frase jurídica” e a noção de Justiça, no caso, a “justiça eterna”. Em Proudhon, a falta de cuidado na apreensão das relações sociais de produção levaria a nada menos que a um “salto de salvação”; no lugar da compreensão da dialética traçada entre a produção e a distribuição¹⁵, tem-se a “frase jurídica” - e, assim, aquilo que é um vício (a incompreensão acerca da real tessitura da sociedade capitalista) é tomado por aqueles que se apegam às “formas jurídicas” por uma virtude e, ao fim, elevado ao patamar da “justiça eterna”. Uma Teoria da Justiça, pois, seria, se formos seguir os apontamentos de Marx e de Engels, aquela que parte de tal “salto de salvação” e tenta suprir suas aporias com uma noção mais ou menos elaborada de Justiça e de Moral.

Em suma, com a noção de Justiça como algo central, no lugar de compreender a totalidade das relações sociais de produção em sua real e complexa conformação, Proudhon, o autor da *Filosofia da miséria*, diz Engels, “refugia-se no campo do Direito e apela para a justiça eterna”. Neste sentido, a noção de Justiça, conjuntamente com a “frase jurídica”, transformaria o problema em solução: da incompreensão acerca do econômico, e da incapacidade de pensar

15 Como aponta Engels, a relação entre os dois campos é dialética, e não mecânica, mesmo que exista uma prioridade ontológica da produção (Cf. LUKÁCS, 2013), que se coloca como o “momento preponderante” (*übergreifendes Moment*) da reprodução da estrutura econômica da sociedade (Cf. CHASIN, 2009): “com o modo de produção e de troca de uma determinada sociedade histórica e com as condições históricas dessa sociedade também está dado, simultaneamente, o modo de produção e distribuição. [...] Entretanto, a distribuição não é simples resultado passivo da produção e da troca; com a mesma intensidade, ela retroage sobre ambas.” (ENGELS, 2015, p. 178)

uma transformação social que procurasse suprimir (*aufheben*) a própria produção capitalista, surge o discurso moral acerca da “justiça eterna”; segundo Marx e Engels, porém, esta última não pode ser senão a outra face daquilo que supostamente critica aquele que remete à Justiça. Pelo que dizem os autores do *Manifesto Comunista*, a noção de justiça não consegue apreender quais são, ao final, as raízes das vicissitudes da sociedade civil-burguesa. Antes, aqueles que apelam à “justiça eterna” tomariam tais vicissitudes e suas raízes mesmas como parâmetro.

Isto se daria, inclusive, no caso de alguém que se pretende profundamente crítico, como Proudhon. Marx e Engels, pois, não elaboram uma “teoria da justiça”; antes, eles trazem uma crítica à noção, deixando claras as relações existentes entre ela, a autonomização da esfera da distribuição, o campo do Direito e da moral. A Justiça expressa justamente um “salto de salvação”.

No que é preciso abordar como, segundo Marx, justamente o que é fruto do desenvolvimento contraditório da produção capitalista, a “equalização” produzida posteriormente à Revolução Francesa, é tomada pelo autor da *Filosofia da miséria* como fruto de um imperativo de Justiça somente ao passo que não se trataria, de modo algum, disto, sendo necessária a crítica à própria noção de Justiça ao se ter em conta o modo pelo qual se coloca a lei do valor e o trabalho abstrato, tratados por Marx no livro I de *O capital*, em especial, em seu primeiro capítulo, mas já trazidos antes, em 1847, na crítica do autor alemão a Proudhon:

O trabalho simples tornou-se o eixo da indústria. Ela supõe que os trabalhos se equalizam pela subordinação do homem à máquina ou pela divisão extrema do trabalho; supõe que os homens se apagam diante do trabalho; que o trabalho tornou-se o balanço do pêndulo e tornou-se a medida exata da atividade relativa de dois operários, como o é da rapidez de duas locomotivas. Então, não é preciso dizer que uma hora de um homem vale uma hora de outro homem, mas sim que um homem

de uma hora vale outro homem de uma hora. O tempo é tudo, o homem não é mais nada; ele é no máximo a carapaça do tempo. Não mais existe a questão da qualidade. A quantidade sozinha decide tudo: hora por hora, jornada por jornada. Mas esta equalização do trabalho não é obra da justiça eterna do Sr. Proudhon; é simplesmente o fato da indústria moderna. (MARX, 2004, p. 49)

O imperativo da “justiça eterna” teria por base nada menos que uma Sociedade em que a equalização (com seu ímpeto igualitário, e com sua tendência a tornar o qualitativo quantitativo) tem por parâmetro o fato de que, em meio às relações de produção capitalistas, “o tempo é tudo, o homem não é nada”. A equalização que trata Proudhon, portanto, traz uma forma de igualdade, que foi central à Teoria Marxista do Direito, e que Marx relaciona com a esfera de circulação de mercadorias. Isto se dá somente ao passo que o trabalho se coloca como uma abstração já que seu valor é medido pelo tempo (“o balanço do pêndulo se tornou a medida exata da atividade relativa de dois operários”); trata-se justamente da abstração propiciada pelo processo de valorização do capital, tratado por Marx em *O capital* (Cf. MARX, 1996). A relação entre a Lei do Valor e a Igualdade Jurídica é destacada na medida em que a equalização que Proudhon elogia é resultado do processo de nivelamento realizado pelo capital e pelo dinheiro.¹⁶ Aquilo que Marx explica pela lei do valor e pelas contradições nela contidas, e, portanto, remetendo a uma compreensão aprofundada do “campo econômico”, é visto por Proudhon como “obra da justiça eterna”. E, assim, justamente a noção de Justiça que apela para a “equalização”, mencionada por Marx na citação trazida acima para criticar Proudhon, deixa intocada a esfera produtiva. A noção de Justiça

16 Como aponta Marx em *O capital*: “como no dinheiro é apagada toda diferença qualitativa entre as mercadorias, ele apaga por sua vez, como leveller radical, todas as diferenças. O dinheiro mesmo, porém, é uma mercadoria, uma coisa externa, que pode converter-se em propriedade privada de qualquer um. O poder social torna-se, assim, poder privado da pessoa privada.” MARX, 1996, p. 252)

tenta solucionar de modo ilusório o modo real e efetivo mediante o qual o homem, na Sociedade Capitalista, vem a se colocar: como “no máximo a carapaça do tempo”. Aquilo que, segundo Marx, é um “fato da indústria moderna” só poderia ser explanado com rigor ao se ter em conta, cuidadosamente, o próprio desenvolvimento do “campo econômico”, em que se situa este tipo de indústria.

Para os autores do *Manifesto Comunista*, justamente na base da noção de Justiça e de equalização, centrais para Proudhon, está o que Marx chamou de trabalho abstrato, o trabalho subsumido ao capital. (Cf. MARX, 1996) Trata-se, portanto, de compreender as contradições presentes nas relações de produção, e suas relações com o desenvolvimento multifacetado das forças produtivas. (Cf. MARX, 1996) A noção de Justiça se coloca como tal justamente ao não fazer isto e, assim, Marx e Engels a criticam em suas obras, citadas acima.

5. JUSTIÇA, TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E A DETERMINAÇÃO SOCIAL DA ESFERA DA DISTRIBUIÇÃO

Em Marx e Engels, a questão da Justiça se apresenta ao passo que aqueles que a tem por central tratam das relações sociais ao deixar intocadas as relações de produção e a análise da complexa tessitura do campo econômico. A teorização acerca da Justiça é levada a cabo, na melhor das hipóteses, com a autonomia descabida, segundo Marx e Engels, da distribuição. Isto seria problemático, segundo os autores. No que diz Marx na *Crítica ao programa de Gotha*:

O que é distribuição “justa”? Os burgueses não consideram que a atual distribuição é “justa”? E não é ela a única distribuição “justa” tendo como base o atual modo de produção? As relações econômicas são reguladas por conceitos jurídicos ou, ao contrário, são as relações jurídicas que derivam das relações econômicas? Os sectários socialistas não têm eles também as mais diferentes concepções de distribuição “justa”? (MARX, 2012, p. 28)

Duas questões estão presentes na passagem: primeiramente, Marx reafirma a unidade indissociável entre produção e distribuição ao explicitar a relação necessária da justiça com o “atual modo de produção”. Posteriormente, o autor alemão aponta a relação, também necessária, existente entre a noção de Justiça e o Direito. E, neste sentido, qualquer contraposição entre Direito e Justiça, deste modo, não poderia levar muito longe, mesmo que, para que se use as expressões trazidas na citação acima, da *Crítica ao programa de Gotha*, “sectários socialistas” também buscassem desenvolver alguma concepção acerca do que é uma “distribuição justa”.

Sobre a primeiro ponto, percebe-se: a noção de Justiça é ironizada pelo autor de *O capital*. Na passagem Marxiana, resta que o conteúdo da noção necessariamente varia de acordo com a posição (*Standpunkt*) social daquele que a usa; mas não só. Tal qual noutra citação de *O capital*, mencionada acima, havia dito que “a justiça das transações que se efetuam entre os agentes da produção baseia-se na circunstância de se originarem das relações de produção como consequência natural”, agora reafirma Marx que, para a burguesia, a “atual distribuição” - determinada pela conformação concreta da produção capitalista - não é vista enquanto algo marcado por “injustiça social” - na *Crítica ao programa de Gotha*, em uma citação trazida acima, diz Marx: “é ela a única distribuição ‘justa’ tendo como base o atual modo de produção”. Neste sentido, reitera-se a crítica à noção de justiça por esta se ater ao campo da distribuição da riqueza. Ao tratar do proudhonismo, ou seja, do ideário daqueles inspirados por Proudhon, Engels também aponta como que a questão pode, até certo ponto, mudar de figura, mas mantém-se no âmbito do modo de produção capitalista. Ao abordar a questão da moradia, aponta o autor do *Anti-Düring*:

Mediante a tradução para o jurídico, ficamos felizmente tão afastados da economia que já só vemos o fenômeno

de uma casa poder fazer-se pagar gradualmente várias vezes, por meio do aluguel bruto. Como estamos a pensar e a falar juridicamente, aplicamos a esse fenômeno a medida do direito, da justiça, e descobrimos que ele é injusto, que ele não corresponde à 'ideia de direito da revolução', seja isso o que for, e que, por isso, o título jurídico não serve para nada. [...] É-me absolutamente impossível adivinhar o que seja 'a ideia de direito da revolução'. Proudhon, é certo, faz 'da revolução' uma espécie de deusa, portadora e executora da sua 'justiça', embora ao fazê-lo caia então no estranho erro de misturar a revolução burguesa de 1789-1794 e a futura revolução proletária. (ENGELS, 1982, pp. 48-49)

A oposição de Engels ao "socialismo utópico" (Cf. ENGELS, 1962) e aos que seguem o ideário de Proudhon conflui em um posicionamento extremamente duro sobre a noção de Justiça. Com o primeiro, tem-se "o despertar da noção de que as instituições sociais existentes são irracionais e injustas, de que 'a razão é contrassenso, o bem se torna injúria'" (ENGELS, 2015, p. 304), certamente. Isto, porém, não traria consigo qualquer tomada de consciência acerca do que real e efetivamente precisaria ser transformado, o campo da produção. Complementa Engels: "é apenas um indício de que, nos métodos de produção e nas formas de troca, ocorrem mudanças totalmente salientes, com as quais a ordem social moldadas para as condições econômicas anteriormente não combina mais." (ENGELS, 2015, p. 304) Um posicionamento que tenha como ponto de partida a noção de Justiça, na época em que o socialismo ainda aparece em uma conformação imatura, seria o indício de que, ao final, é necessária a transformação real e efetiva da tessitura da Sociedade. Havendo uma contradição entre a "ordem social" e as "condições econômicas", a real questão a ser colocada em tela seria, em verdade, a resolução desta contradição, e não a elaboração de uma nova noção de Justiça. Esta última, com a mediação do Direito, traria um afastamento inaceitável diante do "campo da economia". O autor do *Anti-Düring* diz sobre isto em uma passagem já citada: "mediante a tradução para o jurídico, ficamos felizmente tão afastados da

economia”; com este procedimento bastante equivocado, a solução para a questão da habitação, por exemplo, parece poder ser resolvida com artifícios jurídicos engenhosos, como aqueles propostos pelos proudhonianos à época de Engels. (Cf. ENGELS, 1982)

Justamente ao passo que, com esta “solução” para a questão da habitação, segundo Engels, deste modo, “estamos a pensar e a falar juridicamente”, tem-se, com isso, a “medida do Direito” e “da justiça”. Com isso, novamente, demonstra-se que ambas medidas, segundo Marx e Engels, são inseparáveis. E mais: segundo Marx e Engels, elas já tiveram na Revolução Burguesa um papel extremante progressista (com a mediação do Iluminismo, a noção de Justiça embebida de uma Moral, à época, revolucionária colocou-se do seguinte modo, já mencionado na citação trazida acima: “ao transformar as coisas em mercadorias, a produção capitalista destruiu todas as antigas relações tradicionais e substituiu os costumes herdados e os direitos históricos pela compra e venda, pelo “livre” contrato”). No entanto, isto não se daria mais e, neste sentido, apegar-se à noção de justiça seria, ao mesmo tempo, apegar-se a uma forma de sociabilidade que, segundo Marx e Engels, já seria anacrônica. (Cf. ENGELS, 1962) Segundo Engels, isto se dá ao passo que Proudhon, de acordo com a citação já mencionada em nosso texto, “caia então no estranho erro de misturar a revolução burguesa de 1789-1794 e a futura revolução proletária.” A Justiça e a esfera do Direito teriam sido revolucionárias ao retirar de campo, com a ascensão da burguesia, a Sociedade Feudal. Isto, porém, seria parte do passado. Com a noção de Justiça ao modo como é usada pelo autor da *Filosofia da Miséria*, haveria enorme contrassenso: o apelo à “ideia de direito da revolução”. (Cf. LUKÁCS, 2013)

Para Engels, com a emergência da Burguesia enquanto classe consciente de seus próprios objetivos, tem-se “a nova concepção de mundo (*Weltanschauung*), fadada a se tornar clássica para a

burguesia, a *concepção jurídica de mundo (jurisdiche Weltanschauung)*". (ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 18) Assim, também por este prisma, tanto a noção de Justiça, como a "visão jurídica de mundo", podem ter tido um papel importante na "revolução burguesa de 1789-1794", mas não na "futura revolução proletária". Proudhon, portanto, estaria completamente equivocado ao tentar subordinar a revolução à ideia de justiça. Para Engels, não se trataria de realizar qualquer concepção de Justiça, mas de mostrar a ligação desta noção à conformação da realidade efetiva colocada sobre o modo de produção capitalista. A Sociedade Capitalista precisou tanto da "visão jurídica de mundo" (e do "campo do Direito") quanto da noção de Justiça para se justificar.

No entanto, segundo Marx e Engels, procurar se contrapor à sociedade civil-burguesa já conformada com base na noção de Justiça seria algo ilusório e ligado a um apelo Moral (a "impotência colocada em ato") típico dos "sectários socialistas". Nada mais longe de Marx e de Engels que fazer "'da revolução' uma espécie de deusa, portadora e executora da sua 'justiça'". Justamente contra este tipo de socialismo que os autores se opõem. Há, assim, na passagem do "socialismo utópico" ao "socialismo científico" (ENGELS, 1962) uma crítica à noção de Justiça. Tanto os "sectários socialistas" quanto os burgueses poderiam trazer concepções elaboradas acerca da Justiça; elas, porém, colocar-se-iam como tais somente ao passo que as "relações econômicas mesmas" restam incompreendidas tendo-se com a "tradução para o jurídico" alguém que se coloca "felizmente tão afastado da economia" que ao se perguntar se "as relações econômicas são reguladas por conceitos jurídicos ou, ao contrário, são as relações jurídicas que derivam das relações econômicas?" traz um elogio unilateral do Direito, da Moral e da Justiça. Neste sentido, os autores do *Manifesto Comunista*, ao criticar a noção de Justiça, têm como alvos também aqueles colocados à esquerda, como Proudhon

e os “sectários socialistas”, de modo que é parte importante do itinerário de Marx e de Engels a crítica aos posicionamentos que valorizem a Justiça.

O que os autores aqui tratados veem como a unilateralidade deste elogio, ligada à “vontade” política, igualmente unilateral (Cf. MARX, 2010), traria como consequência o bloqueio da transformação social real e efetiva – relacionada, sobretudo, ao revolucionamento das relações sociais de produção. Se, para Marx e Engels, tratar da esfera da distribuição sem apreender corretamente as contradições presentes na esfera produtiva é bastante equivocado, fazê-lo em termos de “justiça” e mediante a “tradução para o jurídico” esfumaria mais ainda a questão. Há uma crítica de Marx e de Engels à concepção que aqui tratamos, pois. Depois de determinado grau de desenvolvimento da Sociedade, a concepção de Justiça só poderia ter uma função social por encobrir a real tessitura da sociedade;¹⁷ tratar da “distribuição justa”, bem como da “justiça das transações”, poderia trazer, no caso dos “socialistas sectários”, uma denúncia sentimental e Moral do existente; e, neste sentido, esta denúncia eclipsaria o essencial à transformação mencionada. E isto se daria até mesmo porque os burgueses consideram também a distribuição com o parâmetro da Justiça. No caso dos “socialistas sectários”, ter-se-ia, para que se use as expressões mencionadas em uma citação de Engels já trazida acima, “apenas um indício de que, nos métodos de produção e nas formas de troca, ocorrem mudanças totalmente salientes, com as quais a ordem social moldadas para as condições econômicas anteriormente não combina mais”; no entanto, à época de Marx e Engels, ao contrário do que ocorria com os “socialistas utópicos” (Cf. ENGELS, 1962), já seria plenamente

17 Seu papel revolucionário, bem como o papel revolucionário da “visão jurídica de mundo” e do “campo do Direito” estariam colocados no iluminismo e nos momentos que antecedem a “revolução burguesa de 1789-1794”. (Cf. ENGELS, 1962)

possível ultrapassar os simples “indícios”, rumando à compreensão real e efetiva do “campo econômico”. (MARX; ENGELS, 1998) Ou seja, a denúncia das “injustiças” da Sociedade Capitalista, mesmo em sua vertente socialista, passa longe de chegar às raízes dos problemas da Sociedade civil-burguesa. O terreno, “o campo”, em que a noção de justiça se coloca, pois, é criticado pelo autor de *O capital*, bem como pelo autor de *Anti-Düring*. Assim, não se tem em Marx e Engels uma crítica a um conceito específico de Justiça, mas à questão da Justiça, a qual, coloca-se como tal, segundo os autores, ao deixar de lado o essencial. A própria concepção geral dos autores, mencionada na citação abaixo, explicita este aspecto. Sobre o tema, vejamos o que coloca Engels:

A concepção materialista da história parte da tese de que a produção e junto com ela também a troca de seus produtos, é o fundamento de toda a ordem social; de que, na sociedade historicamente atuante, a distribuição dos produtos, e, junto com ela a subdivisão em classes ou estamentos, orienta-se por aquilo que é produzido, pelo modo como é produzido e pela maneira como o produto é trocado. De acordo com isso, as causas últimas de todas as mudanças sociais e revoluções (políticas) não devem ser buscadas na mente dos seres humanos, em sua noção crescente de verdade e de justiça eterna, mas nas mudanças que ocorrem no modo de produção e de troca; elas não devem ser buscadas na filosofia, mas na economia de determinado período. (ENGELS, 2015, p. 304)

A questão central, diz Engels na citação acima, passa “por aquilo que é produzido, pelo modo como é produzido e pela maneira como o produto é trocado” - segundo o autor, pois, existe a necessidade de um estudo detido e cuidadoso do “campo econômico”. Ou seja, justamente a centralidade da produção e de sua contradição com as relações de troca deve ser estudada; isto se apresentaria como nada menos que o que foi chamado na citação acima de “fundamento de toda a ordem social”. Subjacente a isto, porém, ainda se tem a contradição entre o desenvolvimento das

forças produtivas e as relações de produção, destacada pelos autores ao menos desde a *Ideologia alemã*. E, como dissemos, ao se tratar da Justiça, segundo os autores alemães, tudo isto é deixado de lado.

Como aponta o autor do *Anti-Düring*, mesmo que não seja possível tratar da esfera da troca (e da distribuição) como reflexo mecânico, há uma dependência real e efetiva desta frente a esfera produtiva. Isto, até certo ponto, é bastante óbvio pois tem-se que o “modo como o produto é trocado” depende da existência de produtos a serem trocados. O “fundamento de toda a ordem social” mencionado por Engels na citação acima, gira em torno desta relação que se apresenta na indissociabilidade entre estes campos do ser social. Ao mencionar a questão da distribuição (em que Marx e Engels abordam a questão da Justiça), há clareza no texto Engelsiano, já citado acima: “a distribuição dos produtos, e, junto com ela a subdivisão em classes ou estamentos, orienta-se por aquilo que é produzido pelo modo como é produzido e pela maneira como o produto é trocado.” Ou seja, justamente esta relação contraditória (entre produção e troca) que tem como momento preponderante a esfera produtiva é que “orienta” a distribuição, em que a noção de Justiça se apresenta. Afirmar que a Justiça pode orientar a produção seria bastante ilusório, tratando-se de uma inversão entre sujeito e predicado. (Cf. MARX, 2005; SARTORI, 2014)

Segundo Marx e Engels, procurar trazer a “justiça”, a “justiça eterna”, como algo que, ao fim, por meio do Direito, determina o próprio conteúdo seria extremamente errôneo: mediante o que Engels chamou em uma passagem já mencionada acima de “tradução para o campo do Direito”, tem-se o que Marx trouxe em *O capital*, também em uma passagem já mencionada, como “expressões de sua vontade comum”, trazida mediante algum ideal mais ou menos abstrato de Justiça e que, como colocado na mesma passagem, “não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo.”

Justamente, como diz Marx, tem-se o conteúdo colocado no “campo do Direito”, permeado ou não pela noção de Justiça, ao passo que, para que se use a expressão, já citada, e presente em *O capital*, a

relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete uma relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma.

E, também neste sentido, aquele que tem por central a “justiça eterna” esbarraria no que Engels chamou em uma citação trazida acima de “causas últimas de todas as mudanças sociais e revoluções (políticas)”, de tal modo que, com Engels, diz-se, em citação já mencionada, que “sempre que deixa escapar a conexão econômica – e isto acontece nele com todas as questões sérias – refugia-se no campo do Direito e apela para a justiça eterna.”

A afirmação da economia enquanto uma base marca o que Marx e Engels chamaram de “concepção materialista da história” em *A ideologia alemã*, tendo-se de modo claro a posição materialista segundo o qual “não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência.” (MARX e ENGELS, 2007, p. 94) Com isto, tem-se também que “as mudanças sociais e revoluções políticas” aparecem como fruto – mediado, certamente – das tensões que envolvem a contradição entre o desenvolvimento das forças produtivas e as relações de produção e de troca. (Cf. MARX, 1996) Portanto, tem-se com clareza a impotência de quaisquer formas ideológicas que se mostrem enquanto autonomizadas frente a realidade efetiva e a sua conformação real: “sua noção crescente de verdade e de justiça eterna” são muito mais o predicado em tal desenvolvimento social que aquilo que traz ativamente as “mudanças sociais”. (Cf. SARTORI, 2016 a) Vê-se, assim que, como havia apontado Marx, o “campo do Direito” bem como a Política, sem deixar de estar marcados por alguma unilateralidade, acreditam

determinar o próprio conteúdo da “justiça das transações” somente ao passo que sua posição determinante é bastante questionável já que, como já mencionado na passagem citada de *O capital*, “não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo.” A concepção de Justiça, segundo Marx e Engels, deixa de lado a própria conformação real e efetiva da Sociedade civil-burguesa: configura-se ela, com um apelo Moral e idealista, segundo o qual são a “noção crescente de verdade e de justiça eterna”, criticadas por Engels, são o determinante na produção e reprodução da realidade social.

Com a noção de Justiça, segundo Marx e Engels, subsiste a inversão característica da posição idealista em que o parâmetro para julgar uma época e os homens não parece ser aquilo que são, mas o que pensam de si mesmos, tratando-se de fazer da mudança social e, mais especificamente “da revolução’ uma espécie de deusa, portadora e executora da sua ‘justiça’”. Desta maneira, aquele que defende a concepção de Justiça enquanto essencial para tratar da distribuição de riquezas faz o que, segundo o Engels do *Anti Düring*, de acordo com uma passagem já citada acima, Proudhon e Düring fizeram: “traslada toda a teoria da distribuição do campo econômico para o da moral e do direito, isto é, do campo dos fatos materiais estabelecidos para o das opiniões ou dos sentimentos mais ou menos oscilantes.” A base sobre a qual a questão da Justiça se coloca, assim, está ligada à esfera da distribuição e traz referência clara ao campo jurídico. Justiça e Direito, porém, não poderiam ser separados e, em verdade, um não pode “orientar” o outro, pois a real “orientação” está colocada no campo da produção social, justamente aquele deixado de lado nas considerações daqueles que abordam a esfera da distribuição com referência à noção de justiça. É neste contexto que, retomando a importância da contradição entre relações de produção e de troca, diz Marx que, na passagem já citada da *Crítica ao programa de Gotha*: “são as relações jurídicas que derivam das relações

econômicas”. E, portanto, tudo que não se poderia fazer é tomar uma posição que, como a de Proudhon, para que se use as expressões de Engels ao criticar o autor em uma citação já mencionada, “refugia-se no campo do direito e apela para a justiça eterna.”

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DIREITO E JUSTIÇA COMO INSTRUMENTOS DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL?

A Justiça, para Marx e Engels, é indissociável do campo do Direito. Isto se dá não só porque, nas citações, não é incomum ambos aparecerem em conjunto. Como vimos, também há uma relação íntima entre a noção de Justiça e a esfera da distribuição, em que determinada situação social – como vimos acima ao tratar da crítica Marxiana a Proudhon – é “reconhecida” de modo “oficial” com auxílio da esfera jurídica. Neste campo (aquele da distribuição), caso se queira ver a questão de modo cuidadoso, seguindo Marx e Engels, tem-se que o critério nunca poderia ser jurídico ou ligado à Justiça, já que aquilo que traz as determinações da esfera da distribuição tem raízes no modo de produção. Marx, ao tratar do “direito ao fruto integral do trabalho” (concepção segundo a qual ao trabalhador caberia tudo aquilo que produz com suas próprias forças), trazido à tona pelos lassalianos e criticado na *Crítica ao programa de Gotha*, nega-o dizendo o seguinte:

Essas deduções do ‘fruto integral do trabalho’ são uma necessidade econômica e sua grandeza deve ser determinada de acordo com os meios e as forças disponíveis, em parte por cálculo de probabilidades, porém elas não podem de modo algum ser calculadas com base na justiça. (MARX, 2012, p. 29)

Marx diz ser impossível algo como o “direito ao fruto integral do trabalho”, até mesmo porque nunca são todos que estão aptos a trabalhar a todo o momento. (Cf. MARX, 2012) Deste modo, seriam necessárias “deduções” deste “fruto integral”. O importante a se

destacar aqui, porém é o fato de que estas deduções, de acordo com a citação imediatamente mencionada, estão ligadas a “meios e forças disponíveis”, a “cálculos de probabilidades”, ou seja, às questões que são essenciais para se pensar a esfera produtiva em seu ser-propriadamente-assim (*Geradesosein*). Elas nunca poderiam ser “calculadas com base na justiça”; Marx diz que a noção de Justiça não poderia ter serventia alguma na apreensão reta do movimento do real; antes, ela deixaria de lado o que propicia esta apreensão. Mesmo ao se ter uma ligação da noção de Justiça com algo ligado à produção, no caso, o “fruto integral do trabalho”, a situação, segundo o que diz Marx na *Crítica ao programa de Gotha*, mas também em textos como *O capital* e a *Miséria da filosofia*, não melhora.

Não seria simplesmente circunstancial que o conceito de Justiça pouco pudesse contribuir na crítica real e efetiva ao modo de produção capitalista. Ela se configura como tal por sua ligação com a esfera da distribuição e com o Direito, sendo esta ligação um refúgio daquele que, nas lições de Engels, já citadas neste texto, e presentes em seus apontamentos *Sobre a questão da habitação*: “vai da realidade econômica para a frase jurídica.” Justamente aquele que, também nas palavras de Engels já citadas, do texto mencionado, “refugia-se no campo do Direito e apela para a justiça eterna” não poderia perceber que as raízes da transformação social, para que se use a dicção do *Anti-Düring*, também já citadas, “não devem ser buscadas na mente dos seres humanos, em sua noção crescente de verdade e de justiça eterna, mas nas mudanças que ocorrem no modo de produção e de troca”. Também neste sentido, a crítica dos autores do *Manifesto Comunista* explicita-se: correlata à crítica ao Direito, aparece a crítica à noção de Justiça, sendo impossível opor uma à outra. A transformação social, pois, não passaria tanto pelo Direito e pela Justiça, sendo necessário considerar também neste ponto que “todas as mudanças sociais e revoluções (políticas) não devem ser buscadas

na mente dos seres humanos, em sua noção crescente de verdade e de justiça eterna". Tem-se, antes, a determinação do conteúdo expresso no Direito por intermédio da mediação estatal: nas palavras já citadas do *Anti-Düring*: "mudanças que ocorrem no modo de produção e de troca; elas não devem ser buscadas na filosofia, mas na economia de determinado período." A questão, porém, precisa ser vista ao se ter em conta as tensões que permeiam a Justiça.

Mesmo que a noção de Justiça seja duramente criticada por Marx e Engels, ela pode ser considerada, nos autores, também, como um sintoma da necessidade da transformação social. E, neste sentido, não obstante todas as críticas dos autores do *Manifesto Comunista*, tem-se que as considerações sobre a Justiça não são simples retórica, mesmo que se vá, para que se utilize as palavras – já citadas acima – do *Anti-Düring*, "do campo dos fatos materiais estabelecidos para o das opiniões ou dos sentimentos mais ou menos oscilantes".

Estas considerações poderiam levar a certa tomada de consciência acerca das vicissitudes da Sociedade civil-burguesa também devido às noções trazidas, tanto no campo do Direito, quanto ao se tratar de questões de Justiça. Isto se daria já que se tem uma relação necessária entre as formações ideais e os conflitos sociais, tendo-se "formas ideológicas, sob as quais os homens adquirem consciência desses conflitos". (MARX, 2009, p. 46) Diante destas formas ideológicas, Marx aponta a "superestrutura jurídica e política" (MARX, 2009, p. 47) por meio da qual, como se nota, os autores alemães dizem ser possível tomar consciência acerca dos conflitos materiais, mas não determinar o conteúdo real e efetivo da "superestrutura jurídica e política"; e as formas jurídicas têm uma relação de "reconhecimento oficial" com o seu conteúdo; para que se utilize as palavras já citadas de *O capital*: "não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo." A posição de Marx e de Engels é bastante clara: somente com uma transformação real e

efetiva no modo de produção é que é possível a transformação social que rompa com as mazelas sociais, sendo ilusório fazer tal qual fizeram os “socialistas utópicos” e os “socialistas sectários”: ater-se somente ao fato de que “o despertar da noção de que as instituições sociais existentes são irracionais e injustas, de que ‘a razão é contrassenso, o bem se torna injúria’” (ENGELS, 2015, p. 304) sem que se ultrapassasse a esfera da distribuição de riquezas rumando-se à compreensão efetiva do funcionamento, e da necessidade de transformação da esfera produtiva.

Precisa ocorrer uma revolução do modo de produção e distribuição que elimine todas as diferenças de classe, caso não se queira a derrocada da sociedade moderna. É nesse fato material palpável que a certeza da vitória do socialismo moderno se impõe na mente dos proletários espoliados de maneira irresistível e de forma mais ou menos clara – é nele que ela se fundamenta, e não nas concepções desse ou daquele sujeito que reflete sobre a justiça e a injustiça sentado no confronto do lar. (ENGELS, 2015, p. 187)

Percebe-se, pois, que, de acordo com Marx e Engels, não é possível uma “teoria da justiça”; antes, tem-se uma crítica ao “campo do Direito” e à noção de Justiça. Todas as passagens dos autores sobre o tema confluem neste ponto: a posição de questionamento de Marx e de Engels sobre a noção de Justiça. Ter por central a questão da Justiça já afastaria a posição socialista defendida pelos autores do *Manifesto Comunista*. Engels é até mesmo ríspido, dizendo, em uma passagem já citada do *Anti-Düring*, que qualquer transformação social não tem sustentação “nas concepções desse ou daquele sujeito que reflete sobre a justiça e a injustiça sentado no confronto do lar”, mas na necessidade de “uma revolução no modo de produção e de distribuição”. Se o Direito e a Justiça aparecem como inseparáveis, isto se dá, também, devido a suas relações com a esfera da distribuição. Ocorre, porém, que, segundo Marx e Engels, aquilo que orienta a esfera distributiva (a produtiva) é que resta

eclipsado tanto pela Justiça quanto pelo Direito: ao se ter por centro a esfera jurídica e a questão da justiça, deixar-se-ia de lado a questão essencial aos autores: a transformação das relações de produção. Segundo os autores do *Manifesto Comunista*, tudo que não se pode procurar elaborar é uma Teoria que, para que se utilize a expressão – já citada – de Engels de *Sobre a questão da habitação*, “vai da realidade econômica para a frase jurídica.” Uma Teoria que tomasse a Justiça como valorosa seria o que Marx e Engels evitam e se contrapõem.

Neste sentido, não há uma “teoria da justiça” nos autores do *Manifesto*; existe uma verdadeira antítese entre suas posições socialistas e o ideário que gira em torno da questão da Justiça. Ter a Justiça por central seria nada menos que – para que se use as palavras de Engels, já citadas, de *Sobre a questão da habitação* – “misturar a revolução burguesa de 1789-1794 e a futura revolução proletária” e, neste sentido, mesmo pensadores do marxismo como Lenin teriam, até certo ponto, equivocado-se substancialmente quanto a isto, se formos tomar como critério os textos de Marx e de Engels. Tanto a posição daqueles que defendem uma Teoria que “aponta para o justo que ainda não existe” (Mascaro) quanto aqueles que buscam uma compreensão crítica do “problema da justiça” (como Lyra Filho), trariam posições, segundo o que vimos acima, baseadas não tanto na posição de Marx e de Engels, mas na posição daqueles que os autores alemães criticam duramente. E acreditamos que esta questão possa ser trazida à tona para que a reflexão posterior, bem como o diálogo, possam ser propiciados.

Aqui, não pretendemos dizer se uma Teoria da Justiça pode ou não trazer contribuições à Filosofia do Direito. Apenas explicitamos que, Marx e Engels (autores que ainda são vistos como referências importantes no campo jusfilosófico) não trazem uma valoração positiva da questão. O modo pelo qual a questão se coloca foi exposto acima, de maneira que aqueles que buscam valorizar o campo

jurídico, bem como a noção de Justiça de modo Marxista (ou tratando da posição dos autores do *Manifesto Comunista*), precisam passar com cuidado pela posição Marxiana e Engelsiana, no limite, refutando-as. Este artigo pretende apenas ter elucidado aspectos importantes acerca da perspectiva dos autores do *Manifesto Comunista* sobre a questão: Marx e Engels não elaboraram uma Teoria da Justiça, mas uma crítica à última. Deste modo, ao se perceber isto, é necessário um tom crítico quanto a abordagens marxistas e não marxistas do tema que aqui tratamos. Quando se leva em conta o que dizem Marx e Engels, autores de leitura difundida, como Kelsen, Mascaro, Lyra Filho e Lenin, que trouxemos no início deste texto, têm abordagens distintas daquela dos autores em que pretendem se basear ou tratar. Mesmo que tenham diversos méritos, e mesmo que sejam referências importantes para muitos na Filosofia do Direito, sob o aspecto da Justiça em Marx e em Engels, suas teorias deixam a desejar.

Data de Submissão: 21/02/2017

Data de Aprovação: 01/05/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistentes de Edição: Rafaela Patrícia Inocêncio

Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **A favor de Marx**. Tradução por Dirceu Lindoso. São Paulo: Zahar, 1979.

ANDERSON, PERRY. **Afinidades eletivas**. Tradução por Paulo Cesar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2002.

ENGELS, Friedrich. **Anti-Düring**. Tradução por Nélio Schneideman. São Paulo: Boitempo, 2015.

ENGELS, Friedrich. **A questão da habitação**. Tradução por João Pedro Gomes. Lisboa: Edições Progresso Lisboa-Moscovo, 1982.

ENGELS, Friedrich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico; Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã.** Tradução por José Severo de C. Pereira. São Paulo: Fulgor, 1962.

ENGELS, Friedrich. **Origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Tradução por Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos.** Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1995.

KASHIURA Jr., Celso Naoto. **Crítica da igualdade jurídica.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KASHIURA Jr., Celso Naoto. **Sujeito de direito e capitalismo.** São Paulo: Expressão popular, 2014.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENIN, V.I. **Estado e revolução.** Tradução Aristides Lobo. São Paulo: Expressão popular, 2010.

LUKÁCS, György. **O jovem Marx e outros escritos filosóficos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho e José Paulo Netto. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

LUKÁCS, György. **La Riproduzione, Ontologia Dell' Essere Sociale II.** Riuniti. Roma. 1981 b. Disponível em: <<http://www.sergiolessa.com>>. Tradução Sergio Lessa. Acesso em: 24 fev. 2008.

LUKÁCS, György. **Ontologia do ser social I.** Tradução Carlos Nelson Coutinho, Mario Duayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012.

LUKÁCS, György. **Ontologia do ser social II.** Tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2013.

LUKÁCS, György. **Prolegômenos para uma Ontologia do Ser Social.** Tradução Lya Luft e Rodnei Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2010.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** São Paulo: Brasiliense, 1982.

MASCARO, Alysson. **Crítica da legalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2003.

MASCARO, Alysson. **Filosofia do direito.** São Paulo: Atlas, 2012.

MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Tradução Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MARX, Karl. **Crítica à filosofia do Direito de Hegel**. Tradução Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo, Boitempo, 2005.

MARX, Karl. **Crítica ao programa de Gotha**. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.

MARX, Karl. **Glosas Críticas Marginais ao Artigo “O Rei da Prússia e a Reforma Social” de Um Prussiano**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MARX, Karl. **Grundrisse**. Tradução Mario Duayer. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

MARX, Karl. **Miséria da filosofia**. Tradução J. C Morel. São Paulo: Icone, 2004

MARX, Karl. **O 18 Brumário de Luiz Bonaparte**. Tradução Leandro Konder e Renato Guimarães. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MARX, Karl. **O Capital, Volume I**. Tradução Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARX, Karl. **O Capital, Volume IV**. Tradução Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

MARX, Karl. **O Capital, Volume V**. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia alemã**. Tradução por Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Cultura, arte e literatura: textos escolhidos**. Tradução José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Tradução Maria Lucia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MÉSZÁROS, István. **O poder da ideologia**. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2006.

NASCIMENTO, Joelton. **Crítica do valor e crítica do Direito**. São Paulo: Perse, 2014.

NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

PACHUKANIS, E.P. **Teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SARTORI, Vitor Bartoletti. Apontamentos sobre dialética e história em Friedrich Engels. **Revista On Line de Filosofia e Ciências Humanas**. Rio das Ostras: UFF, 2015 a, n. 20. Disponível em <<http://www.verinotio.org/conteudo/0.15807566806495.pdf>>. Acesso em 27/02/2017.

SARTORI, Vitor Bartoletti. De Hegel a Marx: da inflexão ontológica à antítese direta. **Kriterion**. Belo Horizonte: UFMG, v.55, n.130, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/kr/v55n130/14.pdf>>. Acesso em: 20/07/2017

SARTORI, Vitor Bartoletti. “Diálogos” entre Lukács e Pachukanis sobre a crítica ao Direito. In: **InSurgência: revista de direitos e movimentos sociais**. Brasília: UNB, v. 2, n. 1, 2016 c. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/18215>>. Acesso em: 20/07/2017.

SARTORI, Vitor Bartoletti. Direito, política e reconhecimento: apontamentos sobre Karl Marx e a crítica ao Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, v. 61, n. 2, 2016 a. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43847>>. Acesso em: 20/07/2017.

SARTORI, Vitor Bartoletti. Friedrich Engels e o duplo caráter da igualdade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte: UFMG, n. 68, 2016 b. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1767>>. Acesso em: 20/07/2017.

SARTORI, Vitor Bartoletti. O que é crítica ao Direito?. MELO, Tarso; AKAMINE, Oswaldo; KASHIURA, Celso (Org.). **Para uma crítica ao Direito**. São Paulo: Expressão popular, 2015 b.

Marx and Engels as critics of Justice

Vitor Sartori

Abstract: In this article, in the field of Philosophy of Law, taking in account the method of immanent analysis, elaborated in Brazil by José Chasin, following György Lukács, we intend to analyze Marx and Engels' treatment of the matter of Justice. The objective of this article is to analyze the texts of the authors mentioned and to prove that: Justice, as well as Law itself, is criticized by the German authors and, because of that, it is impossible, in their work, to see Justice as something that can be opposed to Law. As a result, the authors think that the matter of Justice would, in fact, hide the central flaws of capitalism itself: the authors of the Communist Manifesto, actually, say in their work that the idea of Justice, in the XIX century, presupposes a given mode of production. As a conclusion, it would be impossible to search to any kind – even a critical one – of “eternal Justice” or “Justice in transactions”.

Key-words: Marx and Engels. Justice. Critic of Law

Lágrimas dos Deuses: Ausência de Participação dos Indígenas e Etnocídio no Brasil

EDUARDO FARIA SILVA

Professor Dr. Titular de Direito Constitucional na Universidade Positivo, Curitiba-PR
Email: eduardo.faria.silva@up.edu.br

ANDERSON MARCOS DOS SANTOS

Professor Dr. em Sociologia e Antropologia do Direito na Universidade Positivo, Curitiba-PR
Email: andermsantos@hotmail.com

Resumo: O presente artigo analisa os impactos da colonialidade do poder nas relações étnicas brasileiras. Esses impactos são decorrentes da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. O objetivo geral da pesquisa é demonstrar que a ausência de participação dos indígenas nos processos decisórios para a construção da obra produziu danos irreversíveis. Partindo de uma análise sociojurídica buscase demonstrar que tais danos representam o etnocídio dos povos autóctones do território impactado. Busca-se também comprovar que o posicionamento do judiciário brasileiro reafirma a diferenciação hierarquizada existente entre dominador e dominado na relação com os povos indígenas. Essa constatação - fundamentada no conceito de colonialidade do poder - se dá por meio da análise de processos judiciais. Por fim, evidencia-se decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconhecem direitos dos povos indígenas em uma perspectiva decolonial. Entende-se que essas decisões podem orientar o judiciário brasileiro a romper o pensamento colonial. Assim, a presente pesquisa é resultado de um exercício analítico e estabelece um diálogo entre o Direito e outras áreas do conhecimento. Conclui-se que o posicionamento do judiciário brasileiro reafirma a condição subalterna dos indígenas e que o caminho para a ruptura do modelo adotado passa pela adoção de um pensamento decolonial.

Palavras-Chave: Colonialidade do Poder, Direito, Megaobra, Participação, Etnocídio.



Lágrimas dos Deuses: Ausência de Participação dos Indígenas e Etnocídio no Brasil¹

EDUARDO FARIA SILVA
ANDERSON MARCOS DOS SANTOS

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa os impactos da colonialidade do poder², decorrentes da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, nas relações étnicas brasileiras. Tendo como base os conceitos de eurocentrismo e colonialidade do poder, este trabalho é o resultado de uma análise de doutrina, legislação e jurisprudência, sendo que o mecanismo que permite o cotejo entre teoria e prática é composto por duas ações civis propostas pelo Ministério Público Federal que judicializaram a construção da usina e seus impactos negativos sobre a população local.

A primeira medida judicial questiona a ausência de procedimentos de participação que se coadunem com as normas constitucionais relativas aos povos indígenas e a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, que versa sobre direitos e garantias dos povos autóctones. A segunda ação declara que a não-

1 O presente artigo é um aprofundamento da pesquisa realizada e financiada pela Fundação Ford, entre os anos de 2012 e 2015. Projeto n.º 2995.

2 “Colonialidade do poder é conceito que dá conta de um dos elementos fundantes do atual padrão de poder, a classificação social básica e universal da população do planeta em torno da ideia de ‘raça’. Essa ideia e a classificação social e baseada nela (ou ‘racista’) foram originadas há 500 anos junto com a América, Europa e o capitalismo. É a mais profunda e perdurável expressão da dominação colonial e foram impostas sobre toda a população do planeta no curso da expansão do colonialismo europeu. Desde então, no atual padrão mundial de poder, impregnam todas e cada uma das áreas de existência social e constituem a mais profunda e eficaz forma de dominação social, material e intersubjetiva, e são, por isso mesmo, a base intersubjetiva mais universal de dominação política dentro do atual padrão de poder” (QUIJANO, 2002. p. 4).

observância das condicionantes impostas para a construção da obra, que iriam minimizar os impactos negativos da construção, se traduz no etnocídio dos povos autóctones do território. Além das duas ações civis citadas acima como instrumentos de análise, também foram utilizadas três decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que apresentam marcas decoloniais a serem seguidas pelas instituições políticas do país.

O fio condutor que orienta a análise teórica parte da construção do pensamento moderno eurocêntrico³ que coloniza os continentes e, na América, identifica os povos locais como subalternos. Como reflete Aníbal Quijano (2009), qualquer concepção de igualdade era limitada aos homens brancos e claros, em outras palavras, os europeus com a mesma identidade fenotípica. O critério histórico-cultural se constrói na diferença de “raça”, identificando os “brancos-superiores” como iguais e “não-brancos” como inferiores.

Hoje, o paradigma da “raça” – enquanto distinção biológica que atribua uma suposta hierarquia ou melhores condições cognitivas – foi superado, de forma que a cor que diferencia os indivíduos. Todavia, não obstante a confirmação científica da ausência de diferenciação biológica, perdura a segregação construída ao longo dos séculos e seus reflexos são projetados para o futuro (QUIJANO, 2009)⁴.

3 “(...) o eurocentrismo é a perspectiva de conhecimento que foi elaborada sistematicamente a partir do século XVII na Europa, como expressão e como parte do processo de eurocentralização do padrão de poder colonial/moderno/capitalista. (...) Foi mundialmente imposta e admitida nos séculos seguintes, como a única racionalidade legítima. Em todo caso, como a racionalidade hegemônica, o modo dominante de produção de conhecimento”. (QUIJANO, 2002. p. 4).

4 O presente trabalho traz essa afirmação tendo por marco teórico o pensamento de Quijano (2009), para o qual a diferença biológica que fundamenta a perspectiva de “raça” inexistente. O que o Quijano e outros teóricos latino-americanos como Miolo (2003), Lander (2005) e Grosfoguel (2012) entendem é que existe a prática de racismo decorrente da diferença de cores, e não raças. No presente artigo nos filiamos às análises desses marcos teóricos que apontam a inexistência de raça como critério biológico de diferenciação e hierarquização entre indivíduos.

Essa diferenciação hierarquizada orientada pela cor, existente entre dominador e dominado e que caracteriza a colonialidade do poder, se materializa ainda hoje no viver dos povos indígenas. Tal realidade pode ser percebida nos processos que judicializam conflitos decorrentes da não observância de procedimentos normativos universalizados nos ordenamentos jurídicos nacionais, especificamente, em detrimento dos povos indígenas.

As ações civis propostas pelo Ministério Público permitem observar que o choque cultural entre a racionalidade moderna de dominação dos territórios e dos povos indígenas sobreviventes ainda está estruturada sob a lógica do superior-civilizado e inferior-selvagem. Essa lógica é desigual – como referido – até mesmo no momento da aplicação do direito formal, pois a norma jurídica que é universal para todos é faticamente manuseada com outro alcance. O resultado se expressa como fim último, na forma proposta judicialmente, no etnocídio dos povos indígenas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) já decidiu em diversos julgados sobre as violações dos direitos e garantias dos povos indígenas na América Latina, sendo conteúdo de referência jurisprudencial para os procedimentos jurídicos dos Estados nacionais numa perspectiva decolonial (WALSH, 2009, p. 14-15, nota de rodapé). As decisões da CorteIDH são paradigmas na defesa dos povos originários, apesar da ausência de posicionamentos em igual sentido e alcance no judiciário brasileiro.

2 A COLONIALIDADE DO PODER E OS INDÍGENAS NO BRASIL

O conceito de colonialidade do poder, utilizado como base teórica do presente trabalho, foi desenvolvido na América Latina na década de 1990 e tem como expoentes Aníbal Quijano, Walter Dignolo, Ramón Grosfoguel, Enrique Dussel e Edgar Landier.

Tais teóricos apresentam uma reflexão acerca da permanência, na atualidade, dos efeitos dos vínculos coloniais clássicos do passado. A perspectiva estrutura-se sob a ideia básica de que o término do modelo colonial de dominação político-administrativa não representou, necessariamente, o fim da imposição do poder colonial.

O ponto central, assim, está na compreensão exata da diferenciação entre colonialismo e colonialidade. Aníbal Quijano (2009, p. 73) destaca que colonialismo é “uma estrutura econômica, política e jurídica, onde há a exploração de trabalho e recursos, dentro de um determinado território”, modelo adotado pelos europeus ao estabelecerem suas colônias por diversos continentes.

Colonialidade é um conceito diferente de, ainda que vinculado a, colonialismo. Este último refere-se estritamente a uma estrutura de dominação/exploração onde o controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada domina outra de diferente identidade e cujas sedes centrais estão, além disso, localizadas noutra jurisdição territorial. (QUIJANO, 2009, p. 73)

Já a colonialidade é “o fenômeno de poder caracterizado como um tipo de relação social constituído pela co-presença permanente de três elementos – dominação, exploração e conflito” (QUIJANO, 2002, p. 4), com a conseqüente inferiorização e subalternização dos sujeitos pela ideia da “raça” e a sua permanente aplicação mesmo com o fim dos regimes coloniais.

O conceito de raça foi constituído com um significante e um significado para diferenciar os “brancos-superiores-europeus” em contraposição aos “não-brancos-inferiores” de outros continentes. O binômio apresentado é a categoria básica do eurocentrismo, que produz culturalmente e globalmente uma intersubjetividade hierarquizada. Como destaca Enrique Dussel (2005), a manutenção do padrão de poder que orienta as ações de traço colonial é o

que caracteriza a colonialidade, que é intrínseco à construção da modernidade e racionalidade eurocêntricas.

Os efeitos sutis e sofisticados da colonialidade – estruturada sob a ideia de dominador e dominado – produzem signos de reafirmação do padrão de superioridade eurocêntrico, num jogo de espelhos e imagens, em que o subalterno se identifica com os desejos do dominador. A subjetividade daquele é captada e condicionada, a ponto de o dominado “olhar-se com os olhos do dominador” (QUIJANO, 2009, p. 77).

O olhar do dominador, no Brasil, apresenta-se em frentes difusas cotidianamente ao longo da nossa história. Cabe lembrar o Decreto n.º 528, de 28 de junho de 1980, que exigia autorização especial do Congresso Nacional para o ingresso de imigrantes asiáticos e africanos no Brasil, ao passo que as etnias europeias não sofriam restrições, ao contrário, recebiam estímulos para a migração no país. O Decreto-Lei n.º 7.967, de 18 de setembro de 1945, fixava à política imigratória do Brasil uma “orientação racional e definitiva” e que servisse de “fator de progresso para o país”. Em seu artigo 2º, a política de imigração era expressa ao dizer que havia “necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia”.

Especificamente em relação aos povos indígenas, a política de composição étnica os desconsiderava e as ações decorrentes da colonialidade materializaram-se na destruição de suas culturas e apropriação de seus territórios para exploração, fundamentados, ainda no século XXI, num discurso de modernização e progresso civilizatório.

Independentemente dos conteúdos dos dispositivos constitucionais que garantem a forma de organização dos povos autóctones (arts. 231 e 232 da Constituição Federal de 1988) e,

segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1998), que representaram um “renascer dos povos indígenas para o direito”, a violência ampla, geral e irrestrita perdura sob um sentimento de representação de atraso organizacional que permitisse e justificasse as medidas.

A construção de usinas hidrelétricas, a mineração, o desmatamento e o plantio de monoculturas em territórios indígenas são apenas alguns dos conflitos decorrentes dos signos construídos em torno da ideia de moderno e de atrasado. O “novo”, ligado à ideia de progresso, permite a intervenção destrutiva nos ambientes “velhos”, que representam supostamente o passado selvagem. Toda a riqueza decorrente da multiculturalidade, garantida e afirmada na Constituição Federal, é então violada.

Não obstante, mesmo em situações constitucionais em que é possível o aproveitamento de recursos existentes (231 § 3º da CF), os dispositivos normativos formais e materiais são violados sob a lógica da colonialidade. O direito não se apresenta como um mecanismo garantidor de fatos ou condições. Os princípios ou regras definidas nas normas são simplesmente desconsiderados ou distorcidos totalmente do seu texto literal, fato recorrente nas explorações dos territórios indígenas em que a oitiva dos povos é determinada constitucionalmente e é esvaziada de sentido – como se deu na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

Joaquín Herrera Flores (2009) reflete sobre a ficção criada com o direito positivado, pois, ao se afirmar a existência de norma, cria-se no imaginário coletivo que os problemas foram resolvidos e que a preocupação está na efetivação da norma. Tal pensamento está “desprezando absolutamente que, atrás de todo edifício jurídico, se escondem sistemas de valores e processos de divisão do fazer humano que privilegiam uns grupos e subordinam outros” (FLORES, 2009. p. 27). Seguindo o raciocínio de Flores, a movimentação

jurídica, a exemplo dos direitos humanos, está relacionada com as “lutas por dignidade”, que apresentem resultados no campo normativo, político e econômico.

Como se vê, para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos não é o direito a ter direitos (círculo fechado que não cumpriu com seus objetivos desde que se ‘declarou’ há quase seis décadas). Para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade (FLORES, 2009. p. 39).

Como se observará a seguir, os processos judiciais que evocam os conteúdos constitucionais contrariados acabam, em regra, sem julgamento de mérito, sob o fundamento da perda do objeto, ou com a apresentação de medidas compensatórias. Esta perda ou compensação, no caso dos povos indígenas, deve ser analisada a partir da estratégia do “fato consumado”. Em outras palavras: os povos indígenas deveriam ser ouvidos sobre a exploração dos recursos naturais de seus territórios. No entanto, a ausência da oitiva ou a sua simulação, que gera um vício formal e é judicializada, não suspende a exploração, e os recursos financeiros para as obras continuam a ser aplicados. Posteriormente, afirma-se que os investimentos foram realizados, sendo impossível a reversão, e que cabem apenas medidas compensatórias para os indígenas, as quais, em muitos casos, são inócuas e se traduzem em etnocídio.

Verifica-se, assim, que os processos de ruptura dos vínculos coloniais clássicos, com as declarações de independência e a constituição de ordenamentos jurídicos próprios de cada país, não se traduziram em libertação das vias de poder do padrão colonial. Em outras palavras: o colonialismo acaba, mas os efeitos resultantes não cessam com o seu fim.

3 A INOBSERVÂNCIA DE NORMAS INTERNACIONAIS E CONSTITUCIONAIS SOBRE PARTICIPAÇÃO

Os processos judiciais são um importante mecanismo para análises empíricas dos fenômenos políticos, econômicos, culturais e sociais do país. Os casos judicializados reduzem a complexidade dos fatos e permitem que se observe como o conteúdo normativo é manuseado em determinadas condições.

Sob essa perspectiva, portanto, esta etapa do presente trabalho apresenta um exercício analítico, a partir do estudo de uma ação judicial proposta pelo Ministério Público Federal, que aponta para a inobservância de normas internacionais e nacionais sobre a participação dos indígenas em temas nos quais inexistem a possibilidade de exclusão ou atuação limitada. Tal análise permite o entendimento de que ambas as possibilidades – exclusão ou restrição – caracterizam a incidência direta da colonialidade do poder.

Inicialmente, cabe destacar que a participação social substantiva nos espaços decisórios das instituições políticas nacionais (governo, parlamento e tribunal) apontam para a real densidade democrática existente em um país. Assim, o grau de liberdade de participação e o rol de indivíduos que podem exercer seus direitos políticos são duas importantes métricas para se aferir o espectro democrático (SILVA, 2013).

Medidas que possam impactar negativamente um determinado grupo, dentro da lógica apresentada, exigem que se garanta a fala dos atingidos para que possam se posicionar sobre o tema. Neste aspecto, para reafirmar os princípios democráticos do diálogo e da construção de sujeitos políticos ativos contidos na Constituição Federal, o Brasil ratificou a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho e a promulgou por meio do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.

As prescrições contidas na Convenção n.º 169 da OIT foram equiparadas a norma constitucional, em consonância ao disposto no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, e o seu alcance foi definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 87585 – Pleno, de 25 de junho de 2009. Dessa forma, o art. 15 da Convenção n.º 169 da OIT deve ser observado, pois dispõe que a consulta dos povos interessados deve ser realizada antes de se “emprender ou se autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras.”

A normativa internacional determina ainda que o governo deve “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 6, 1, a, Convenção 169, OIT). O dispositivo guarda idêntica simetria com as normas constitucionais, entre as quais o art. 231 § 3º da CF, que assegura a participação e a oitiva dos povos indígenas quando forem estruturadas e organizadas ações de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais.

O conteúdo da Convenção e da Constituição Federal vinculam as ações das instituições políticas e são critério de validade a serem seguidos, sob pena de caracterizarem redução ou ausência de ambiente democrático (CANOTILHO, 2003). A mesma norma internacional, no seu art. 6, 1, b, também assegura que os povos possam participar de forma livre das medidas que possam lhes afetar mediata ou imediatamente.

Inúmeras formas de participação social públicas são previstas no ordenamento jurídico brasileiro e podem ser aplicadas em circunstâncias distintas, como a consulta, a audiência, a reunião, etc.

No caso dos povos indígenas, a Constituição Federal definiu que a consulta deve ser realizada toda vez em que se pretenda aproveitar dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais. Esta é uma expressão da democracia participativa e uma reafirmação do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal ao estabelecer que todo poder emana do povo.

A sua utilização, no entanto, pressupõe que a consulta seja consistente, de boa-fé e que apresente todo o teor do que vai ser decidido. Dessa forma, é possível dizer que o mecanismo de consulta foi legítimo e que possibilitou um posicionamento livre sobre o projeto apresentado (SILVA, 2013).

Nas palavras de Dalmo Dallari:

Não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para ter-se uma informação relevante. Não. É ouvir para condicionar a decisão. O legislador não pode tomar decisão sem conhecer, neste caso, os efeitos dessa decisão. Ele é obrigado a ouvir. Não é apenas uma recomendação. É, na verdade, um condicionamento para o exercício de legislar. Se elas (comunidades indígenas) demonstrarem que será tão violento o impacto (da mineração ou da construção de hidrelétrica), será tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura, cria-se um obstáculo intransponível à concessão da autorização (DALLARI, 1990).

Dallari (1990) é preciso ao dizer que consultar não é ouvir. Há um sentido mais amplo que vincula o resultado apresentado ao que for respondido pelo povo indígena. Não é um procedimento de legitimação, mas de participação ativa, que pode, ao final, significar a recusa da exploração pretendida.

Infelizmente, a prática corrente nos projetos de megaobras, como as usinas de Tucuruí e Tapajós, se distancia das prescrições da Constituição Federal. Igual caminho seguiu o projeto da Usina de Belo Monte e que determinou que o Ministério Público Federal do Pará ajuizasse uma Ação Civil Pública Ambiental, com pedido de liminar, na Justiça Federal de Altamira, Pará, contra o Instituto

Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte).

A ação judicial, catalogada sob o n.º 2006.39.03.000711-8, pretendia obstar, no IBAMA, o processo de licenciamento do Aproveitamento Hidroelétrico de Belo Monte, no rio Xingu, e reconhecer a nulidade do Decreto Legislativo n.º 788, de 13 de julho de 2005, oriundo do Congresso Nacional, que autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico de Belo Monte após os estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros considerados necessários pela Eletrobrás. O pedido formulado pelo Ministério Público para bloquear o licenciamento no IBAMA e anular o Decreto Legislativo n.º 788/2005 estava estruturado em cinco grandes fundamentos jurídicos:

Em primeiro lugar, destaca-se a violação de dispositivo prescrito no artigo 231, § 3º, da Constituição Federal de 1988. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra. Ocorre que os povos indígenas afetados não foram consultados nos termos da Constituição Federal e da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). No caso em questão, portanto, a consulta às comunidades afetadas deveria ter sido realizada pelo Congresso Nacional antes da promulgação do Decreto Legislativo n.º 788/2005 (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2006, p. 3-6 e 8-13).

Em segundo lugar, são considerados os impactos a serem experimentados pelas populações indígenas com a construção da usina. As etapas de estudos e projetos, construção da usina, enchimento do reservatório e operação da Usina de Belo Monte acarretam uma diversidade de impactos negativos na organização

social, política, econômica e cultural dos povos indígenas. Os conflitos, as pressões sobre as terras e recursos naturais, as limitações para a caça e a pesca, a restrição no deslocamento e a alteração da geografia do local podem conduzir à extinção dos grupos étnicos afetados (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2006, p. 6-8).⁵

Em terceiro lugar, evidencia-se o atentado ao devido processo legislativo. O Decreto Legislativo n.º 788/2005 foi aprovado na Câmara de Deputados e, ao ser analisado no Senado Federal, foi alterado sem o devido retorno à casa de origem. O Ministério Público Federal argumenta que a emenda do Senado – que incluiu a participação do Estado do Pará nos estudos a serem realizados – tem índole modificativa, de forma que a circunstância apresentada exigiria o retorno do projeto à Câmara, conforme consta do art. 123 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2006, p. 13-14).

Em quarto lugar, expõe-se que não existe Lei Complementar que regule a forma de exploração dos recursos hídricos em área indígena, conforme determina o § 6º do art. 231 da Constituição Federal. A ausência de norma regulamentadora, combinado com o disposto nos §§ 1º e 3º do mesmo artigo da Carta Cidadã, é um óbice intransponível para o desejado AHE de Belo Monte. Acrescenta, ainda, o Ministério Público Federal que o Congresso Nacional editou o inconstitucional Decreto Legislativo n.º 788/2005 sem especificar como se daria o retorno financeiro às comunidades indígenas afetadas pela construção do empreendimento, conforme dispõe o § 3º acima mencionado (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2006, p. 14-16).

5 A possibilidade de extinção étnica foi apresentada pelo MPF em 2006. Aproximadamente dez anos depois, em 2015, o MPF ajuizou uma ação civil pública contra o etnocídio dos povos indígenas afetados. Este tema é objeto da segunda ação analisada no presente artigo.

Em quinto lugar, entende-se que há inconstitucionalidade no processo de licenciamento ambiental. Dois argumentos conduzem a afirmação do Ministério Público Federal e ambos estão relacionados à fase de elaboração do Termo de Referência do Estudo de Impacto Ambiental: o primeiro indica que há ausência de sustentação constitucional para a realização dos estudos, pois não houve oitiva prévia pelo Congresso Nacional dos povos indígenas que seriam afetados pela construção e funcionamento da usina de Belo Monte, conforme determina a Constituição Federal; o segundo argumento aponta que as duas reuniões para embasar a elaboração do Termo, previstas para os dias 30 e 31 de março de 2006, em Altamira e Vitória do Xingu, não tiveram ampla divulgação para a sociedade e também não foram comunicadas aos povos indígenas da região. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2006, p. 16-18).

A conclusão do Ministério Público Federal é que “à luz de uma interpretação principiológica do Texto Constitucional, mormente dos arts. 49, XVI e 231, § 3º, tanto a autorização quanto a oitiva das comunidades indígenas estão na esfera de atribuições exclusivas – daí porque indelegáveis – do Congresso Nacional” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2006, p. 17-18).

Em outras palavras, o Poder Legislativo não pode delegar ao Poder Executivo a competência para autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos, a pesquisa e lavra de riquezas minerais, assim como a oitiva das comunidades indígenas.

A conexão dos cinco grandes pontos estratégicos suscitados na Ação Civil Pública resultou no pedido de “condenação do IBAMA em obrigação de não-fazer, consistente na proibição de adotar atos administrativos referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2006, p. 19).

Os fatos relatados pelo Ministério Público Federal na ação civil pública em questão evidenciam que, independentemente do momento e da competência para realizar os atos, os povos indígenas não foram consultados previamente sobre a construção da Usina de Belo Monte. Dessa forma, a omissão contraria expressamente os dispositivos da Convenção 169 da OIT e as prescrições da Constituição Federal.

Infelizmente, o fato apresenta-se ainda mais grave do que a construção jurídica produzida por Dalmo Dallari e exposta anteriormente. Este trabalha com o cenário no qual o Estado “ouve” os indígenas, mas desconsidera o conteúdo da decisão proferida. Na construção da Usina de Belo Monte sequer foi realizada oitiva prévia dos indígenas a respeito do aproveitamento dos recursos, violando, assim, os princípios constitucionais de igualdade, legalidade e publicidade.

A inobservância dos dispositivos internacionais e nacionais pelo país e o impacto negativo das obras na vida dos povos indígenas, possibilitando a extinção de povos, podem ser caracterizados como etnocídio e identificados como resultados da colonialidade do poder.

4 A EXPANSÃO ECONÔMICA E O ETNOCÍDIO NO BRASIL

A expansão da economia de mercado para os territórios indígenas deve ser acompanhada de um profundo controle democrático estatal e de uma efetiva participação dos povos atingidos. Esta atuação deve ser compreendida como um processo político ativo dos indígenas que, como resultado final de suas deliberações, aceitarão, ou não, a exploração dos recursos naturais existentes. A negativa ou eventuais limitações impostas pelos indígenas devem ser acolhidas integralmente, sob pena de se reforçar o padrão moderno de poder de apropriação da vida e da natureza.

A totalidade do mercado capitalista deve ser limitada às particularidades existentes e que se organizam dentro de outros parâmetros cosmológicos. A ideia de economias capitalistas centrais ou periféricas constrói realidades e define ações dentro de marcos alheios aos valores delineados pelos povos indígenas, que não utilizam do sistema monetário como parâmetro de relações sociais e construção de sociedade.

O fato de ainda existirem outras formas minoritárias de organização social não implica que tais populações deixem de sofrer os impactos e efeitos dos modelos majoritários e hegemônicos (MIGNOLO, 2003). Ao contrário, a expansão do pensamento moderno historicamente busca colonizar todos os indivíduos e espaços em escala global, mercantilizando-os dentro de padrões de valor de uso e troca.

No Brasil, em que pese a Constituição Federal de 1988 reconhecer e garantir o multiculturalismo, a construção histórica produzida pelo Estado não foi de reconhecimento da identidade de cada povo indígena e sua auto-organização, mas de assimilação forçada de traço colonial. Assim, sob a justificativa de integração à cultura nacional, diversas etnias foram: reduzidas, tornando-se invisíveis sociais (SANTOS, 2006); aculturadas, ficando sem direitos específicos, pois “vivem como qualquer pessoa da sociedade civilizada”; ou dizimadas ainda no século XX, em reais ações de etnocídio.⁶

O valor de uso e troca das terras indígenas para o mercado desperta o desejo de apropriação e mercantilização dos espaços, promovendo uma verdadeira “organização hierarquizada dos territórios”. O resultado é a combinação de ações do mercado e do

⁶ Cita-se, por exemplo, os *Xetús*, no Estado do Paraná, que até a década de 1940 não tiveram contato com os brancos. Nos anos seguintes, com a expansão da fronteira agrícola, a etnia foi exterminada.

Estado para a exploração dos recursos naturais com a construção de megaobras de infraestrutura (hidrelétricas, gasodutos, minerodutos, hidrovias, rodovias, portos, aeroportos, linhas de transmissão de energia, entre outras) sem contar com a anuência dos povos. (ALMEIDA, 2012).

A apropriação hierarquizada e conflituosa resulta em verdadeiras “zonas de sacrifícios” (ACSELRAD, 2004)⁷, em que os direitos e garantias dos indígenas são suspensos ou relativizados, restando, assim, apenas os impactos negativos para os povos locais. O olhar e as ações do dominador se impõem sobre o dominado, hierarquizando relações e reproduzindo as práticas da colonialidade do poder.

A construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará, mantém o padrão de dominação, exploração e conflito de traço colonial, consolidando zonas de sacrifícios e hierarquizando etnias e territórios. Inúmeras medidas de resistência, em diferentes campos de atuação, foram tomadas ao longo do processo de planejamento e execução da obra, sendo destacadas, no presente artigo, apenas duas ações judiciais propostas pelo Ministério Público Federal.

Além do processo que questiona a ausência de oitiva dos povos indígenas antes do início das obras violando normas internacionais e nacionais, descrito anteriormente, o Ministério Público ajuíza a décima nona ação civil pública destacando os impactos negativos

⁷ Acselrad diz que “nestes locais, além da presença de fontes de risco ambiental, verifica-se também uma tendência a sua escolha como sede da implantação de novos empreendimentos de alto potencial poluidor. Tais localidades são chamadas, pelos estudiosos da desigualdade ambiental, de ‘zonas de sacrifício’ (...). Nestes locais, observa-se a conjunção das decisões de localização de instalação ambientalmente danosas com a presença de agentes políticos e econômicos empenhados em atrair para o local investimentos de todo tipo, qualquer que seja seu custo social e ambiental. Estes dois processos tendem a prevalecer em áreas de concentração de moradores de menor renda e menos capazes de se fazerem ouvir nos meios de comunicação e nas esferas de decisão” (ACSELRAD, 2004).

decorrentes da construção da usina em relação aos os povos indígenas. São medidas judiciais distintas num lapso de tempo de aproximadamente dez anos – 2006 e 2015.

Também o Ministério Público Federal, atuando dentro da perspectiva do “fato consumado” – posto que a obra foi construída – afirma que o projeto de utilização do potencial hidrelétrico dos rios da Amazônia brasileira, na matriz energética nacional, estava condicionado a um Plano de Mitigação de Impacto. Tal plano sugere que a implementação do projeto desenvolvimentista deveria atenuar seus efeitos negativos sobre as nove etnias atingidas “sem a eliminação dos modos de vida de grupos minoritários que historicamente vivem na bacia do rio Xingu e que reproduziram uma concepção peculiar de existência e de relação com a natureza” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015).

As determinações de garantia da construção da hidrelétrica foram diametralmente opostas às ações de implementação das medidas compensatórias que atenuariam a mudança do cotidiano dos povos indígenas. A obra seguiu um cronograma de execução que garantiu a sua construção, ao passo que o Plano de Mitigação de Impacto “foi negligenciado pelo Estado e flexibilizado, corrompido e reescrito unilateralmente pela concessionária Norte Energia” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015, p. 3).

A omissão do Estado em dotar o órgão indigenista (FUNAI) de condições mínimas para cumprir sua missão institucional diante dos desafios que acompanhariam a UHE Belo Monte, de garantir o usufruto dos indígenas e proteção sobre suas terras e de pactuar o Programa Médio Xingu, soma-se à atuação heterodoxa do empreendedor, que, após obter as licenças ambientais, blindado pelo suposto ‘interesse nacional’ de seu projeto, passa a decidir – segundo suas prioridades – quando e como os recursos das políticas socioambientais seriam aplicados. Com isso, além das ações mitigatórias tornarem-se obviamente incapazes de fazer frente aos impactos a que se destinavam, transformaram-se num instrumento de reiteração de práticas etnocidas, que até o advento da Constituição Federal de 1988 justificaram a extinção dos povos indígenas e a sua incorporação forçada à cultura dominante (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015, p. 3).

O padrão adotado na construção de Belo Monte não destoa das ações praticas ao longo dos séculos. O Estado e o mercado retomam as bases paradigmáticas da modernidade e apresentam os seus inexoráveis cavaleiros envoltos nos mantos do progresso e do desenvolvimento, em contraposição ao arcaico. O progresso, sob o signo do “novo”, será garantido com o desenvolvimento decorrente da usina hidrelétrica. O atraso, sob o signo do “velho”, será gradativamente incorporado e eliminado, como representação da superação do passado.

O simples binômio “novo” e “velho”, em verdade, esconde uma complexidade de relações sociais em conflito, que – em nome da modernidade – vão dizimando a diversidade e construindo a unidade à imagem e semelhança do “branco-superior” (MIGNOLO, 2003). Evocar o “interesse nacional” para implementar a hidrelétrica no meio da Amazônia e abandonar os povos indígenas impactados negativamente demonstra o simulacro e a simulação existentes.

A passagem dos signos que dissimulam alguma coisa aos signos que dissimulam que não há nada, marca a viragem decisiva. Os primeiros referem-se a uma teologia da verdade e do segredo (de que faz ainda parte a ideologia). Os segundos inauguram a era dos simulacros e da simulação, onde já não existe Deus para reconhecer os seus, onde já não existe Juízo Final para separar o falso do verdadeiro, o real da sua ressurreição artificial, pois tudo está já antecipadamente morto e ressuscitado (BAUDRILLARD, 1991, p. 14).

O “interesse nacional” passa a ser mero simulacro e simulação para as instituições que o evocam na construção da obra, pois “tudo está antecipadamente morto e ressuscitado”. O “interesse nacional” atende apenas aos “signos que dissimulam que não há nada”, isto é, uma estratégia de dissuasão (Baudrillard, 1991, p. 13 e 14). Tira-se a atenção para garantir a realização da obra e permite-se o etnocídio dos povos indígenas, restando apenas as “lágrimas dos deuses”.

As normas jurídicas garantidoras dos direitos dos indígenas são desconsideradas pelo Estado e pelo mercado na implementação de Belo Monte, em especial a Constituição Federal de 1988, que veda políticas assimilacionistas orientadas para o fim da cultura dos povos indígenas. Como diz expressamente o Ministério Público Federal, o “que está em curso, repita-se, com a UHE Belo Monte é um processo de extermínio étnico, pelo qual o governo federal dá continuidade às práticas coloniais de integração dos indígenas à sociedade hegemônica” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015, p. 87).

Os fatos vivenciados em Belo Monte pelos indígenas são traduzidos na exata medida definida por Pierre Clastres (2004, p. 78 e 79) como etnocídio, ou seja, “destruição de sua cultura”. O etnocídio “é a destruição sistemática dos modos de vida e pensamento de povos diferentes daqueles que empreendem essa destruição”. Em outras palavras, “o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito” (CLASTRES, 2004, p. 78 e 79).

O etnocídio praticado na construção de Belo Monte é mais uma das faces da colonialidade do poder que incide, novamente, sobre os povos indígenas. O bloqueio de medidas coloniais exige uma construção teórica e práticas decoloniais, sendo o campo jurídico um ambiente estratégico. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já avançou significativamente na matéria e já apresentou decisões de base decolonial, cabendo agora aos povos exigirem igual métrica dos Estados nacionais.

5 AS DECISÕES DECOLONIAIS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) tem decidido casos sobre povos indígenas com fundamentos jurídicos que apresentam traços decoloniais. O conteúdo e os argumentos utilizados transgridem e se insurgem (WALSH, 2009, p. 14-15,

nota de rodapé) contra o padrão jurídico estabelecido nos Estados nacionais da América Latina⁸.

A estrutura jurídica sistematizada nas decisões da CorteIDH apresenta construções alternativas ao pensamento colonial enraizado nas instituições políticas, combinando insurgência com efetividade de dispositivos internacionais que garantem a proteção de minorias (TORRE, 2007), a exemplo do art. 14 da Convenção 169 da OIT, que dispõe que os “governos tomarão as medidas necessárias para identificar terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados e garantir a efetiva proteção de seus direitos de propriedade e posse” (OIT, 1989).

A terra, para os povos indígenas, é o elemento de identidade coletiva que os mantém conectados, que permite a organização social e perpetuação de seus costumes, línguas, crenças e tradições. A separação entre homem e natureza, produzida pelo pensamento antropocêntrico, moderno e europeu, inexistente para os povos indígenas, fato este que os identifica com o seu território de forma singular. Nesse sentido, toda e qualquer medida decolonial passa, necessariamente, pela manutenção dos povos indígenas nos seus territórios com a preservação plena do ambiente.

A sentença do caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra a Nicarágua, de 31 de agosto de 2001, foi a primeira decisão da Corte Interamericana sobre o tema das minorias étnicas. A CorteIDH reconheceu os direitos dos indígenas ao território e ao ambiente, em detrimento da concessão para exploração de madeira

8 Walsh diz: “Suprimir la ‘s’ y nombrar ‘decolonial’ no es promover un anglicismo. Por el contrario, es marcar una distinción con el significado en castellano del ‘des’. No pretendemos simplemente desarmar, deshacer o revertir lo colonial; es decir, pasar de un momento colonial a un no colonial, como que fuera posible que sus patrones y huellas desistan de existir. La intención, más bien, es señalar y provocar un posicionamiento – una postura y actitud continua – de transgredir, intervenir, in-surgir e incidir. Lo decolonial denota, entonces, un camino de lucha continuo en el cual podemos identificar, visibilizar y alentar ‘lugares’ de exterioridad y construcciones alternativas” (WALSH, 2009, p. 14-15, nota de rodapé).

que o governo havia fornecido para uma empresa estrangeira. A condenação da Nicarágua implicou, ainda, em indenização por danos imateriais e materiais, além do dever de delimitar, demarcar e titular as propriedades das comunidades com respeito aos seus direitos tradicionais, valores, usos e costumes.

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas em uma comunidade. Os indígenas têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014).

Ao lado da decisão acima, outros procedimentos importantes foram julgados na CorteIDH em favor dos povos indígenas, destacando-se: Yakye Axa contra o Paraguai; Yatama contra Nicaraguá; Saramaka contra Suriname; Chitay Nech e outros contra Guatemala; Xákmok Kásek contra o Paraguai; e Kichwa de Sarayaku contra Equador. Em todos os casos mencionados o território é um elemento central para os indígenas, pois desterrar um povo significa romper um vínculo justificador da própria existência. Tal percepção foi captada pela Corte Interamericana no julgamento, em 17 de junho de 2005, do caso dos indígenas de Yakye Axa em desfavor do Paraguai.

A garantia do direito à propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, o direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de

geração em geração este patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros das comunidades e grupos indígenas. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2014).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao reconhecer os direitos dos indígenas às suas tradições, bens imateriais e materiais, costumes, língua e todos os signos que reafirmam suas culturas, está se insurgindo à totalidade moderna que coloniza todos os continentes (MELO, 2006). O conteúdo das decisões são transgressões decoloniais que abrem caminho para a existência e a resistência dos povos indígenas no século XXI.

6 CONCLUSÃO

O exercício analítico realizado a partir da análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial demonstrou que o fim do colonialismo não se traduziu no fim do seu poder. A estrutura visível de regimes coloniais clássicos cede espaço para mecanismos de dominação, exploração e conflito sofisticados e sutis, que permitem o controle (in)visível dos territórios e indivíduos.

O dominador do território subalterno tem sua subjetividade capturada pelos valores da modernidade eurocêntrica e reproduz as diferenciações inerentes. Isso pode ser percebido no pensamento do “branco-superior”, que expressa o desenvolvimento, o progresso e a civilização, em contraposição ao “não-branco-inferior”, que sintetiza o arcaico e selvagem.

Todavia, o dominador “branco-superior” da periferia do capitalismo é apenas o dominado do “branco-superior” europeu, num jogo de espelhos que cria a esperança de que em algum momento ambos serão iguais. O jogo de espelhos é real, no entanto, a possibilidade de igualdade é inexistente, conforme se observa nos mais de quinhentos anos de dominação do pensamento eurocêntrico.

A compreensão de que não existe diferença biológica entre “raças” (QUIJANO, 2009) e de que a hierarquia entre indivíduos se dá a partir do seu *locus* e cor, leva à ideia de que todos os indivíduos que se diferenciam do fenótipo branco são os primeiros a serem violentados. Os efeitos da colonialidade do poder impedem que o latino-branco seja identificado pelo europeu-branco como igual. Neste ponto, observa-se que o *locus* – e não a cor – é o elemento de hierarquização. Em relação aos não-brancos, a diferenciação ocorre pela cor e *locus*.

Dessa forma, sendo os não-brancos mais vulneráveis a todo tipo de violência, o presente estudo evidencia a situação-condição dos indígenas nesse contexto. Demonstra-se que a atual fase de expansão do capital passa por nova apropriação dos territórios indígenas, que ainda têm recursos naturais intactos e em abundância. Esta “organização hierárquica dos territórios” exige a atual expansão e mercantilização dos espaços com intervenções econômicas, por meio de megaobras, altamente destrutivas.

Abrem-se, novamente, “zonas de sacrifício” em desfavor dos povos indígenas, materializadas também nos processos judiciais. A inobservância dos dispositivos internacionais e nacionais são identificados na distorção de sentido ou o seu total descumprimento, numa escala que depende do grau de resistência apresentado pelo povo atingido.

No percurso entre o planejamento e a execução da Usina de Belo Monte inúmeras violações foram praticadas (DHESCA, 2010). Neste trabalho destacou-se dois processos judiciais que apresentaram a ausência de oitiva dos povos indígenas na fase inicial do projeto e, na conclusão da obra, a não aplicação do Plano de Mitigação de Impactos, que tem apenas um caráter compensatório.

A primeira ação civil pública de 2006 deixa claro que a oitiva dos povos indígenas definida na Convenção 169 da OIT e na Constituição Federal de 1988 não foi realizada, desconsiderando-se

completamente a fala dos povos sobre o tema. Compreende-se assim que a violação dos dispositivos mencionados é a desconsideração plena do outro que, na relação de poder existente, encontra-se plenamente vulnerável.

A manutenção dos procedimentos para construção e execução da obra orientada pelo “interesse nacional” evidencia que o produtor do discurso desconsidera, na sua concepção de vontade, a minoria divergente que se organiza socialmente dentro de outros referenciais culturais. O “interesse nacional” – independente se do século XV ou do século XXI – mais uma vez permite o etnocídio daqueles que serão desterrados. O estado da arte de Belo Monte demonstra os resultados nefastos para os povos locais e que foram denunciados antes do início das obras (SEVÁ FILHO; SWITKES, 2005), ou seja, o prenúncio se materializou no transcorrer dos anos.

As alternativas de resistência existentes para os povos indígenas afetados negativamente estão no campo da transgressão e insurgência (TORRE, 2012), que já encontram guarida nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta apresenta julgados de caráter decolonial contra as medidas estatais e de mercado que violem os direitos e garantias dos povos indígenas.

Pensar num horizonte decolonial implica, necessariamente, trilhar um caminho que garanta a efetividade dos direitos fundamentais, a democratização plena do poder e o reconhecimento com liberdade e igualdade da multietnicidade no país (SILVA; SANTOS, 2016).

Data de Submissão: 06/02/2017

Data de Aprovação: 04/05/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. (Org.). **Conflito social e meio ambiente no Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Entre a “proteção” e o “protecionismo”. Especial Fundação Ford. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 2012. Disponível em: < <http://diplomatie.org.br/entre-a-protecao-e-o-protecionismo/>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulações**. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.

BHABHA, Homi. *The Location of Culture*. Londres e Nova York: Routledge, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. PALÁCIO DO PLANALTO. **Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

CLAVERO, Bartolomé. Código entre indígenas: a propósito de La codificación del siglo XIX de Carlos Ramos. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, ISSN 0392-1867, v. 29, n. 1, 2000, p. 495-509. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/29/0496.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

CLAVERO, Bartolomé. Derechos Indígenas *versus* Derechos Humanos: a propósito de un proyecto de Naciones Unidas. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, ISSN 0392-1867, v. 29, n. 1, 2000, p. 495-509. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/29/0496.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por7.pdf>> Acesso em: 13 jan. 2017.

DALLARI, Dalmo. **Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio**. Ano II, nº 9 a 13, abr./ago. 1990.

DHESCA. **Relatório da missão Xingu**: violações de direitos humanos no licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Relatoria Nacional do Direito Humano ao Meio Ambiente. Relatores: Marijane Vieira Lisboa; José Guilherme Carvalho Zagallo. Abr. 2010. Disponível em: <<http://www.abant.org.br/file?id=197>>. Acesso em 14 dez. 2016.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: Edgardo Lander (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2005.

GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**[Online], n. 80, p. 383-417, 2012. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/697>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SEVÁ FILHO, Arsenio Oswaldo; SWITKES, Glenn. **Tenotã-Mô**: alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no Rio Xingu. 1ª ed. São Paulo: International Rivers Network, 2005.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 3, n. 4. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452006000100003>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

MIGNOLO, Walter. **Histórias locais/Projetos globais**: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ação Civil Pública Ambiental n. 2006.39.03.000711-8**. Procuradoria da República no Município de Altamira. Pará: Altamira, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ação Civil Pública com base nos Inquérito Civil PRM/ATM 1.23.003.000045/2013-27; Inquérito Civil PRM/ATM 1.23.003.000431/2011-57; Inquérito Civil PRM/ATM 1.23.003.000047/20014-05; Inquérito Civil PRM/ATM 1.23.003.000126/2012-46.** Procuradoria da República no Município de Altamira. Pará: Altamira, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.** 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2016.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 73-115.

QUIJANO, Anibal. Cuestiones y Horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. **Colección Antologías.** 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2014.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. **Revista Novos Rumos**, v. 17, n. 37, p. 4-25, mai./ago. 2002.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** Porto: Afrontamento, 2006.

SEGATO, Rita Laura. Introducción: políticas de la identidad, diferencia y formaciones nacionales de alteridad. In: **La nación y sus otros: raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de la identidad.** Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007. p. 15-36.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais em face das declarações e convenções internacionais. In: Joaquim Shiraishi Neto. (Org.) **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional.** Manaus: UEA, 2007. Disponível em: <<http://novacartografiasocial.com/>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

SILVA, Eduardo Faria. Audiência pública e participação social na efetivação do Estado Democrático. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno; DOURADO, Sheilla Borges. **Consulta e participação: a crítica à metáfora da teia de aranha.** Manaus: UEA Edições; PPGSA/PPGAS - UFAM, 2013. p. 81-96.

SILVA, Eduardo Faria; SANTOS, Anderson Marcos. Política, Estado e Democracia no Brasil: olhares sobre um país multiétnico. Eduardo Faria Silva et. al. (Org.). **Direito à Cidade e ao Trabalho: olhares sobre Brasil e Cuba. Derecho a la Ciudad y al Trabajo: miradas desde Brasil y Cuba.** Curitiba: Kairós, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **A função social da terra.** 1^a ed. 2^a tiragem. Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o Direito.** 1^a ed. Curitiba: Juruá, 1998.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o sulbaterno falar?** Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.

TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la. **El derecho que sigue naciendo del pueblo: movimientos sociales y pluralismo jurídico.** 1^a ed. México: Coyoacán, 2012.

TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la. **El derecho como arma de liberación en América Latina: Sociología jurídica y uso alternativo del derecho.** 3^a ed. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales "Padre Enrique Gutiérrez" – CENEJUS, 2007.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época.** Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009. Disponível em < <http://www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-estado-y-sociedad.pdf> > Acesso em: 10 nov. 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

GODS' TEARS:

lack of participation indigenous' peoples and ethnocide in Brazil

Eduardo Faria Silva

Anderson Marcos dos Santos

Abstract: This article analyses the impacts of coloniality of power in Brazil's ethnic relations. Those impacts are generated by the construction of Belo Monte hydroelectric power plant. The main goal of this research is to show that the lack of indigenous' participation in the decision procedures required to the power plant construction caused irreversible damages. From a social-legal analysis it shows that such damages represent the ethnocide of the indigenous peoples from that area. It also demonstrates that Brazilian judiciary's position reaffirms the hierarchical distinctiveness that exists between dominator and dominated in the relation with indigenous peoples. This finding - grounded on the concept of coloniality of power - comes from cases analysis. Finally, it is highlighted that there are decisions from the Interamerican Court of Human Rights that recognize indigenous peoples' rights in a decolonial perspective. It is understood that those decisions can guide Brazilian judiciary to break the colonial thinking. Therefore, this research is the result of an analytical exercise and establishes a dialog between Law and other knowledge fields. The conclusion is that Brazilian judiciary's position reaffirms the undermined condition of indigenous peoples and that breaking the established model depends on the adoption of a decolonial thinking.

Keywords: Coloniality of Power, Law, Megaproject, Participation, Ethnocide.

Direitos dos Índios na Constituição de 1988 Os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção

RODRIGO BASTOS DE FREITAS

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Delegado da Polícia Federal
Email: rodrigobastosdefreitas@gmail.com

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Título: Professor Dr. da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Juiz Federal da 1ª Região
Email: saulocasalibahia@uol.com.br

Resumo: O presente artigo tem como objetivo identificar e demonstrar a existência dos princípios da tutela-proteção e da autonomia dos povos indígenas, presentes de forma implícita na Constituição de 1988. Para tanto, parte da pesquisa histórica da legislação relativa aos direitos dos índios brasileiros desde o período colonial, com referência também a determinados aspectos da formação e atuação dos órgãos estatais encarregados da gestão da “questão indígena”, para tratar da recepção da figura da tutela estatal dos índios pela vigente Constituição.

Palavras-chave: Constituição de 1988; Direitos dos índios; História da legislação indigenista; Autonomia dos povos indígenas; Tutela.



Direitos dos Índios na Constituição de 1988 Os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção

RODRIGO BASTOS DE FREITAS

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 estabeleceu o principal marco no tratamento dos direitos dos índios no Brasil. Primeiro texto constitucional a reservar um capítulo específico para o tema, ampliou significativamente o grau de proteção ao reconhecer “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231, *caput*).

Desde os tempos coloniais as políticas oficiais sempre se pautaram pelo *paradigma da integração*, que reputa transitória a “condição” de índio e inexorável sua “integração” à sociedade nacional. A principal inovação trazida pela Constituição de 1988 foi justamente a superação desse marco, substituindo-o pelo *paradigma da interação*.

O presente artigo, retirado de dissertação de mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, propõe demonstrar a existência de dois princípios implícitos na Constituição, de posição central no sistema constitucional de direitos dos índios: os princípios da *autonomia dos povos indígenas* e da *tutela-proteção*, cujos contornos teóricos foram delineados respectivamente por Barbosa (2001a) e Barreto (2003).

Para tanto, parte-se de condensada exposição da trajetória da legislação brasileira, em paralelo a certos aspectos das políticas indigenistas oficiais adotadas ao longo da história, com o objetivo

de analisar o grau de inovação trazido pela Constituição de 1988 e também as dificuldades representadas pelo antigo paradigma da integração.

Analisados os contornos do paradigma da interação, buscaremos demonstrar que o *caput* do art. 231 da Constituição estabelece norma de direito fundamental. Em seguida, passamos à análise dos princípios da tutela-proteção e da autonomia dos povos indígenas, implícitos no texto constitucional.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO E POLÍTICA INDIGENISTA NO BRASIL

2.1. Período colonial

No período colonial, a ação indigenista se fundou na distinção entre índios aldeados – receptivos à política oficial – e gentios bravios, cujo enfrentamento era justificado pelo princípio da guerra justa.¹ A política de aldeamento, crucial para o projeto colonial, baseou-se na inovadora teoria do *consentimento pelo medo*, de autoria do jesuíta Manuel da Nóbrega (1517-1570) (EISENBERG, 2000, p. 22).

A força de trabalho indígena somente decaiu de importância no século XVIII, com a mineração em larga escala. A essa altura a população autóctone, em grande parte eliminada ou escravizada, já não era capaz de suprir a mão-de-obra necessária.

Durante certo tempo predominou a tese de que a política indigenista colonial teria se caracterizado por oscilações, na disputa política entre projetos opostos – a catequização jesuíta e a exploração econômica. Contudo, estudos recentes demonstram que, embora conflitantes, ambas as visões atendiam aos interesses da metrópole.

1 A legislação do período colonial português nunca foi compilada adequadamente, pois o estudo do indigenismo colonial tradicionalmente privilegiou aspectos políticos e econômicos e não o estudo jurídico. As presentes remissões se baseiam no inventário realizado por Beatriz Perrone-Moisés (CUNHA, 2002, p. 529-566).

As linhas paralelas de atuação convergem para o reconhecimento de direitos mais amplos aos indígenas que se submetessem à Coroa. Além das ordenações portuguesas, a legislação colonial era formada por regimentos expedidos pelos governadores locais e também cartas régias, leis, alvarás e provisões. Quando necessário, formavam-se juntas para a análise *in loco* de controvérsias, motivando a expedição de normas relativas a questões bastante específicas e locais (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 116-117).

A Lei de 30/7/1566, promulgada pelo administrador Mem de Sá (1500-1572), foi o primeiro conjunto sistemático de legislação sobre os índios, contemplando a possibilidade de escravização voluntária (EISENBERG, 2000, p. 139).

Para garantia de mão-de-obra e exploração do território, foram fundamentais as políticas de “descimento” (deslocamento de povos inteiros até a proximidade dos povoados, tendo a Lei de 24/2/1587 exigido a participação de missionários) e de “aldeamento” (sedentarização e catequização).

As terras das aldeias, após os descimentos, eram garantidas aos índios desde o início.² A administração das aldeias foi confiada primeiramente aos jesuítas³, mas mudanças legais introduziram a administração temporal.⁴

2 O Alvará de 26/7/1596 consagrou o adágio “senhores das terras da aldeia, como o são na serra”. Posteriormente, o Alvará de 1/4/1680 (reiterado pela Lei de 6/6/1755) explicitaria e ampliaria essa proteção.

3 A Lei Régia de 3/7/1609 proibiu a escravização de índios, reconheceu seus direitos territoriais e entregou sua civilização e catequese à Companhia de Jesus. Ao longo do tempo houve idas e vindas: a administração religiosa foi reafirmada (Lei de 9/4/1655), depois proibida (Lei de 12/9/1663), restaurada (Lei de 1/10/1680 e Regimento das Missões de 21/12/1686) e definitivamente revogada pelo marquês de Pombal em 1755.

4 A administração leiga foi introduzida, de fato, no Maranhão e no Pará. Denúncias de abusos levaram à sua proibição (Alvará de 8/6/1625), o que gerou resistência (MIRANDA; BANDEIRA, 1992, p. 32). Contudo, a vedação foi reiterada pelo Alvará de 10/11/1647, e posteriormente restaurada pela Lei de 12/9/1663.

Aos índios aldeados e aliados sempre se reconheceu a liberdade⁵, o que incluía a posse das terras das aldeias e o direito a remuneração e bom tratamento, exigindo-se em troca o trabalho compulsório. Desde o início o trabalho indígena era remunerado, direito frequentemente desrespeitado ao argumento de que a liberdade impedia os índios de sair da barbárie. A reunião de povos diferentes na mesma aldeia era condicionada à mútua concordância. Esse seminal e genuíno direito político constituía também medida de cautela, uma vez que o aldeamento conjunto de povos inimigos dificilmente poderia ser bem sucedido.

A contumaz inobservância dos direitos positivados tornou necessária a figura do procurador dos índios.⁶ Criaram-se juntas para fiscalização dos direitos trabalhistas e casos de cativo⁷, exercida pelos ouvidores gerais. A Lei de 1653 garantiu o acesso à justiça aos índios cativos, tornando-se o primeiro texto legal a tratar da alforria. Ao longo do período colonial perdurou a correlação entre liberdade e aldeamento, presente nas leis que previam o aldeamento como punição aos colonos que ilegalmente escravizassem os índios.⁸

Os frequentes casos de escravização ilegal levaram a Coroa portuguesa a cessar a distinção e estender a liberdade a todos os índios, para garantir ao menos a liberdade dos aldeados. Eram as chamadas “grandes leis da liberdade” (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 122).

5 Podem ser citadas as Leis de novembro de 1505, de 30/7/1609, de 10/9/1611, de 17/10/1653 e de 1/4/1680, os Alvarás de 10/11/1647 e 8/5/1758, a Provisão de 5/7/1605 e as Cartas Régias de 29/4/1667 e 5/7/1715.

6 São exemplos de instituição de procurador dos índios o Alvará de 26/7/1596, a Lei de 9/4/1655 e o Regimento das Missões de 1686. Há registro da prisão de um procurador no Maranhão, em 1701, para a garantir a observância de leis favoráveis aos índios (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 121).

7 Lei de 9/4/1655 e Carta Régia de 3/2/1701, p.ex.

8 É o caso do Regimento das Missões e também do Quartel da Câmara de São Paulo de 28/5/1635 e do Bando do Governador do Rio de Janeiro de 14/8/1696.

No período colonial a escravização era juridicamente lícita em duas hipóteses: guerra justa ou resgate.⁹ Muito variaram, ao longo do tempo e das diversas leis, os motivos para a guerra justa. Sobre a maior parte não havia consenso, fosse a recusa dos índios à conversão¹⁰, o impedimento da propagação da fé¹¹, a quebra de pactos celebrados ou a prática da antropofagia.¹²

A única justificação incontroversa era a hostilidade contra vassallos e aliados dos portugueses.¹³ Não surpreende que fosse a mais utilizada, ao ponto de, diante dos abusos, ter-se estabelecido como justas apenas as guerras declaradas pelo próprio rei, de maneira fundamentada.¹⁴

9 Como se pode concluir das Leis de 1609, 1680 e 1755. A escravização decorrente de guerra justa foi considerada lícita já nas Leis de 20/3/1570 e de 11/11/1595. A Lei de 30/6/1609 declarava a liberdade de todos os índios do Brasil, mas as constantes hostilidades entre gentios e colonizadores levaram a Lei de 10/9/1611 a restaurar a escravidão decorrente de guerra justa. O Alvará de 28/4/1688 autorizava a escravização dos índios infiéis durante o período de guerra, levando à conclusão de que aqueles que já tivessem se convertido ao cristianismo não podiam ser escravizados. A Carta Régia de 20/4/1708, por sua vez, autorizava a venda de índios em praça pública para indenização de despesas feitas pela Fazenda Real.

10 Como dito, Nóbrega se opunha à catequização pela força e defendia o consentimento pelo medo. Porém, a primeira tese prevaleceu por influência do jesuíta espanhol Quirício Caxa, que ocupou importante posição na Congregação em Salvador. Em acirrado debate com Nóbrega sobre a tese tomista de extrema necessidade e suas implicações para a natureza do direito subjetivo, Caxa formulou o modelo que se tornaria influente na doutrina jesuíta. A teoria de Nóbrega do consentimento pelo medo e o conceito de direito subjetivo de Caxa foram as contribuições mais importantes dos jesuítas para a teoria política (EISENBERG, 2000, p. 140-167).

11 A Provisão Régia de 17/10/1653, a Lei de 9/4/1655 para o Estado do Maranhão e o Alvará Régio de 28/4/1688 permitiam a guerra justa para garantia do trabalho de pregação. Contudo, a Lei de 9/4/1655 não reconhecia a justificativa da recusa à aceitação da fé, a exemplo do antigo Regimento de Tomé de Sousa de 1548.

12 Provisão Régia de 17/10/1653.

13 Carta Régia de 1537, Regimento de Tomé de Sousa de 1548, Lei de 20/3/1570, Lei de 22/8/1587, Lei de 11/11/1595, Provisão de 26/7/1596, Lei de 10/9/1611, Lei de 9/4/1655, Lei de 2/9/1684, Carta Régia de 11/10/1707 para o Maranhão e Cartas do vice-rei do Brasil de 1723 e 1726, entre outros documentos.

14 Leis de 11/11/1597 e de 9/4/1655. Houve guerras declaradas injustas, com determinação de soltura dos prisioneiros (Cartas Régias de 22/9/1605 e 17/1/1691

Se decretada, a guerra devia ser total. A morte e escravização dos índios eram autorizadas, recomendava-se a queima e destruição de aldeias e a imposição de castigos exemplares.¹⁵ A escravização poderia decorrer também dos resgates, ou seja, da compra ou libertação de prisioneiros dos índios; nesses casos era temporária, instituída como contraprestação pela salvação.¹⁶

O primeiro governo leigo foi instituído em 1611, mas a administração por religiosos permaneceu como regra. Por influência do padre Antônio Vieira (1608-1697), a Lei de 9/4/1655 concedeu o monopólio da Companhia de Jesus sobre os índios. Gradualmente o governo secular se expandiu, ficando reservada aos jesuítas a jurisdição espiritual, extinta apenas em 1755.¹⁷

Em 1759 os jesuítas foram expulsos pelo marquês de Pombal (1699-1782); ao retornarem em 1840, passaram a atuar estritamente a serviço do Estado. Pode-se afirmar que os missionários jesuítas desempenharam o importante papel de contrapor o humanismo cristão à pura e simples exploração da força de trabalho indígena. O objetivo oficial de conversão dos “gentios” foi abandonado apenas no século XVIII, nos primórdios do positivismo filosófico.

e Consulta do Conselho Ultramarino de 27/4/1731). Por sua vez, a Lei de 1/4/1680 proibiu as guerras e a escravização de índios, diante da constatação de que os abusos haviam se tornado comuns.

15 Foram vários os textos legais e documentos nesse sentido, podendo ser destacados o Regimento de Tomé de Sousa de 1548, o Regimento de 24/12/1654 para a Bahia, a Carta do governador-geral do Brasil de 14/3/1688 para o Rio Grande e a Carta Régia de 25/10/1707 para o Maranhão. As recomendações de guerra rigorosa, total ou veemente são especialmente numerosas no século XVII e início do século XVIII.

16 A licitude da escravização decorrente de resgate remonta à Lei de 1587. Posteriormente veio a ser prevista no Regimento de 21/2/1603, na Lei de 10/9/1611 e na Provisão Régia de 17/10/1653, entre outros documentos. Em alguns casos, como no do Regimento de 25/5/1624, ela se restringia ao caso de resgate de cativos destinados ao sacrifício em rituais de antropofagia.

17 Lei de 6/6/1755, que extinguiu a administração jesuíta e também proibiu a escravização dos índios.

No período de Pombal a presença de brancos nas aldeias se tornou política oficial, com a justificativa de se eliminar o isolamento das missões. Criaram-se os Diretórios Pombalinos para administração colegiada dos aldeamentos. Proibiu-se a escravização dos índios e os aldeamentos foram transformados em vilas. Foram incentivados os casamentos mistos e os índios proibidos de usar seus nomes.

Embora atualmente a política pombalina possa ser considerada etnocida, à época se entendeu que as medidas significavam a “vanguarda da defesa do índio” (MIRANDA; BANDEIRA, 1992, p. 39), servindo também à consolidação da presença do Estado.

2.2. Império

No período imperial, o ponto central da ação indigenista deixou de ser a mão-de-obra e passou à questão das terras. A mudança refletiu-se no debate quanto à *natureza* dos índios. Na colônia, a influência jesuíta ditou o discurso oficial, calcado no imperativo moral de salvação das almas. A escravização dos índios, fundamental para economia colonial, exigia justificativa legítima. Porém, no período monárquico a expansão do Estado e a apropriação das terras exigiam justificativa diversa: no século XIX surgiu o novo debate acerca da humanidade dos indígenas, que se estenderia pelos domínios da filosofia, da biologia e da antropologia física (CUNHA, 2002, p. 133-134).

A legislação brasileira foi influenciada pelo chamado evolucionismo unilinear, segundo o qual todas as culturas devem passar pelas mesmas etapas de evolução, o que permite classificá-las de acordo com o grau de desenvolvimento (LARAIA, 2005, p. 114). Destarte, as sociedades “primitivas” estariam fadadas a “evoluir”, abandonando suas culturas em prol dos benefícios da civilização.

Diante dos veementes argumentos quanto à animalidade dos índios, o Estado brasileiro adotou o discurso oficial oposto. Para

promoção do orgulho nacional, afirmavam-se as qualidades naturais do indígena brasileiro e as artes se voltavam para o tema da “vida natural”. Porém, tal retórica era para uso externo; internamente, a bestialidade dos nativos era afirmada (CUNHA, 2002, p. 134).

A vinda da Corte portuguesa significou o início de ofensiva sem precedentes da política indigenista oficial. Se antes a guerra contra os índios era supostamente defensiva e travada em seu próprio benefício, o reinado de D. João VI inaugurou a política de franca hostilidade (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p. 101-105).

Contudo, tratou-se de breve interregno. Após a Independência a ação estatal voltou a se inserir em um projeto político amplo, por esforço principalmente de José Bonifácio (1763-1838). Porém, o objetivo maior permanecia sendo a aculturação, consoante os postulados evolucionistas. Os índios deveriam se incorporar à nação por métodos pacíficos (ponto controverso entre a elite política e científica), os chamados “meios brandos e persuasivos”.¹⁸ De certo modo, tal política representou a retomada do projeto pombalino, acrescido de princípios éticos (CUNHA, 2002, p. 137). Porém, o objetivo maior era mesmo incorporar a mão-de-obra indígena, após a abolição da escravidão (RAMOS, 1999, p. 43).

Apesar do intenso debate acerca da questão indígena (CUNHA, 1987, p. 64-65), a Constituição outorgada em 1824 não fez menção ao tema. A modernização almejada por Bonifácio não prosperou, em parte devido a pressões de oligarquias regionais. Com a abdicação do imperador, o Ato Adicional de 1834 conferiu às Assembléias Legislativas Provinciais competência para legislar acerca da civilização e da catequização dos índios, concorrentemente com o

18 Alguns dos primeiros textos legais a utilizar essa expressão foram as Portarias de 25/5, 18/10 e 8/11/1825.

governo central.¹⁹ Essa relevante inovação conferiu às províncias poder inédito, dispensada a exigência de sanção legislativa pelo governo central.

Outra importante inovação foi trazida pela Lei de 27/10/1831, que conferiu aos juízes de órfãos a competência para tutela de indígenas libertados após período de servidão ou escravidão decorrente de guerra justa.²⁰ Embora sua proteção representasse uma necessidade evidente, o novo sistema gerou distorções, em especial a confusão deliberada entre as duas espécies de tutela previstas na lei – a tutela específica dos índios libertados e a proteção geral dos direitos de quaisquer indígenas, isolados ou não.

Na prática a tutela orfanológica foi estendida a todos os índios²¹, o que representou a introdução no ordenamento jurídico da doutrina

19 Reiterando disposição da Lei de 20/10/1823, editada logo após a independência (PITANGA, 1992, p. 64). No mesmo período surgiram outras normas de proteção dos índios, como a proibição de venda de bebidas alcoólicas (Provisão de 23/12/1823) e diversas recomendações de bons tratos e meios pacíficos para a catequese (Portarias de 21/8/1823 e 3/12/1824 para Minas Gerais e Portarias de 28/1 e 18/12/1824 para o Espírito Santo).

20 A Lei de 27/10/1831 revogou as Cartas Régias de 1808 que haviam autorizado guerra aos índios de São Paulo e Minas Gerais. Com isso, aboliu a servidão dos nativos, declarou-os órfãos e criou a referida competência jurisdicional para tutela. Em seguida, o Decreto de 3/6/1833 encarregou os juízes de órfãos da administração provisória dos bens dos índios, possivelmente devido à carência de ouvidores de comarcas (SOUZA FILHO, 2004, p. 94). A medida foi reafirmada pelo Regulamento 143, de 15/3/1842. Porém, o entendimento de que a Lei de 27/10/1831 teria introduzido a figura da tutela do índio no ordenamento jurídico brasileiro é precipitado, pois a mesma apenas transferiu a titularidade para os juízes de órfãos. A inovação foi relevante, mas a tutela há muito já existia como decorrência das normas relativas aos aldeamentos, pois os índios aldeados estavam sujeitos ao poder temporal, ora dos missionários ora de administradores nomeados. Houve breve intervalo de inexistência de tutela apenas na época de Pombal, entre junho de 1755 e maio de 1757, por força das medidas de emancipação dos indígenas do poder jesuíta. O Diretório de 3/5/1757 confiou a tutela dos índios aos diretores dos aldeamentos, norma que seria derogada pela Carta Régia de 25/7/1798, determinando que os particulares que contratassem com índios não aldeados deveriam cuidar de sua educação e instrução, como se fossem órfãos – marco da criação da tutela de índios independentes (CUNHA, 2002, p. 147).

21 Alguns autores (BARBOSA, 2001a, p. 210; CUNHA, 2002, p. 148; OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p. 108; SOUZA FILHO, 1993, p. 297-299) defendem que a tutela estabelecida pela Lei de 27/10/1831 somente deveria se aplicar aos índios de São

da incapacidade relativa dos indígenas (BARRETO, 2003, p. 38-39), posteriormente consagrada no Código Civil de 1916.

À exceção dessa norma de natureza civil, a legislação indigenista sofrera verdadeiro vácuo a partir de 1798, com a revogação do Diretório Pombalino. Nova política de Estado somente foi estabelecida pelo Regulamento das Missões de 1845²², único corpo normativo de caráter geral editado durante o Império.

Bastante minucioso, o Regulamento aprofundou a política de aldeamento, tida como etapa até a assimilação total. Consagrou a administração secular e delegou aos administradores cargos e funções públicas. Cada província deveria ter um Diretor Geral de Índios e cada aldeia um diretor, assistido por corpo de administradores, médicos e missionários.

Os diretores de índios foram legatários de fato dos poderes dos juízes de órfãos, exceto o jurisdicional. A eles cabia também demarcar terras indígenas, zelar pelo sustento dos índios, administrar e remunerar seu trabalho e representá-los legalmente. Trata-se, sem dúvida, de um primeiro e alargado poder estatal de tutela.

A carência de administradores leigos fez com que em diversas colônias a administração permanecesse a cargo de religiosos (CUNHA, 2002, p. 140), que por expressa exigência legal se

Paulo e Minas Gerais escravizados em decorrência de guerra justa (Cartas Régias de 13/5, 5/11 e 2/12/1808). Destarte, a Lei de 27/10/1831 seria extensão da Lei de 3/11/1830 da Província de São Paulo, que tomara tal providência em âmbito local. Embora pertinente, trata-se de interpretação surgida apenas no século XX e distinta da que prosperou à época; nesse sentido, basta mencionar o entendimento professado por Mendes Junior (1912, p. 54), engajado defensor dos direitos dos índios e criador da teoria do indigenato.

22 Decreto 426, de 24/7/1845. Considerado avançado (segundo o paradigma evolucionista), diversas disposições desse diploma legal – relativas a assistência médica, recenseamentos periódicos e educação, p.ex. – nunca foram efetivadas (MENDES JUNIOR, 1912, p. 54; OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p. 109-114).

subordinavam aos projetos governamentais²³, portanto sem traços da autonomia gozada no período colonial.

Como já se mencionou, o direito dos índios às próprias terras era reconhecido desde os primórdios da colonização. Carta Régia editada em 2/12/1808 declarou devolutas as terras conquistadas de povos contra os quais houvesse sido decretada guerra justa. Logo, infere-se que os índios eram titulares de direitos reais anteriores, passíveis de derrogação apenas em situações específicas. Além disso, duas Provisões de 8/7/1819 garantiam a inalienabilidade das terras dos índios e a proibição de sua declaração como devolutas.

Contudo, ao longo do século XIX abundaram subterfúgios para a burla desses direitos: o nomadismo dos nativos, sua “falta de apego” à terra, a inexistência do conceito de propriedade em suas culturas. O argumento da guerra justa foi largamente manejado, inclusive para justificar a escravização de índios livres (abolida pelo Diretório Pombalino). As terras normalmente eram dadas em sesmaria, pressupondo eufemisticamente que os colonos promoveriam a catequização dos índios e sua instrução em ofícios (CUNHA, 2002, p.142). É interessante observar que a escravidão dos índios, abolida e reinstituída algumas vezes ao longo dos séculos XVII e XVIII, perdurou, de fato, até meados do século XIX.²⁴

Na prática a política de “aldeamento” continuou, mesmo com o desuso do termo (CUNHA, 2002, p. 144). Houve casos de autorização de arrendamento e aforamento de terras de aldeias, supostamente

23 São exemplos a Lei de 2/7/1839 para o Maranhão e a Lei 239 de 25/5/1872 para a Província do Amazonas.

24 Houve casos de textos legais autorizando a venda de crianças (Aviso de 2/9/1845) e escravização de adultos (Aviso de 2/9/1845). O Regulamento das Missões de 1845 previa o trabalho remunerado dos índios e vedava o trabalho forçado. Contudo, até mesmo na Corte existiam escravos índios (CUNHA, 2002, p. 146). O Aviso de 5/1/1854 para o Maranhão permitia o recrutamento compulsório por três anos, com pagamento apenas ao final do período. Em 1852, a primeira lei indigenista para a recém-criada Província do Amazonas autorizou a negociação de índios diretamente com os chefes das “nações selvagens”.

para arcar com a educação dos índios.²⁵ Com isto, abriu-se a possibilidade de arrendatários e foreiros reivindicarem cartas de sesmaria (os primeiros deferimentos ocorreram em 1812); em reação, os direitos inalienáveis dos índios sobre as terras das aldeias foram reafirmados.²⁶

Após o caso pioneiro de transferência da população indígena de uma aldeia e subsequente venda em hasta pública das terras²⁷, episódios semelhantes se tornaram comuns, especialmente após o Regulamento das Missões de 1845.

Cinco anos mais tarde, a Lei das Terras de 1850 (Lei 601) reafirmou a política de assentamento das “hordas selvagens”. Era garantida a inalienabilidade das terras e o usufruto pelos indígenas, que poderiam até obter o pleno gozo, a depender de seu “estado de civilização”.²⁸

As terras de aldeias extintas deveriam ter sido dadas aos índios; contudo, a disputa por elas se arrastou por décadas (CUNHA, 2002, p. 145). Inicialmente se entendeu que as terras de aldeias extintas se tornavam devolutas e de titularidade do Império²⁹, mas gradativamente o poder local ganhou terreno, até ser facultado às Câmaras Municipais sua utilização ou venda.³⁰ Dois anos mais

25 Lei de 5/12/1812 e Lei de 18/10/1833, respectivamente.

26 Lei de 26/3/1819.

27 Lei de 6/7/1832.

28 Art. 75 do Decreto 1318, de 30/1/1854, que regulamentou a Lei das Terras. Houve casos de extinção de aldeamentos (Aviso de 19/5/1862), de autorização de aforamento e venda de terrenos de aldeias “abandonadas” (Lei Orçamentária n. 1.114, de 27/9/1860, Lei 2.672, de 20/10/1875) e de incorporação de terras a municípios e províncias (Lei Orçamentária n. 3.348, de 20/10/1887). Ironicamente, nos primórdios da República João Mendes Junior se inspirou justamente na Lei de Terras para formular a teoria do indigenato, o direito originário dos índios às próprias terras.

29 Aviso 160, de 21/7/1856 e Aviso 131, de 7/12/1858.

30 Decreto 2672, de 20/10/1875.

tarde as terras das aldeias extintas passaram para o domínio das províncias, retendo as Câmaras Municipais o poder de aforá-las.³¹

2.3. República

É consenso na historiografia que a proclamação da República em 1889 não alterou significativamente o arranjo das forças internas no país. De forma geral, a política indigenista da República Velha se inseriu no projeto de construção da nação – seus símbolos, sua estrutura e burocracia, inspirados principalmente pelo positivismo (LIMA, 1995, p. 156). A Constituição republicana de 1891, apesar do avançado projeto defendido pelo Apostolado Positivista³², acabou não fazendo qualquer referência aos índios.

Na questão das terras, o início do século XX foi marcado pela publicação do livro de autoria do jurista João Mendes Junior. Dentre suas teses pioneiras, a mais importante é a teoria do indigenato – o direito originário dos índios às próprias terras, expressão que seria consagrada pela Constituição de 1988. O autor destaca os seguintes textos legais que haviam reconhecido a autonomia indígena, desde o período colonial: a Provisão de 13/9/1663, garantindo aos índios o autogoverno nos assuntos temporais, a Carta Régia de 9/1/1690, impedindo os responsáveis pelas bandeiras de obrigar indígenas a as acompanharem contra a própria vontade, e a Provisão de 9/3/1718, pela qual o rei declarava os nativos “livres e isentos de minha

31 Lei 3348, de 20/10/1877.

32 O projeto de Constituição Positivista previa a autonomia dos índios, em moldes semelhantes aos da Carta de 1988. O art. 1º estabelecia que a República do Brasil consiste de duas espécies de Estados Confederados, os “Estados Ocidentais brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígine” e os “Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas hordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República”, garantidos aos últimos relações amistosas com o poder central, proteção contra qualquer violência e inviolabilidade de território (PITANGA, 1992, p. 68). Por seu turno, Mendes Junior (1912, p. 8) defendia, baseado em doutrina de Jellinek e de Brunaltti, que as nações indígenas fossem consideradas Estados da Federação.

jurisdição” – expressão que marca o primeiro reconhecimento oficial do princípio da autonomia das tribos indígenas (Mendes Junior, 1912, p. 30).

Para a compreensão da teoria do indigenato, a norma mais relevante é o já mencionado Alvará Régio de 1/4/1680. Editado para evitar a dispersão dos índios aldeados, logo em seu primeiro artigo declarou “que os índios descidos do sertão sejam senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se fazer moléstia”.³³ Também merece destaque a Lei de 6/6/1755; uma das diversas normas acerca das sesmarias, ela transcrevia dispositivos do Alvará de 1/4/1680 que garantiam o direito dos índios às terras no interior das concessões, por serem “*primários e naturais senhores delas*”.

Extinto o regime de concessão de sesmarias em 1827³⁴, a Lei de Terras de 1850 instituiu novo regime fundiário. Foram excetuadas do rol das terras devolutas aquelas necessárias à fundação de povoações, abertura de estradas e colonização dos indígenas.³⁵ Além disso, o Alvará de 1/4/1680 não foi revogado, donde se conclui que as terras tradicionais dos índios não podiam ser consideradas devolutas, independentemente de registro de titularidade (MENDES JUNIOR, 1912, p. 57; MIRANDA; BANDEIRA, 1992, p. 46). Mendes Junior concluiu que o indigenato constitui título congênito e a ocupação título adquirido, dependente de legitimação. Sua teoria, de perene repercussão na doutrina (SILVA, 2006, p. 857-859; BARBOSA, 2001b, p. 65-70; SOUZA FILHO, 2004, p. 124-129), foi consagrada no art. 237 da Constituição de 1988.

33 Como mencionado, anteriormente o Alvará de 26/7/1596 já havia consagrado o adágio “senhores das terras da aldeia, como o são na serra”. Esse texto, contudo, não é mencionado por Mendes Junior.

34 Provisão de 22/10/1823 e Resolução de 5/2/1827.

35 Disposição repetida no Regulamento n. 1.318, de 30/1/1854, que regulamentou a lei.

Além da teoria do indigenato, merecem destaque dois acontecimentos do período: na ação indigenista, a criação do Serviço de Proteção ao Índio; na legislação, a tutela regulada pelo Código Civil de 1916 e Decreto n. 5.484, de 1928.

O início do século XX foi marcado por debates sobre a legitimidade do uso da violência no processo de integração dos índios, havendo até quem defendesse o extermínio daqueles que resistissem à civilização. Em 1908, o Estado brasileiro enfrentou em Viena uma inédita denúncia de massacre de índios, fato que impeliu o governo a criar uma agência especializada (CUNHA, 1987, p. 79). A instituição do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) em 1910³⁶, com a missão principal de assegurar proteção e assistência aos índios, colocou o Brasil na vanguarda do indigenismo americano (*Cit.*, p. 21).

A análise acadêmica da trajetória do SPI sofreu oscilações, das quais são ilustrativas a linha laudatória preconizada por Ribeiro (1996), com grande deferência sobretudo ao legado do marechal Cândido Rondon (1865-1958), e, em momento posterior, a visão crítica bem sistematizada por Lima (1995). Para o escopo do presente artigo, destacaremos sinteticamente alguns aspectos da segunda vertente.

O SPI foi o primeiro aparelho de poder puramente laico para gestão dos índios, centralizando a tarefa em corpo burocrático específico, encarregado de unificar as políticas indigenistas sob determinada doutrina. Contudo, a fundamentação teórica permaneceu o mesmo: a condição de índios seria transitória, devendo os mesmos se transmutar em produtores rurais autossuficientes (LIMA, 1995, p. 159).

A doutrina de ação deveria considerar a vastidão espacial do país (em grande inalcançada pelo Estado) e a multiplicidade dos

36 Decreto n. 8.072/1910, republicado com ligeiras alterações como Decreto n. 9.214/1911.

povos indígenas. Desse modo, a necessidade de homogeneização doutrinária convivia com o exercício fatural das técnicas de contato, necessariamente heterogêneo (LIMA, 2002, p. 155). Porém, o objeto da ação estatal – os povos indígenas – não era de todo conhecido. Vale dizer, na relação entre práticas e saberes, a produção discursiva que sustentava a ação estatal indigenista era, muitas vezes, produzida pelo pesquisador no ato mesmo da análise (LIMA, 2002, p. 155).

A instituição de um regime jurídico especial para os índios, considerada fundamental pelo círculo de Rondon, concretizou-se com a edição do Código Civil (Lei n. 3.071, de 1916) e o Decreto n. 5.484, de 1928.

O art. 6º, III, do Código Civil declarou os “silvícolas” *“incapazes relativamente a certos atos”*. Apenas em 1962 a Lei n. 4.121 acrescentaria o parágrafo único, estabelecendo o regime tutelar transitório para os silvícolas. Desse modo, oficializou-se o entendimento de que a proteção especial dos índios só deveria subsistir até a inexorável aculturação final.

Contudo, o Decreto n. 5.484/1928 já extinguiu expressamente a tutela orfanológica de todos os índios do Brasil (art. 1º) e, em referência indireta à lei civil, determinara que sua capacidade de fato sofresse certas restrições enquanto não se incorporassem à sociedade civilizada (art. 5º). Também foi estabelecida uma escala de graus de contato entre povos indígenas e a sociedade civilizada, o que significou a positivação do postulado evolucionista de inferioridade das culturas nativas e forneceu os parâmetros legais para a atuação do SPI. A definição por lei de estágios de evolução das coletividades indígenas viria a ser consagrada e reformulada, anos mais tarde, pelo Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 1973).

Quanto à revogação expressa da tutela orfanológica, não se pode concluir que tenha significado o fim da tutela dos índios.

Observa-se uma confusão renitente na doutrina (agravada por deficiências na redação do Estatuto do Índio) entre a tutela de natureza civil, portanto individual, e aquela com natureza de direito público, relativa ao poder tutelar do Estado sobre as questões concernentes às coletividades indígenas.

A tutela de natureza de direito público, estabelecida pelo Decreto n. 5.484/1928, harmonizava-se com o regime de capacidade do Código Civil consoante o mesmo paradigma evolucionista. O sistema consolidou o controle estatal sobre os índios e o território. Anteriormente a definição e posse das terras indígenas dependiam da negociação, caso a caso, entre União e o respectivo ente federativo. O instituto da tutela civilista, de titularidade da União, embutia-se de função estratégica para o controle territorial, justamente no período de consolidação do poder estatal sobre os rincões pouco explorados (LIMA, 1995, p. 160).

Nesse processo, interessava ao SPI promover o papel dos índios para a colonização agrícola e defesa militar do território. O antigo conceito de aldeamento se transmutou na doutrina de pacificação de Rondon e permitiu ao Exército se destacar nas funções de desbravamento e reconhecimento das regiões inóspitas.

Na elaboração da Constituição de 1934, embora fosse grande a pressão dos estados federados por poderes para o trato da questão indígena, a União deteve a competência legislativa exclusiva quanto à “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (art. 5º, XIX, m). Mais do que isso, consoante o ideal de democracia social inspirador da Carta, pela primeira vez o direito dos índios às próprias terras foi alçado ao patamar constitucional, na forma do art. 129 (“será respeitada a posse da terra por indígenas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”). O dispositivo foi mantido pela Constituição getulista de 1937, com ligeira alteração. A Carta de 1946 não trouxe inovações

significativas. Por sua vez, a Constituição de 1967 adotou o termo “terras ocupadas pelos silvícolas”, (ao invés da “posse permanente pelos índios”) e, no art. 4º, IV, determinou que as terras indígenas passassem a integrar o patrimônio da União – inovação contrária à Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, de 1965, da qual o Brasil era signatário.

A implantação do Parque Nacional do Xingu (Decreto nº 50.455/1961) representou importante marco, restando abandonado o modelo de fixação em pequenas áreas e estímulo de produção agrícola. Tratava-se agora de demarcar áreas vastas pelo critério de ocupação imemorial, com a participação obrigatória de antropólogos (LIMA, 1998, p. 186).

A valorização do trabalho antropológico e o crescente desgaste da reputação do SPI, abalado por denúncias de corrupção e ineficiência administrativa (SOUZA FILHO, 2004, p. 89-90), motivaram sua extinção e substituição por um órgão mais afinado com o espírito do tempo. A Fundação Nacional do Índio (Funai) foi criada em pela Lei n. 5.371/1967, com o fim declarado de profissionalizar a ação indigenista oficial. Ao novo órgão coube administrar as rendas do patrimônio indígena, com três fins: emancipação econômica das tribos, acréscimo do patrimônio e custeio dos serviços de assistência (art. 3º). O antigo trabalho de incorporação dos índios à agricultura foi substituído por projetos de desenvolvimento comunitário.

Contudo, a ação estatal continuou se pautando pelo ideal integracionista, pouco diferindo, nesse aspecto, da atuação do SPI (LIMA, 1998, p. 183). O período inicial de atuação da Funai ainda não foi devidamente estudado. Administrado quase sempre por militares, o órgão foi fundamental para a ampliação da frente de colonização na região amazônica e para a execução de grandes projetos de desenvolvimento regional (ATHIAS, 2002c, p. 53).

Em 1973 foi promulgado o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), em grande parte devido a pressões internacionais por medidas efetivas de proteção. O Estatuto adotou, com alterações, o sistema classificatório de graus de contato entre índios e civilização, introduzido no ordenamento pelo Decreto n. 5.484/1928.

No regime militar, entre 1964 e 1985, a ação estatal priorizou a intensificação dos esforços de integração, gerando resistências por parte da comunidade científica organizada (SOUZA FILHO, 2004, p. 90). O exercício do poder tutelar pela Funai, pautado pelo integracionismo, pecava pela centralização burocrática em Brasília e pela uniformidade de ação que desconsiderava as diferenças socioculturais entre os diversos povos indígenas (SANTOS, 1989, p. 36). Chegou-se ao ponto de a Funai apoiar um projeto governamental de concessão unilateral de emancipação e “cidadania plena” a diversos grupos indígenas (EVANGELISTA, 2004, p. 26-29 e 41-42), que acabou não ocorrendo.

A mobilização e as reivindicações por parte dos povos indígenas aumentaram gradativamente a partir da década de 1970, levando a maior descentralização da ação da Funai. Na década de 1990 suas atribuições foram reduzidas, com a transferência de políticas das áreas de educação, saúde, meio-ambiente e produção rural para outros órgãos estatais.³⁷ O Decreto nº 1.141/94 consolidou a tendência de pulverização de atribuições de elaboração e execução das políticas públicas de interesse dos índios (VERDUM, 2002c, p. 92).

3. A TUTELA DOS ÍNDIOS NA PERSPECTIVA HISTÓRICA E POLÍTICA

O estudo dos processos históricos costuma privilegiar o aspecto temporal em detrimento do espacial, tendência que privilegia o

37 Decretos nº 22 a nº 27, de 04/02/1991.

papel desempenhado pela consciência individual e obscurece a importância da ação do poder. Mais que um conceito geográfico, o território constitui fenômeno político e jurídico (FOUCAULT, 2005, p. 157-159).

Na Europa, o conceito de soberania surgiu na trajetória que, partindo das estruturas feudais de poder, passou pela consolidação das monarquias nacionais e o surgimento do Estado moderno para, a partir do fenômeno do constitucionalismo, encontrar seu fundamento no poder constituinte do povo.

Nas Américas a natureza do poder constituinte foi outra. A trajetória constitucional do Brasil, assim como de qualquer outro país americano, tem origem em uma potência que se expandiu sobre o território e dele se apropriou. A conquista permitiu o estabelecimento de esferas de poder sobre territórios “inexplorados”, matéria sobre a qual ainda não haviam incidido os saberes da razão – a “civilização”.

Ao atuar sobre as imensidões do novo mundo, o poder constituinte sofreu uma transmutação, pois já não se tratava mais da atuação da potência sobre o tempo, acelerando-o, mas sobre o espaço, conquistando-o (NEGRI, 2002, p. 96-99). O primeiro ato desse fenômeno histórico foi a expansão norte-americana para o oeste, que na esfera política gerou o problema da organização da relação entre apropriadores, deixando os expropriados à margem (*Cit.*, p. 212-215).³⁸

A relação entre a “civilização” e os índios teve, desde o início, a natureza de conquista. Essa é a marca do paradigma da integração, norteador da ação estatal desde os primeiros contatos e até o advento da Constituição de 1988.

38 Para Negri (2002, p. 212-215), o primeiro teórico da dimensão espacial do poder constituinte foi Edmund Burke, para quem a compatibilidade entre a Constituição inglesa era compatível com os espaços americanos, rompendo assim com o paradigma polibiano da sucessão dos tempos históricos das constituições. O espaço, não o tempo, torna-se o horizonte da Constituição.

O principal objetivo sucesso da colonização era a “territorialização” – a ocupação, defesa militar e exploração do território, consoante o vocabulário de Foucault – cujo sucesso dependia do desenvolvimento de estratégias científicas, militares e de governo.

Para alguns historiadores, diga-se, o sistema brasileiro de sesmarias³⁹, instituído em 1534 junto com as capitanias hereditárias, possuía características de um feudalismo tardio (BANDEIRA, 2000, p. 24). De fato, sua concessão sem observância estrita dos requisitos legais consagrou o sistema de grandes latifúndios, com a legitimação da apropriação de terras, em 1695, através da criação de tributo específico (BARBOSA, 2001b, p. 59).

No processo de territorialização, despovoava-se (a população autóctone) para povoar (com colonos). Daí a importância dos mecanismos de descimentos e aldeamentos de índios amigos e da guerra justa contra os inimigos. A rigor, considerando a permanência do ideal integracionista, até o século XX a ação estatal quanto aos índios foi legatária de saberes acumulados desde o período colonial.

Como visto, no período colonial as técnicas de governo dos índios incluíram a diferenciação entre bravios e mansos, os descimentos e aldeamentos, a sedentarização e inserção nas atividades econômicas e defesa do território, os subterfúgios para justificação da escravização, a incitação das hostilidades entre povos,

39 São diversas as normas aplicadas às sesmarias e às “terras virgens” do Brasil, destacando-se o Decreto de 10/7/1792 (institui o tributo do dízimo), o Alvará de 3/10/1795, o Decreto de 22/6/1808 (autoriza a concessão de sesmarias), o Alvará de 25/1/1808 (regula a forma de concessão), o Decreto de 25/11/1808 (estende a concessão de sesmarias a estrangeiros residentes), a Resolução de Consulta de 17/7/1822 (suspende as concessões até a convocação de Assembleia Constituinte), a Provisão de 22/10/1823 e a Resolução de 5/2/1827 (mantém a suspensão e proíbe novas concessões). Anteriormente a tais normas, porém, a mencionada Lei de 6/6/1755 garantia o direito dos índios às suas terras no interior de sesmarias.

o despovoamento dos sertões, a educação de indígenas na língua e hábitos europeus e a introdução do conceito de propriedade da terra.

No período pombalino a política de miscigenação entre europeus e nativos, ponto de atrito com os jesuítas, visava obter o reconhecimento das nações estrangeiras dos direitos sobre o território.

No Império, a tutela orfanológica instituída da Lei de 1831 foi estendida aos índios em geral, tendo sido fundamental o Decreto de 1833 sobre os bens dos índios, que instituiu faticamente a incapacidade relativa que viria a ser disciplinada no Código Civil de 1916. A confusão deliberada entre capacidade civil e regime jurídico das terras teve efeito nefasto: emancipados os índios, perdiam também os direitos sobre o território (CUNHA, 1987, p. 22).

A antiga tutela civilista representava um beco sem saída: enquanto tutelado, o índio não podia agir autonomamente; se emancipado, perdia totalmente a proteção do Estado. O monopólio da ação indigenista oficial pelo SPI, por sua vez, possibilitou o aprimoramento de técnicas específicas de aproximação, pacificação, estabelecimento de povoações, criação do status legal de índio, sua classificação evolutiva e a transmissão de valores cívicos e nacionais (LIMA, 1995, p. 161-166 e 178-216; SOUZA FILHO, 2002a, p. 56; OLIVEIRA FILHO, 1988, p. 178; KURY, 2006, p. 29; LIMA; SÁ, 2006, p. 25; MIRANDA; BANDEIRA, 1992, p. 51).

A classificação das populações indígenas em graus evolutivos de civilização pelo Decreto n. 5.484/1928 significou a positivação do paradigma da integração, operacionalizando a regra de incapacidade do Código Civil (consolidada com o acréscimo do parágrafo único ao art. 6º, III).

No período da Funai, a renitente mentalidade colonial se traduziu na conjugação do refinamento técnico-burocrático com a ideologia empresarial, na manipulação dos “critérios de indianidade”

e na exploração do patrimônio indígena na geração de recursos supostamente necessários ao sustento das comunidades (ATHIAS, 2002c, p. 53; SANTOS, 1982, p. 19; EVANGELISTA, 2004, p. 43). A criação do órgão, diga-se não cessou o esbulho de terras indígenas. A expropriação seguia sua própria lógica, sendo geralmente precedida pelo confinamento, o que motivava justificações de cunho econômico ou supostas provas da integração daquela população, o que possibilitava sua remoção (SEEGER, 1982, p. 27).

A tutela serviu por muito tempo como disciplina, um mecanismo de guerra sublimada e coação não violenta (LIMA, 1995, p. 61). Até o advento da Constituição de 1988, pode-se afirmar que a tutela era o mecanismo oficial de continuidade da guerra de conquista iniciada na colônia. Contudo, não se deve entender a conquista como fenômeno unilateral ou sujeição absoluta, pois a antropologia política tem desnudado os fundamentos internos da dominação e evidenciado a articulação entre instituições coloniais e nativas (OLIVEIRA FILHO, 1988, p. 175-183).

4. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PARADIGMA DA INTERAÇÃO

A Constituição de 1988 foi a primeira lei fundamental brasileira a conter uma norma específica para os direitos dos índios, consubstanciada no *caput* do art. 231:

“São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.⁴⁰

40 O cerne do regime constitucional dos direitos dos índios está no art. 231; porém, a Constituição traz normas esparsas de interesse: art. 20, XI; art. 49, XVI; art. 109, XI; art. 129, V; art. 176, § 1º; art. 210, § 2º; art. 215, § 1º e art. 232. Quanto aos movimentos reivindicatórios indígenas na época da convocação da Assembleia Constituinte, remetemos a Oliveira Filho (1985, p. 26-28); para minucioso relato da participação dos militantes da causa indígena nos trabalhos da Assembleia, a Evangelista (2004, p. 48-70).

Trata-se de genuína norma de direito fundamental, apartada do rol de direitos e garantias do art. 5º, cuja natureza não exaustiva é plenamente reconhecida no direito brasileiro.

Nesse sentido, os direitos fundamentais constituem sistema aberto e flexível, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p. 81-86). Na classificação ora adotada, trata-se de direito fundamental de quinta geração (NEVES, 2006, p. 175-177). Como tal, o *caput* do art. 231 integra o núcleo inalterável da Constituição, as chamadas cláusulas pétreas, já que possui função de defesa, não de prestação pelo Estado (CANOTILHO, 1997, p. 395).

A função de defesa é explícita, o que não exclui a necessidade de políticas estatais ativas de promoção do bem-estar dos índios. Sem prejuízo dessa atuação, a ampla proteção – das tradições, terras, crenças, línguas, costumes, organização social – visa propiciar aos povos indígenas condições ideais para seu próprio desenvolvimento.

A pesquisa histórica da legislação evidenciou que entre a declaração formal dos direitos e sua efetiva proteção sempre existiu imenso lapso, que serviu aos fins geopolíticos mencionados. Após séculos de uma história persistentemente genocida, a sociedade avançou ao ponto de firmar um pacto político de avançadas intenções democratizantes, contendo norma específica de reconhecimento e proteção dos direitos dos índios.

Trata-se de inovação de paradigma, mais do que de conteúdo de direitos. A legislação brasileira precedente se pautava pelo objetivo de integração dos índios, ponto comum ao pensamento jesuíta e o positivismo. Embora sempre reconhecendo os direitos dos índios às suas peculiaridades socioculturais, paradoxalmente se almejava sua integração à chamada “comunhão nacional”.

Tomada a Constituição de 1988 em seu conjunto, à inovação representada pelo reconhecimento de direitos coletivos e difusos (ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio cultural etc.) somou-

se a superação do princípio da integração, que desde sempre regia a relação entre Estado e índios (SOUZA FILHO, 2002a, p. 49-50; 2004, p. 90-91).

O *paradigma da interação* consagra a diversidade cultural como um interesse de natureza difusa, reflexo da própria riqueza cultural construída ao longo da trajetória humana. Sua outra face é o direito, de natureza coletiva, de cada povo indígena defender a integridade de suas culturas, protegendo-as das pressões externas (SOUZA FILHO, 2002a, p. 52).

No aspecto cultural, a norma constitucional garante o direito de cada povo manter seus saberes tradicionais, mas também de se beneficiar dos avanços tecnológicos que lhe sejam úteis. Já o direito à organização social própria inclui a preservação das formas de poder interno, como também o direito de representação e de solução de conflitos (*Cit.*, p. 56-58).

Quanto à questão territorial, a expressão “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” traduz a superação do objetivo integracionista e consagra a doutrina do indigenato (BARBOSA, p. 55).

O modelo da Carta se aproxima do chamado Estado pluriétnico, ao qual, consoante o art. 215, § 1º, cabe proteger “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, § 1º). Nesse ponto a Constituição brasileira pode ser considerada pioneira na América Latina, à luz dos dispositivos presentes nas Cartas da Colômbia (1991), do Paraguai (1992) e da Venezuela (1999). Porém, a sociedade brasileira e o consenso político nacional não alcançaram, pelo menos até o momento, o avançado estágio de incorporação constitucional e institucional do princípio pluriétnico em que se encontram atualmente o Equador (Constituição de 2008) e sobretudo a Bolívia (2009).

5. OS PRINCÍPIOS DA TUTELA-PROTEÇÃO E DA AUTONOMIA DOS POVOS INDÍGENAS

A Constituição de 1988, nascida de importante transição histórica, consubstancia o pacto político do processo de restabelecimento da democracia no país. Como tal, reflete as próprias contradições a ele inerentes, como costuma ocorrer com o poder constituinte genuíno (produto de ruptura política) e democrático (com participação efetiva e ampla das forças políticas e segmentos sociais).

Logo, trata-se de reconhecer a fundamentação político-processual do sistema jurídico, restando entendido que a base axiológica do direito se define consensualmente, ou seja, os valores fundamentais são aqueles erigidos como tais pelo corpo social através do processo democrático. O direito, assim, deve surgir “da livre interação dos segmentos sociais por meio da ação de seus atores”. (PASSOS, 2003, p. 107).

Os direitos e princípios fundamentais de uma dada Constituição surgem do processo representado pelo poder constituinte. O fenômeno do constitucionalismo traduz a matriz lógico-racional do processo democrático, a busca de uma teorização que o fundamente e aprimore. Fruto do ideal iluminista, o constitucionalismo busca construir formas de governo que excluam o arbítrio, preservando a diversidade humana e incrementando a liberdade de ser e de pensar.

Diferentemente das regras, os princípios são “otimizáveis”, sujeitos a diferentes graus de concretização; daí a possibilidade de coexistência na Constituição, sem antinomia, de princípios entre si conflitantes (CANOTILHO, 1997, p. 1124-1126), que devem ser sopesados (ponderados) diante da situação concreta.

Baseado na classificação proposta por Canotilho (1997, p. 1128-1131), os princípios implícitos no texto constitucional relativos aos

índios – da tutela-proteção e da autonomia – possuem natureza de “princípios-garantia”, pois visam preservar a integridade física e cultural dos povos indígenas brasileiros.

Semanticamente os termos tutela e autonomia parecem exprimir idéias opostas: quanto mais autônomo, menos tutelado, e vice-versa. Trata-se, porém de incompatibilidade aparente, pois nenhum dos princípios pode ser excluído; eles devem se equilibrar, calibrando um a aplicação do outro.

A Constituição de 1988 não faz menção expressa a um órgão indigenista específico ou tampouco à tutela dos índios, na forma regulada pelo Estatuto do Índio – o que levou alguns autores a concluir por sua extinção (BARBOSA, 2001a, p. 209). Embora defensável, a afirmação se revela demasiado radical perante o dever da União de “proteger e fazer respeitar” os bens dos índios e os frutos de suas terras.

A idéia de tutela-proteção se contrapõe à concepção civilista de tutela-incapacidade (BARRETO, 2003, p. 38) consagrada pelo Código Civil de 1916, que pressupõe a equiparação dos índios “quase a crianças” de “educação muito lenta e difícil” (PEREIRA, 2000, p. 181).

O termo “tutela” pode se referir tanto ao indivíduo quanto à coletividade indígena. No primeiro caso, seu sentido é o do direito civil, pelo qual o tutor pratica atos e toma decisões em nome e no interesse do incapaz. No segundo, tutela designa a atividade estatal de administração dos direitos e interesses de comunidades indígenas, em seu benefício e na forma da lei.

Não interessa aqui a tutela do indivíduo indígena, pois as respectivas normas do Código Civil de 1916, que já poderiam ser consideradas de recepção discutível pela Constituição de 1988, foram revogadas pelo Código de 2002. Porém, cabe destacar que mesmo no passado ela não se justificava como regra geral, mas somente diante

da incapacidade devidamente comprovada do tutelado, ainda que relativa.⁴¹ Por sua vez, o parágrafo único do art. 4º do atual Código Civil remete a questão da capacidade dos índios à legislação especial. Em grande parte o problema persiste, já que a legislação aplicável permanece sendo o Estatuto do Índio (art. 9º, no caso), com suas imperfeições e anacronismos.

Sem essa distinção conceitual não é possível trabalhar de modo ordenado e juridicamente criterioso. Constata-se, porém, que a legislação frequentemente emprega o termo “tutela” de modo indistinto⁴². Porém, a rigor se tratam de duas categorias jurídicas derivadas dos mesmos princípios e com a mesma denominação, apesar de claramente distintas.

Destarte, a deficiente técnica legislativa acabou por desorientar a própria doutrina; embora não tenha escapado a alguns autores a arbitrariedade do salto promovido pela lei entre as duas categorias (BASTOS, 1982, p. 53; SOUZA FILHO, 2004, p. 99-103), não se percebe, por outro lado, maiores esforços em promover esta importante distinção.

A confusão acaba por turvar o debate entre os defensores de um conceito de tutela adequado ao atual momento histórico – instrumento de proteção contra desvantagens injustas decorrentes

41 O caso paradigmático quanto à extensão da aplicabilidade da norma do antigo Código Civil ocorreu em 1980 no julgamento dos Habeas Corpus n. 4876 e n. 4880, concedidos pelo antigo Tribunal Federal de Recursos em favor do cacique xavante Mário Juruna, que havia sido convidado a participar de sessão de tribunal internacional na Holanda e não obteve autorização de viagem da Funai. Apesar da alegação da autarquia de que “não fazia parte da cultura tradicional indígena pronunciar-se ou representar outros índios” (EVANGELISTA, 2004, p. 46), o tribunal entendeu que “a condição de tutelado do índio não lhe expropria a, primordial, de pessoa e, hierarquicamente logo abaixo desta, a de brasileiro nato” e “o fato de um indivíduo indígena saber operar os códigos da Sociedade Brasileira não lhe elimina a “indianidade” – para usar esse neologismo tão a gosto do Indigenismo Oficial – e, assim, a condição de membro de uma minoria (sociológica) sob proteção do Estado Brasileiro” (BASTOS, 1982, p. 54).

42 A começar pelo art. 7º do Estatuto do Índio: “os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei”.

da assimetria de conhecimentos – e aqueles que a entendem, em qualquer circunstância, como instrumento de inferiorização dos índios (BARBOSA, 2001a, p. 209).

Entendemos que o espírito da tutela reside em compensar a assimetria natural de forças. Do princípio da tutela decorre para o Estado um poder-dever que, articulado com o princípio da proteção, importa no dever de zelo pelas populações indígenas e de investimento necessário para a efetiva presença do Estado. Seu exercício responsável e constitucionalmente adequado deve visar primariamente à proteção dos indígenas, devido não a sua suposta “incapacidade”, mas à evidência de que as pressões exercidas pela sociedade tecnológica são substancialmente mais fortes que as possibilidades de resistência cultural.

O vigente regime constitucional, portanto, revogou a antiga tutela-incapacidade e a substituiu pela tutela-proteção: ao “reconhecimento” de que fala o caput do art. 231 se soma o parágrafo primeiro, que impõe o dever de garantir a “reprodução física e cultural” dos indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições”. Portanto, não se trata da tutela transitória de seres primitivos e infantis, enquanto não integrados à sociedade circundante, mas da proteção permanente de culturas, tradições e saberes anteriores, no território, a ela própria.

Do contrário, caso se rejeite tal entendimento, constatada a extinção da tutela-incapacidade restaria ao Estado apenas se omitir quanto à situação dos indígenas brasileiros, o que obviamente não seria aceitável.

Por outro lado, o direito dos povos indígenas à autonomia surge como decorrência inescapável da norma constitucional, pois a eles pertence a mais genuína percepção de suas singularidades e necessidades.

A autonomia pode ser definida como “autoadministração em questões que lhes dizem respeito especificamente; participação com

o Estado nas decisões a eles relativas dentro do conjunto nacional e participação nas decisões e na vida política do Estado como um todo” (BARBOSA, 2001a, p. 326).

Nos regimes constitucionais anteriores, a defesa dos direitos dos índios era feita por órgãos indigenistas ou entidades civis de apoio, vale dizer, quase que exclusivamente por não índios. A criação de organizações propriamente indígenas tornou-se realidade após a Carta de 1988 (EVANGELISTA, 2004, p. 36-37).

No sistema precedente a ideia de tutela transitória se articulava com o objetivo de alcançar a “emancipação econômica das tribos” (art. 3º do Estatuto do Índio), ou seja, tratava-se de política oficial de integração por meio da inserção econômica, para tornar desnecessária a tutela. Evidentemente, não pode ser esse o sentido do princípio da tutela-proteção à luz da vigente Constituição.

Cabe aqui uma importante distinção. *Autonomia* é um termo menos amplo que *autodeterminação*; o limite conceitual remete às restrições inerentes ao princípio da soberania nacional. Objetivamente, o direito à autonomia se insere no interior de dada ordem jurídica, enquanto a autodeterminação pertence ao plano do direito internacional.

A tese da autodeterminação decorre da doutrina da chamada “descolonização interna”, subsequente ao ciclo histórico da descolonização “externa” dos países periféricos. Por ela, povos indígenas reivindicam o direito nunca renunciado à soberania (BARBOSA, 2001a, p. 325). Nessa linha, o surgimento do Estado nação teria importado na “eliminação de toda sociedade parcelar, das comunidades humanas preexistentes e de suas solidariedades tradicionais e relações recíprocas” e, assim, na negação das coletividades (Cit., p. 85). Contudo, pesquisas contemporâneas da antropologia social comprovam a complexidade e estabilidade dos sistemas jurídicos de grupos indígenas de diferentes regiões do

mundo (*Cit.*, p. 120). Além de negar o monopólio estatal na produção do direito válido, coloca-se em cheque a própria possibilidade de um pensamento histórico cumulativo, típico da racionalidade ocidental.

Erigindo como marco paradigmático o ciclo de descolonização ocorrido na África e Ásia entre as décadas de 1940 e 1980, pretende-se estender às sociedades indígenas o direito pleno de autodeterminação. Saliente-se que autodeterminação e soberania não se confundem: o Estado, embora soberano, não pode se arrogar o direito de autodeterminação, que pertence ao povo. Ou seja, o Estado não age por ele mesmo e sim pelos governados (BARBOSA, 2001a, p. 315). Daí se associar o termo autodeterminação ao direito de resistência à tirania e à dominação.

É nesse sentido que o princípio da autodeterminação dos povos (art. 1º da Carta das Nações Unidas de 1945) foi alçado pela ONU ao direito à livre determinação do status político e de desenvolvimento, consoante a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais (Resolução 1514 de 1960). O mesmo princípio informa o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

Partindo dos pressupostos de que: a) o direito dos povos à autodeterminação se tornou uma norma de direito internacional ampla e inderrogável; b) o dito princípio se limita ao contexto do processo de descolonização, Barbosa (2001a, p. 319), socorrendo-se de doutrina estrangeira, defende que o direito à autodeterminação seja reconhecido aos povos indígenas, oponível aos Estados existentes em seus territórios. Para tanto, propõe que o vocábulo *estrangeiro*, presente na referida Resolução 1514 da Assembleia Geral da ONU (“a sujeição dos povos a uma subjugação e a uma exploração estrangeira constitui desrespeito aos direitos fundamentais do homem, é contrária à Carta das Nações Unidas e compromete a causa

da paz e da cooperação mundial”) seja aplicado aos Estados que abriguem povos indígenas, considerando-os estrangeiros em relação a esses mesmos povos, inobstante a Resolução repila expressamente “toda tentativa visando destruir parcial ou totalmente a unidade nacional e integridade territorial de um país”.

Por extravagante que tal conclusão possa parecer, não se trata de doutrina isolada. Reconhecidamente minoritário, o entendimento reflete o pensamento de autores pouco difundidos no Brasil, mas de influência e visibilidade não apenas em ambientes acadêmicos como também nos foros internacionais em que o tema costuma ser debatido (além da Organização Internacional do Trabalho, destaca-se o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, estabelecido pela Resolução 1982/34 do Conselho Econômico e Social da ONU).

A questão central é a extensão conferida ao termo “povos”, presente nos referidos instrumentos de direito internacional sem expressa definição, para estabelecer se deve abranger as nações indígenas, de modo a considerá-las povos colonizados.

Reconhecer tal abrangência, diga-se, não importaria que os povos indígenas necessariamente pleiteassem a secessão. Trata-se de tese ainda mais minoritária, mas seus defensores entendem que apenas tal direito, mesmo não exercido, poderia assegurar a plena autodeterminação (BARBOSA, 2001a, p. 325).

No plano do direito internacional, o tema remete às convenções promulgadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Convenção 107 resultou do trabalho coletivo, iniciado em 1926, de elaboração de normas internacionais de proteção do trabalho indígena – o qual, contudo, não contou com a participação dos maiores interessados, os índios. Vigente a partir de 1959, o documento se pauta pelo paradigma evolucionista e pressupõe que a melhoria das condições de vida e de trabalho

dos povos indígenas adviria da completa integração à sociedade circundante, chegando à igualdade civil.

Com as críticas recebidas, promulgou-se a Convenção 169, vigente a partir de 1991. Inspirada no paradigma da interação, o novo documento preconiza a proteção e desenvolvimento dos povos indígenas como coletividades em certo grau distintas das sociedades em que se inserem. O Brasil ratificou a Convenção 169 em 2002 (Decreto Legislativo nº 143).

Os países signatários se comprometem a proteger de forma ampla os direitos dos índios (item 2 do art. 2º), garantindo a “plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e suas instituições”.

A Convenção 169 se funda no mesmo paradigma da Constituição de 1988. Ambas representam frutos dos avanços da antropologia contemporânea e do novo patamar ético alcançado pela humanidade e pelos Estados democráticos.

O significativo atraso do Brasil na ratificação da Convenção em comparação a outros países do continente⁴³, mais do que a incompatibilidades pontuais⁴⁴, deveu-se principalmente à expressão “povos indígenas e tribais”, que poderia autorizar interpretações tendentes à autodeterminação das “nações” autóctones. A expressão,

43 O Brasil foi um dos últimos países latino-americanos com expressiva população indígena a ratificar a Convenção 169, muito após Bolívia, Colômbia, Peru, Paraguai, Costa Rica, Guatemala, Honduras e México, fato que motivou críticas e pressões diplomáticas (BARBOSA, 2001a, p. 245-246; SOUZA FILHO, 2004, p. 154).

44 Existem importantes pontos de distinção entre a Convenção 169 e a Constituição brasileira, relativamente p.ex. ao grau de participação dos índios na elaboração de leis e implantação de medidas administrativas (art. 6º e art. 7º da Convenção) e, principalmente, à propriedade e posse das terras tradicionais (art. 14, § 1º), já que o § 2º do art. 231 da Constituição garante aos índios a posse permanente das terras e o usufruto exclusivo de suas riquezas, mas não a propriedade. Outro ponto da Convenção 169 de delicada aplicação à realidade brasileira consiste no direito à facilitação dos contatos e cooperação entre os povos indígenas em regiões de fronteira (art. 32).

cuidadosamente evitada pela Assembleia Constituinte (SILVA, 2006, p. 853-854), somente foi aceita pelo Estado brasileiro após grande resistência. Contudo, saliente-se que o texto da Convenção 169 não chega a consagrar o princípio da autodeterminação, consoante a redação do item 3 do artigo 1º: “a utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional”.

6. CONCLUSÕES

A concretização dos direitos indígenas consagrados pela Constituição de 1988 é, ainda, uma tarefa a ser enfrentada com seriedade. Para tanto, a articulação entre os princípios da autonomia e da tutela-proteção, implícitos na Carta, constitui a principal ferramenta para a atuação conjunta dos órgãos estatais, antes da sociedade civil e dos principais atores: os povos indígenas.

Ao longo dos anos 1980 o movimento indigenista defendia a permanência da tutela e o indigenismo oficial sua extinção. O regime tutelar, como antes concebido, é inegavelmente incompatível com a Constituição. O modelo do Estatuto do Índio deixou de ser aceitável; ilude imaginar, porém, que a responsabilidade do Estado tenha diminuído. O desafio atual é a reformulação da tutela, para permitir aos índios o exercício da autonomia e preservação da própria cultura, enquanto os aparelhos estatais definem e conduzem a política indigenista oficial, exercendo o poder-dever de atuar no labor de concretizar a Constituição.

A tutela dos povos indígenas constitui um imperativo decorrente da posição do Estado como primeiro guardião da Constituição e das leis do país. A mudança de paradigma não importou na sumária extinção da tutela; seja com esse ou com outro nome – regime tutelar, dever de proteção ou de assistência, parceria

etc. –, é essencial a efetiva atuação estatal, sem prejuízo da autonomia dos povos indígenas e até mesmo como sua garantia.

Pelo princípio da tutela-proteção, o Estado não pode se arrogar o monopólio da mediação das relações dos índios com quem seja, a exemplo do tutor da lei civil. Pelo poder-dever de tutela, cabe ao Estado intervir para a garantia dos direitos constitucionais dos índios e para assegurar o próprio exercício da autonomia.

Por isso se mostra tão adequada a formulação do princípio de tutela-proteção por Barreto (2003). A proteção como princípio não importa em paternalismo; pelo contrário, é moralmente imperioso proteger aquilo que, apesar de sempre declarado, foi sistematicamente desprezado e violentado.

Somente afastando em definitivo a concepção de tutela vinculada a parâmetros civilistas pode-se falar em autonomia e proteção. Afinal, a tutela certamente não significa que os povos indígenas não possam e devam se articular politicamente, encaminhando suas demandas e gerindo seus interesses da forma que lhes seja adequada, perante qualquer ente ou instância.

A autonomia é plenamente legítima face à norma constitucional, respeitados os outros institutos e princípios presentes na Constituição, como a soberania, a segurança e o desenvolvimento. Daí também a necessidade da tutela, como poder-dever do Estado com vistas à concretização da Constituição, evitando que um direito fundamental de natureza de discriminação inversa se exerça em prejuízo de outras disposições constitucionais.

Por outro lado, a tese de que a não recepção do regime tutelar pela Constituição de 1988 teria levado à autonomia absoluta dos povos indígenas importa dizer que ação estatal deve ser apenas subsidiária, muito possivelmente reativa, na hipótese de lesões ou ilegalidades. A ausência de tutela, então, significaria a omissão do

Estado e o abandono dos índios à própria sorte. Ora, o princípio da autonomia não pode ser usado contra os próprios protegidos, como uma anacrônica “emancipação” que os obrigue a buscar formas de inserção econômica na sociedade circundante.

Decerto não é simples alcançar o equilíbrio no exercício dos dois princípios estudados. À parte o antagonismo semântico, há verdadeira incompatibilidade entre a lógica tradicional administrativa, historicamente autoritária e centralizadora, e as aspirações indígenas de autogestão. Há que se buscar a relação equilibrada entre os princípios da tutela-proteção e da autonomia, tendo-se as etnias indígenas como formas civilizatórias plenas às quais se deve permitir, inclusive, participar do exercício administrativo do poder tutelar do Estado.

A política indigenista estatal deve se pautar pelos preceitos basilares da não integração, do consentimento informado e do respeito à decisão indígena (SOUZA FILHO, 2004, p. 61).

Somente dessa forma é possível solucionar de modo constitucionalmente adequado as questões atualmente mais relevantes quanto aos direitos indígenas, como a proteção do patrimônio tradicional, a preservação ambiental, o aprimoramento das condições de vida das populações em regiões urbanas, a participação efetiva na definição da aplicação de recursos, a eventual de revisão das demarcações anteriores à Constituição de 1988 e com ela incompatíveis, dentre outras.

Data de Submissão: 29/05/2017

Data de Aprovação: 11/07/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

- ATHIAS, R. Temas, problemas e perspectivas em etnodesenvolvimento: uma leitura a partir dos projetos apoiados pela OXFAM (1972-1992). In: LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. (Org.). **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002a, p. 49-86.
- BANDEIRA, L. A. M. **O feudo**: a Casa da Torre de Garcia d'Ávila. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- BARBOSA, M. A. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001a.
- BARBOSA, M. A. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001b.
- BARRETO, H. G. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2003.
- BASTOS, R. J. M. Sobre a noção de tutela dos povos e indivíduos indígenas pela União. In: SANTOS, S. C. (Org). **O índio perante o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982, p. 51-60.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CARVALHO, E. A. Identidade étnico-cultural e questão nacional. In: SANTOS, S. C. (Org). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, p. 67-75.
- CUNHA, M. C. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- CUNHA, M. C. (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras / FAPESP, 2002.
- CUNHA, M. C. Política indigenista no século XIX. In: **História dos índios no Brasil**, p. 133-154.
- EISENBERG, J. **As missões jesuíticas e o pensamento político moderno**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.
- EVANGELISTA, C. A. V. **Direitos indígenas**: o debate na Constituinte de 1988. Rio de Janeiro, 2004. Dissertação (Mestrado em História Social). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro.
- FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 21 ed. São Paulo: Graal, 2005.

KURY, L. Marchar com fé. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, n. 11, 2006, p. 26-30.

LARAIA, R. B. **Cultura**. 18. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

LIMA, A. C. S. **Um grande cerco de paz**: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995.

LIMA, A. C. S. A 'identificação' como categoria histórica. In: OLIVEIRA FILHO, J. P. (Org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998, p. 171-220.

LIMA, A. C. S. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, M. C. (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras / FAPESP, 2002, p. 155-174.

LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. (Org.). **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002a.

LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. **Estado e povos indígenas**: bases para uma nova política indigenista II. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002b.

LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002c.

LIMA, N. T.; SÁ, D. M. No rastro do desconhecido. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, n. 11, 2006, p. 18-25.

MENDES JUNIOR, J. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MIRANDA, M.; BANDEIRA, A. Memorial acerca da antiga e moderna legislação indígena. In: SOUZA FILHO, C. M. (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992, p. 29-58.

NEGRI, A. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA FILHO, J. P. Contexto e horizonte ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, S. C. (Org.). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985, p. 17-30.

OLIVEIRA FILHO, J. P. **“O nosso governo”**: os Ticuna e o regime tutelar. São Paulo: Marco Zero, 1988.

OLIVEIRA FILHO, J. P. (Org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

OLIVEIRA SOBRINHO. Os selvicolas brasileiros e a legislação pátria: o Decreto Legislativo 5.824, de 1928. In: SOUZA FILHO, C. M. (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992, p. 93-124.

PASSOS, J. J. C. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAUPÉRIO, A. M. **O direito político de resistência**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

PERRONE-MOISÉS, B. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, M. C. (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras / FAPESP, 2002, p. 115-132.

PITANGA, S. O selvagem perante o direito. In: SOUZA FILHO, C. M. (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992, p. 59-75.

RAMOS, A. Projetos indigenistas no Brasil independente. In: **Colóquio “Antropologias brasileiras na viragem do milênio” - ISCTE/Lisboa**. Brasília: Antropologia 267, 1999.

RIBEIRO, D. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTILLI, J. (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SANTOS, S. C. **Os povos indígenas e a constituinte**. Florianópolis: Editora da UFSC: Movimento, 1989.

SANTOS, S. C. (Org.). **O índio perante o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

SANTOS, S. C. *et alli* (Org.). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEEGER, A. Os índios e o desenvolvimento nacional. In: SANTOS, S. C. (Org.). **O índio perante o direito**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982, p. 25-30.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA FILHO, C. F. M. (Org.). **Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas**. Curitiba: Juruá/Núcleo de Direitos Indígenas, 1992.

SOUZA FILHO, C. F. M. Tutela aos índios: proteção ou opressão? In: SANTILLI, J. (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 295-312.

SOUZA FILHO, C. F. M. As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. In: LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. (Org.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002c, p. 49-61.

SOUZA FILHO, C. F. M. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2004.

VERDUM, R. Etnodesenvolvimento e mecanismos de fomento do desenvolvimento dos povos indígenas: a contribuição do Subprograma Projetos Demonstrativos (PDA). In: LIMA, A. C. S.; BARROSO-HOFFMANN, M. (Org.). **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002a, p. 87-106.

Indian Rights in the 1988 Brazilian Constitution the Principles of Autonomy and Tutelage-Protection

Rodrigo Bastos de Freitas
Saulo José Casali Bahia

Abstract: The main goal of the current paper is the identification of two principles which are implicit in the Brazilian 1988 Constitution: the autonomy of the Indian peoples and the tutelage-protection. It includes a detailed historical research on the legislation concerning the rights of Brazilian Indians from the colonial times on, and also on aspects of the development of the governmental instances in charge of dealing with the “Indian matter”. The main focus of this enquiry is the debated question of whether the official tutelage of Brazilian Indians is compatible or not with the current Constitution.

Keywords: 1988 Constitution; Indian’s rights; History of Indianist laws; Autonomy of Indian peoples; Tutelage.

Inaplicabilidade de Multa Processual em Caso de Ausência Injustificada na Audiência de Mediação

RENATO HORTA

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Fumec

Email: renatohorta@yahoo.com.br

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS).

Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS)

Email: sergiozf@fumec.br

Resumo: O Código de Processo Civil reconheceu o sistema multiportas de resolução de conflitos, incentivando a resolução consensual de litígios e impondo a realização obrigatória, em regra, de audiências de conciliação ou mediação. A ausência, injustificada, de qualquer das partes à audiência de conciliação será considerada ato atentatório à dignidade da justiça apenada com multa de 2% sobre a vantagem econômica ou valor da causa, contudo no presente artigo indagamos se a ausência injustificada à audiência de mediação conduziria a mesma sanção. Foram investigadas duas hipóteses, a primeira, relacionada à impossibilidade legal da aplicação de multa por ausência de previsão legislativa e, a segunda, impossibilidade da mesma sanção, em virtude da natureza, características e objetivos da mediação. Utilizando de método hipotético-dedutivo as hipóteses foram desenvolvidas por meio de revisão bibliográfica e análises legislativa, possuindo como marco teórico o atual CPC, e culminaram com a confirmação de ambas as hipóteses.

Palavras-chaves: Mediação; inaplicabilidade de multa; dignidade da justiça.



Inaplicabilidade de Multa Processual em Caso de Ausência Injustificada na Audiência de Mediação

RENATO HORTA
SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem ganhado força o sistema multiportas de acesso à justiça mediante o oferecimento e reconhecimento de mecanismos e meios de solução de controvérsias, em especial meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Todavia, há que se esclarecer, desde logo, que a possibilidade de conciliação, depois de instaurado o processo judicial, não é novidade, estando presente, por exemplo, na Lei nº 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências, assim como, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, especificamente entre seus artigos 407 e 409, bem como nas Leis nºs 8.952, de 13 de dezembro de 1994; 9.245, de 26 de dezembro de 1995; 10.358, de 27 de dezembro de 2001; 11.232, de 22 de dezembro de 2005, 11.382, de 06 de dezembro de 2006, que editaram o texto original do Código de Processo Civil anterior.

Porém, com a edição da resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi atribuído ao Judiciário à missão de estabelecer políticas públicas de tratamento adequado aos problemas jurídicos e conflitos de interesses não apenas por soluções adjudicadas mediante sentenças, mas também por meio de opções consensuais de solução de conflitos, atendimento e orientação ao cidadão.

Desde então uma “triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito

de solução consensual do conflito” (NEVES, 2016, p. 820) vem nublando as percepções dos operadores do direito, fazendo com que compreensões exageradas, desassociadas da natureza dos instrumentos e do raciocínio jurídico, venham a prejudicar a finalidade e utilidade dos meios alternativos ao método heterônomo de resolução de conflitos, como se verificará dos enunciados expedidos pelo Tribunal de Justiça Mineiro (TJMG. 2015) e pelo Fórum Permanente de Processualistas Civil (FPPC. 2015).

A sobrecarga e expectativa colocada sobre os institutos da mediação e conciliação, “ante um cenário desolador de nosso Judiciário, de aguda crise estrutural que vai resultar na mais profunda ruptura entre a satisfação do direito e o processo que o instrumentaliza” (BRAGA, 2009, P. 41), acaba por exorbitar o sentido deontológico do sistema multiportas e deturpar o sentido ontológico da mediação e da própria conciliação, trazendo confusão entre os institutos e banalizando sua construção, afastando a semântica construída em torno da mediação.

O §8º do art. 334 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, atual Código de Processo Civil (CPC. 2015), estabelece a possibilidade de multa àqueles que não comparecem de forma injustificada à audiência de conciliação, considerando a falta ato atentatória à dignidade da justiça.

Buscando examinar a natureza jurídica da mediação disciplinada tanto no atual CPC como na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, examinamos a adequação ou não da interpretação extensiva acerca da sanção prevista no §8º do art. 334 do CPC, também à ausência injustificada das partes ou representantes à audiência de mediação.

Diante do problema, partimos da hipótese acerca da inadequação da interpretação extensiva do dispositivo supracitado com a finalidade de aplicar sanção àquele que injustificadamente se

abster à audiência de mediação por ausência de previsão legal, sendo esta cabível apenas à injustificada falta à audiência de conciliação.

Outra hipótese ventilada consiste na adequação da escolha legislativa, não devendo ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça a ausência injustificada à audiência de mediação em virtude da natureza e caráter ontológico desta espécie de audiência.

O desenvolvimento teórico e investigativo impresso na pesquisa utilizou o método científico hipotético-dedutivo, possuindo como referencial teórico o atual Código de Processo Civil, razão pela qual o recorte se dá em atenção aos seus exclusivos termos.

A pesquisa será construída em quatro partes, na primeira descreveremos, resumidamente, os movimentos de acesso à justiça a luz das proposições formuladas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002), porém adaptadas ao cenário brasileiro, em respeito ao recorte da pesquisa; a parte seguinte será dedicada ao exame da autonomia da vontade privada dirigida à construção da solução consensual de conflitos e princípio basilar das audiências preliminares; posteriormente empenharemos esforços a definir conceito, natureza, características e finalidade da mediação, traçando ainda distinção ontológica entre essa e a conciliação tendo como referencial o atual CPC e a Lei nº 13.140/2015; e ainda, por derradeiro, passaremos ao exame acerca da (in)aplicabilidade da multa do §8º do artigo 334 do CPC àqueles que injustificadamente não comparecerem à audiência de mediação.

Para o desenvolvimento do trabalho será realizado levantamento bibliográfico e da legislação pertinente, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento do raciocínio jurídico-científico sobre o tema, com a finalidade de apresentar parâmetros à segurança jurídica, elemento essencial e objetivo do direito fundamental ao devido processo legal.

2 A RELEITURA DO ACESSO À JUSTIÇA

Cappelletti e Garth (2002) ao analisarem os movimentos históricos e jurídicos de acesso à justiça identificaram três momentos renovatórios, divididos em “ondas”, a primeira estaria voltada à assistência judiciária integral e à justiça gratuita aos pobres; a segunda, direcionada à representação e proteção dos interesses coletivos e difusos; enquanto a terceira teria como finalidade a promoção e simplificação de procedimentos, buscando a efetiva resolução de conflitos, reconhecendo formas alternativas à jurisdição estatal como meio a solucionar controvérsias.

Observam os referidos autores que a primeira onda renovatória tinha como objeto concepções exclusivamente privatista e individualista, enquanto a segunda tinha como objetivo proporcionar a facilitação da possibilidade de defesa de interesses difusos ou coletivos, sem que isto significasse o afastamento de qualquer um deles e tampouco àqueles já definidos no primeiro momento.

Mesmo com foco diverso, tanto o primeiro como o segundo momento estavam dirigidos ao acesso à jurisdição estatal, se estabelecendo uma relação de sinonímia entre justiça e Judiciário.

Diferente dos momentos anteriores, a terceira onda renovatória de acesso à justiça não se dedicou apenas à promoção do acesso ao Judiciário, mas buscou favorecer o acesso substancial à justiça, independentemente do acesso ao Judiciário.

O acesso à justiça observado na terceira onda proporciona o rompimento da relação de sinonímia até então existente entre justiça e Judiciário, ou seja, o monopólio da justiça não estaria restrito às mãos do Estado-Juiz, detentor do monopólio da jurisdição, devendo ser reconhecidas formas alternativas de solução de conflitos que não aquelas decorrentes de resoluções adjudicadas mediante sentença.

O terceiro movimento renovatório de acesso à justiça não se limitou ao reconhecimento de formas alternativas ao Judiciário como meio de alcançar a justiça, vindo a impor, concomitantemente, reformas ao arranjo jurídico por meio de normas materiais e processuais com o objetivo de apresentar soluções substanciais aos conflitos sociais que são levados ao Judiciário, alterando assim o agir e pensar estatal, bem como a forma de atuação dos profissionais que operam a máquina judiciária.

Com este enfoque trazido pela terceira onda renovatória de acesso à justiça deve ser interpretado o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, que reconhece a faculdade¹ do cidadão em obter do Estado-juiz resposta jurisdicional efetiva e satisfativa ao dilema levado ao crivo estatal, a ser desenvolvido sob o paradigma do Estado Democrático de Direito².

Eventual interpretação formal do princípio constitucional de acesso à justiça fundamentada na mera existência do Judiciário devidamente constituído, sem relação direta com a efetiva entrega da jurisdição satisfativa, está afastada do elemento sistemático³ que envolve o exercício de interpretação do texto constitucional.

1 Em decisão proferida nos autos do AgR em SE nº 5206 do STF o Ministro, Carlos Mário da Silva Velloso, por meio de seu voto condutor, afirmou que o direito fundamental de primeira dimensão consagrado no inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88 possui natureza restritiva dirigida, exclusivamente, ao legislador, sendo facultada ao cidadão a utilização da jurisdição estatal ou meios alternativos a esta para resolução de conflitos.

2 José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 71) argumenta que o termo Estado Democrático de Direito compreende no mínimo três concepções: um pouco exigente e puramente formal, outra material ou forte, e um terceiro intermediário. Foi escolhida neste artigo a concepção material ou forte em que se desloca o foco das simples enunciações para a prática.

3 “Não há, na ordem jurídica, nenhum dispositivo autônomo, autoaplicável. A norma jurídica somente pode ser interpretada e ganhar efetividade quando analisada no conjunto de normas pertinentes a determinada matéria. Quando um magistrado profere uma sentença, não aplica regras isoladas; projeta toda uma ordem jurídica ao caso concreto. O ordenamento jurídico compõe-se de todos os atos legislativos vigentes, bem como das normas costumeiras válidas, que man-

O modelo de Estado Democrático de Direito, instituído constitucionalmente, exige a interpretação substancial do acesso à justiça, por ser a “expressão popular que resulta na ideia de instituições públicas sólidas e na possibilidade de o cidadão buscar do Estado-Juiz a solução do litígio em que esteja envolvido para defesa de seus direitos” (VALCANOVER, 2014, p. 3).

Sálvio Figueiredo Teixeira (1993, p. 80) argumenta que o texto constitucional de 1988 teria sido aquele que mais valorizou “a ‘Justiça’, tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de ‘vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’, mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social”.

A interpretação conforme a Constituição acerca do acesso à justiça repercute no vigoroso incentivo dos operadores do Direito e dos legisladores em criar meios emancipatórios para que os cidadãos possam resolver de forma consensual e autônoma os conflitos em que estão inseridos.

A resolução de conflitos afastada da concepção heterônoma exige o reconhecimento da autonomia e da capacidade privada de resolução de controvérsia, ou seja, do desejo e da disponibilidade em convergir.

3 AUTONOMIA DA VONTADE E A ADEQUADA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITO

O Código de Processo Civil estabelece, expressamente, em seu art. 166 os princípios informadores da conciliação e mediação, dentre os quais, o princípio da autonomia da vontade.

têm entre si perfeita conexão. Entre as diferentes fontes normativas, não pode haver contradições. De igual modo, deve haver completa harmonia entre os dispositivos de uma lei, a fim de que haja unicidade no sistema jurídico, ou seja, uma única voz de comando. Para que a ordem jurídica seja um todo harmônico, é indispensável que a hierarquia entre as fontes formais seja preservada.” (NADER, 2014, p. 257)

Todos os princípios fixados, assim como o princípio da autonomia da vontade, possuem concepções deontológicas a determinar que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90).

Observamos que o caráter deontológico do princípio da autonomia dirigida à resolução consensual de conflitos foi apresentado na parte geral do CPC, enquanto as razões definitivas encontram-se erigidas em regras presentes no capítulo V, “Da audiência de conciliação ou de mediação”, do título I, “Do procedimento comum”, do livro I, “Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença”, da parte especial do mesmo diploma legal.

Assim, qualquer interpretação lançada aos dispositivos dispostos na parte especial do Código de Processo Civil, deverá observar o estabelecido na parte geral do mesmo dispositivo buscando manter a coerência e a integração normativa por meio de método lógico e sistemático.

Cabe destacar, desde logo, que o princípio da autonomia da vontade não se confunde com o princípio da autonomia privada, ainda que, de maneira geral, há autores que utilizam os termos como sinônimos, como adverte Roberta Elzy Simiqueli de Faria (2007, p. 60).

O princípio da autonomia da vontade, desenvolvido no modelo de Estado Liberal, esteve assentado na concepção de liberdade e igualdade formal em que a construção normativa era realizada livremente pelos envolvidos, cabendo ao Estado-Juiz garantir o cumprimento de acordos avençados não limitados pelo Estado-Legislator, estando livres as partes para pactuarem aquilo que desejassem, estando portanto reservado apenas à vontade das partes.

A autonomia da vontade se mostrou adequada ao paradigma de Estado Liberal, contudo, em virtude, muitas vezes, da ausência

de igualdade e liberdade material entre as partes e crescimento dos movimentos sociais no período seguinte ao pós Primeira Guerra Mundial, o Estado capitalista burguês se viu obrigado a abandonar o modelo do Estado Liberal dando início ao modelo de Estado Social⁴, mais organizado, buscando corrigir as divergências e insuficiências por meio de grande regulação da vida pública e privada, compreendendo que as relações humanas possuíam repercussão social e econômica a transcender a ilimitada autonomia da vontade.

O novo paradigma tornou o direito o maior vetor moral destinado a proporcionar proteção e libertação, voltada à preservação de igualdade material entre os indivíduos em suas relações mútuas (justiça comutativa⁵) ou em suas relações sociais (justiça distributiva⁶) com a finalidade de fazer justiça e alcançar progresso (DIAS, 2003, p. 30-32).

Neste momento “o Estado deixa de ser mero garantidor das relações particulares e passa a intervir na esfera privada” (FARIA, 2007, p. 57) dirigindo e limitando a autonomia da vontade, sem, contudo por fim a ela.

4 Neste estudo adotamos a seguinte classificação: O Estado Social constitui em ações políticas de intervenção social e econômica no Estado possuindo como marco inicial a política *New Deal* incentivado por movimento social do início do século XX que tinham como intuito a conquista de direitos sociais. O Estado do bem estar social consiste em programas pontuais de governos desenvolvidos na Europa ocidental e nos Estados Unidos da América no período pós Segunda Guerra Mundial, possuindo como marco o plano Marshall. O Estado-providência constitui-se em políticas públicas sociais e econômicas desenvolvimentistas efetuadas em periféricos, como o Brasil, com o objetivo assistencial de fomentar diretamente setores econômicos e sociais.

5 “O argumento da justiça compensatória/comutativa é aquele que afirma a necessidade das políticas de ação afirmativa para compensar as vítimas de uma discriminação passada. A sociedade, ao adotar as referidas políticas, está “promovendo, no presente, uma ‘reparação’ ou ‘compensação’ pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais.” (BARZOTTO. 2003, p. s.p)

6 “diz respeito à necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade.” (GOMES. 2001, p. 66 *apud* BARZOTTO, 2003, p. s.p)

A intervenção estatal alterou os contornos da autonomia da vontade, todavia, o princípio permanece em vigor com maior ou menor influência conforme desejo estatal em limitar as relações diante da amplitude da repercussão social ou econômica atinente.

As limitações impostas ao princípio da autonomia da vontade não afastou sua aplicação, contudo, esta deve ser relida como elemento integrante do princípio da autonomia privada (FIUZA, 2003, p. 311), indispensável à realização de negócios jurídicos e dos atos processuais.

O atual CPC ao disciplinar os auxiliares da justiça assim como as audiências de mediação e conciliação estabeleceu, de forma inarredável, os princípios que devem reger tanto a conciliação como a mediação, dentre os quais, explicitamente, o princípio da “autonomia da vontade” conferindo às partes o amplo direito de resolverem seus conflitos, ainda que já judicializados por meios que valorizem a vontade particularizada.

Contudo, apesar da explícita menção ao princípio da autonomia da vontade no *caput* do art. 166 do CPC os litigantes estão impedidos de ausentarem ou de não se fazerem representar, injustificadamente, à audiência de conciliação conforme previsão legal contida no §8º do art. 334 do CPC, capaz de limitar a livre autonomia da vontade.

A análise conjunta do dispositivo contido no art. 166 e §8º do art. 334, ambos do CPC, faz concluir que o princípio informador da autonomia da vontade contido na parte geral do CPC, poderá ser limitado quando a legislação, expressa e especialmente, limitar sua amplitude.

Contudo, como se observará a seguir a imposição de multa àquele que se ausentar ou deixar de enviar representante, injustificadamente, à audiência de mediação, além de atentar contra os fundamentos do princípio informador da autonomia da vontade, contido na parte geral do Código de Processo Civil, também colide

com as características limitadoras da autonomia privada; com o Estado de Direito e ainda com a natureza e finalidade da mediação.

4 O ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL E OS CRITÉRIOS OBJETIVOS ESTABELECIDOS PELO CPC PARA DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO

Inicialmente se mostra relevante analisar o conceito apresentado à mediação com o objetivo de definir seus contornos e sua natureza.

Segundo Adolfo Braga Neto:

Mediação é uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, *salvaguardando o bom relacionamento* entre elas (BRAGA NETO, 1999, p. 93).

Ildemar Egger:

Mediação é um método extrajudicial, não adversarial, de solução de conflitos através do diálogo. É um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, *restaurar* a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes (EGGER, 2008, p. 60).

Nos conceitos propostos, além da técnica evidente e indispensável ao instituto, é apresentado também o objeto teleológico da mediação que consiste no restabelecimento do diálogo entre os

conflitantes, ou seja, o retorno a um momento anterior em que era possível a interação das partes, sendo forçoso concluir que entre os litigantes, em algum período, já teria havido intensa relação amistosa convolada em conflituosa.

Este também é o objetivo e a condição proposta pelo §1º, do art. 2º da Lei nº 13.140, de 26 de julho de 2015, que prevê a possibilidade de fixação de mediação por meio de instrumento contratual, reconhecendo assim a necessidade de ter existido, em momento anterior ao conflito, relações de fidúcia e consensualidade entre as partes, indispensáveis à contratação.

Mesmo Fredie Didier Júnior (2016, p. 274), para quem a diferença entre mediação e conciliação é sutil ou mesmo inexistente, a mediação seria mais indicada para casos em tenha existido relação anterior e permanente entre os interessados.

O §3º do art. 165 do CPC, parte geral do Código de Processo Civil, mesmo direcionado à figura do mediador e não propriamente à audiência de mediação, apresenta como finalidade da referida audiência o estabelecimento de condições favoráveis ao “*restabelecimento da comunicação*”, confirmando a necessidade de haver relação intensa entre as partes anteriores ao conflito, além de reconhecer também ao instituto da mediação a sua capacidade emancipatória e suficiente para solucionar conflitos.

Desta forma, atento ao recorte da pesquisa, não resta dúvida que, para que se possa dizer sobre mediação, tanto no Código de Processo Civil como na Lei nº 13.140/2015, é indispensável a existência de relação intensa e amistosa prévia ao conflito, pois não há como “restabelecer” algo que não tivesse existido anteriormente.

Contudo, a atuação do mediador em audiência específica e a aplicação de técnicas mediadoras foram relativizadas no Código de Processo Civil, vindo o caderno processual flexibilizar a atuação tanto do conciliador como do mediador, não condicionando a

atuação destes, respectivamente, à ausência ou existência de vínculo entre as partes conflituosas, ou seja, é possível ao conciliador e mediador atuarem em conflitos aos quais existam ou não previa relação amistosa entre as partes, sem que isto desnature o tipo de audiência a ser realizada, se conciliação ou mediação.

Assim, o que nós temos §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC é a possibilidade de pessoa capacitada para determinado tipo de procedimento realizar outro ao qual não possui formação técnica, ainda que de forma excepcional, como se verifica do exame sistemático dos parágrafos acima mencionados combinados com o §1º do art. 334 do mesmo código.

A possibilidade apresentada afasta a precipitada conclusão segundo a qual a definição acerca da natureza da audiência, se conciliação ou mediação, decorreria da escolha do auxiliar capacitado para conciliar ou mediar, justamente porque, nos termos dos §§ 2º e 3º ambos do art. 165, do CPC, os auxiliares da justiça não estão vinculados, rigorosamente, àquilo para o qual foram capacitados⁷.

Observamos também que a audiência de conciliação e mediação poderão ser realizadas por magistrado⁸, conforme inciso V, do art. 139 do CPC, a quem caberá, a qualquer tempo, o dever-poder de realizar audiência visando a autocomposição, ainda que, preferencialmente, com o auxílio de conciliador ou mediador (REDONDO, 2016, p. 223).

Portanto, não será a pessoa ou a formação daquele que preside a audiência que irá determinar sua natureza, ou seja, substancialmente quando o objetivo da audiência for o “restabelecimento da comunicação” (BRASIL, 2015b) entre as partes submetidas aos

7 O §1º do art. 167 do CPC exige curso de formação aos conciliadores e mediadores conforme parâmetro curricular a ser definido pelo CNJ.

8 Enunciado 9 - (art. 165) As audiências de conciliação poderão ser realizadas pelos conciliadores existentes na comarca ou pelo próprio juiz, até que o Tribunal forme o quadro respectivo (TJMG, 2015).

contornos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, estaremos sempre diante de audiência de tentativa de mediação; assim, ainda que o magistrado designe audiência de conciliação ou a audiência preliminar venha a ser presidida por conciliador ou magistrado, a depender de sua finalidade, poderemos estar diante de uma mediação, não sendo possível ao magistrado ou ao auxiliar da justiça desnaturar a espécie de audiência, cuja lei já definiu.

A técnica a ser empregada pelo auxiliar da justiça, mediador ou conciliador, ou ainda pelo magistrado, quando no exercício da função de mediar, deve compreender a investigação das motivações conflituosas que muitas vezes extrapolam as razões jurídicas formalmente trazidas ao Judiciário, para que então consiga aclarar as nebulosas relações pretéritas construídas pelas partes e incentivá-las a encontrar soluções adequadas e consensuais à resolução de conflitos, conforme estabelecido pelo §3º do art. 165 do CPC, colocando fim a animosidades.

O método utilizado pelos auxiliares da justiça ou pelo magistrado na mediação consiste em ações voltadas ao reconhecimento da emancipação das partes para que estas consigam “identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios próprios” (BRASIL, 2015b).

Essa autonomia concedida às partes justifica a dispensa da previsão de advertência ao mediador que consistente a impor a vedação da “utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem” (BRASIL, 2015b), determinação presente quando observamos a conciliação, §2º do art. 165 do CPC.

Os princípios traçados pelo Código de Processo Civil exigem que o mediador conheça e desenvolva técnicas necessárias para alcançar o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos, sendo esta a dicção dos termos fixados no §1º do art. 167 do mesmo diploma legal.

Porém, utilizando do mesmo raciocínio acima desenvolvido, à luz dos §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC, ainda que a pessoa que presida a audiência de mediação não possua qualificação técnica específica, tal fato não afastará a natureza substancial da audiência, cabendo àquele que funcionar como mediador observar o objetivo teleológico do instituto, destinado ao restabelecimento da comunicação das partes, e as características legalmente fixadas, solução consensual por meio da emancipação, possibilitando assim a mediação.

Diante de tais argumentos temos por afastada a concepção segundo a qual a mediação no atual CPC se resumiria a técnica destinada à obtenção de autocomposição, inexistindo, analiticamente, aspectos substanciais a lhe conceder natureza autônoma, sendo forçoso, muito antes pelo contrário, concluir que, havendo relação intensa e consensual anterior ao conflito instaurado entre as partes, a audiência prévia a ser designada será, invariavelmente, a audiência de tentativa de mediação mais complexa e voltada ao restabelecimento de circunstâncias amistosas, independentemente de quem irá presidi-la, ou de sua qualificação técnica, cabendo, em todo caso, observar a finalidade e características impostas pelo Código de Processo Civil.

5 INEXISTÊNCIA DE ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA POR AUSÊNCIA INJUSTIFICADA À AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE MEDIAÇÃO

O capítulo V, do título I, do livro I da parte especial do Código de Processo Civil, composto unicamente pelo art. 334, regula a audiência prévia de tentativa de conciliação ou mediação.

No único artigo referido temos explícita a dicotomia entre as audiências de conciliação e mediação a que os artigos insertos na parte geral já haviam relatados, primeiramente em virtude do título atribuído ao capítulo V, “da audiência de conciliação ou

de mediação”, em que o legislador utilizou o conectivo *ou*, em sentido alternativo, para diferir os tipos de audiência, construindo a semântica segundo a qual determinado tipo de audiência, condicionalmente, exclui a outra existindo assim a possibilidade da existência de ambas no mundo jurídico.

Ainda, tanto no *caput* como dos parágrafos 1º, 2º, 7º e 12 do referido artigo, o legislador cuidou de repetir de forma exaustiva os termos “audiência de conciliação” e/ou “audiência de mediação”, enquanto nos parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º utilizou o gênero, “audiência” para tratar das duas espécies reguladas no capítulo ou não utilizou do termo genérico, quando também quis atribuir efeitos às referidas espécies, parágrafos 9º, 10 e 11, deixando assim explícita a intenção de destacar a autonomia de ambas as espécies de audiência e ainda que em determinados dispositivos se devessem aplicar disposições legais idênticas.

A redação que determina expressamente a aplicação de comandos a regular as audiências de mediação ou conciliação alinham-se ao princípio informador descrito no *caput* do art. 166 do CPC, isto porque, em regra, sobre a conciliação e mediação deve vigorar a autonomia da vontade das partes, ou seja, inexistindo regra legal a limitar a vontade dos envolvidos no conflito, deve essa por se tratar de regra geral.

Assim, temos que o legislador ao tratar do regramento imposto às partes sobre as espécies de audiências, conciliação ou mediação, anotou quando assim desejou os regramentos necessários a conter o princípio da autonomia da vontade que rege a mediação e conciliação.

Contudo, ao tratar no §8º acerca do não comparecimento injustificado do autor, do réu ou de ambos à audiência prévia e suas consequências, o legislador somente considerou como ato atentatório à dignidade da justiça a ausência injustificada à audiência de conciliação, nada tratando acerca da audiência de mediação.

Mesmo reconhecendo a ausência de previsão legal acima explicitada, Eduardo Cambi compreende que a interpretação sistemática do Código de Processo Civil levaria a conclusão de que o §8º do art. 334 também deveria ser aplicado à mediação:

Ademais, embora o art. 334, §8º, do NCPC tenha se referido apenas à audiência de conciliação, a sanção pelo não comparecimento também deve ser imposta a ausência na audiência designada para mediação, pois a interpretação sistemática do NCPC impede a existência de tratamento diferenciado entre ambos os meios, igualmente relevantes, de autocomposição (CAMBI, 2015, p. 887).

Em que pese o posicionamento do citado autor, a interpretação sistemática não nos leva à conclusão a que o mesmo chegou, pois, como já argumentado anteriormente, as regras estabelecidas no art. 334, parte especial do CPC, regulamentam de forma a condicionar e restringir o princípio da autonomia da vontade reconhecida no *caput* do art. 166.

Também não nos parece adequada a argumentação segunda a qual, por se tratarem ambas de meio relevante de autocomposição tenham, inexoravelmente, que se submeterem às mesmas restrições, justamente porque, como anteriormente tratado, conciliação e mediação são espécies distintas que possuem autonomia e objetivos gerais diferentes.

Ademais, a inexistência de previsão da audiência de mediação no §8º do art. 334 do CPC não nos parece compreender lapso do legislador e tampouco deve ser compreendida como forma a conceder semântica sinonímia⁹ aos institutos da conciliação e mediação, tratando-se de escolha legislativa consciente e adequada à natureza jurídica formulada pelo Código de Processo Civil.

9 Fredie Didier Júnior (2016, p. 274) afirma serem sinônimos os institutos da conciliação e mediação.

Portanto, acreditamos que a ausência de audiência de mediação no referido parágrafo trata-se de escolha legislativa implícita e explícita, tendo em vista que, o legislador quando quis apontou precisamente quando pretendia aplicar dispositivos às espécies de audiência, se conciliação e/ou mediação.

Ainda que para nós o texto legal se apresente de forma clara e incontestável, ou seja, somente admitindo condenação a multa prevista por ato atentatório à dignidade da justiça quando a(s) parte(s), injustificadamente, se ausentar(em) ou não enviar(em) representante(s) com poderes suficientes à audiência de conciliação¹⁰, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG. 2015) e o Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC. 2015) editaram, respectivamente, os seguintes enunciados:

Enunciado 25 - (art. 334, §8º) A multa pelo não comparecimento injustificado da parte será imposta no termo da própria audiência de conciliação ou *mediação* e fixado o prazo para pagamento (TJMG, 2015).

Enunciado 273 - (art. 250, IV; art. 334, § 8º) Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou *mediação* configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 334, § 8º, sob pena de sua inaplicabilidade. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento) (FPPC, 2015).

Os enunciados acima colacionados refletem o fanatismo (NEVES, 2016, p. 820) pela resolução consensual do conflito a qualquer custo, inclusive por meio de proposições sem fundamento legal ou contrárias à natureza consensual das audiências de

¹⁰ Autores como THEODORO JÚNIOR, *et al* (2016, p. 242 e 243), REDONDO (2016, p. 225 e 226) e DIDIER JÚNIOR (2016, p. 274) se resumem a transcrever em suas respectivas obras a literalidade do texto normativo, restringindo a possibilidade de aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça à parte que, injustificadamente, se ausentar da audiência de conciliação, sem contudo problematizar a afirmativa, não sendo possível afirmar com segurança desejada o posicionamento de cada um deles.

mediação, servindo a ameaça da multa a ser imposta como meio coercitivo ao comparecimento à audiência prévia ainda que eventual acordo conserve-se no plano da eventualidade ou faculdade.

Nos respectivos enunciados destinados a orientar as interpretações a serem aplicadas ao Código de Processo Civil resta explicitamente acolhido o posicionamento segundo o qual deveria haver paridade regulatória entre mediação e conciliação.

Novamente como aduzimos acima, o fato da conciliação e mediação compreenderem mecanismos de autocomposição, não nos induz a afirmar dependência ou correlação exata entre ambas, ou ainda que sobre as mesmas deva imperar regulamentação idêntica, até mesmo porque, o texto do atual CPC fixa, de forma expressa, os objetivos das espécies de audiência destinada a resolução de conflitos de forma consensual, em sua parte geral, assim como regula a sua execução respeitada a autonomia de cada uma das espécies na partes especial do mesmo Código.

Ademais, observamos que a escolha legislativa pela exclusão da audiência de mediação ditada no §8º do art. 334 do CPC é adequada, pois, considerando as duas espécies autônomas de audiência prévia, conciliação ou mediação, bem como a necessária apresentação recíproca das partes ou de seus respectivos representantes; além da postura incisiva e sugestiva do auxiliar da justiça para alcançar o fim do conflito com o objetivo de reduzir o números de processos a serem julgados pelo Estado-Juiz, se faz presente na audiência de conciliação, sendo relevante, por isso, oportunizar as partes a possibilidade de estabelecer relação interpessoal com auxílio intenso do conciliador para construir soluções dialógicas voltada ao fim do conflito jurídico, cuja origem constitui origem em relação anterior efêmera.

Entretanto, nas audiências de mediação reguladas pelo atual CPC, as partes possuem relação jurídica anterior intensa e o objeto

conflituoso, ainda que jurídico, se tornou conflituoso por múltiplas e complexas razões que não necessariamente a afronta a direitos subjetivos, sendo necessária a presença de um terceiro, mediador, para então auxiliar os envolvidos a solucionarem não apenas da demanda levada ao judiciário, mas também conflitos que orbitam o litígio levado ao crivo do judiciário, com a finalidade de restabelecer a comunicação perdida.

Observamos que a finalidade e o desenvolvimento da audiência de mediação são mais amplas e profundas, sendo para tanto indispensável o desejo das partes em participar do procedimento, desejo esse livre e gracioso não como resultado de imposição jurídica, ainda que limitada apenas ao comparecimento em audiência e não a realização de acordos.

Portanto, observando a natureza das espécies de audiências previstas no art. 334 do CPC e o objetivo teleológico de ambas temos que a autonomia existente entre elas afasta o entendimento acerca da necessidade de regulamentação idêntica dos institutos.

Vale também destacar que todas as condutas ditas como atentatórias à dignidade da justiça e sujeitas a sanção dispostas no atual CPC, são apresentadas em *numerus clausus*, inadmitindo de tal maneira, interpretação extensiva como se infere dos dispositivos esculpidos no art. 77, IV, VI e seus parágrafos; art. 161, parágrafo único; art. 772, II; art. 774 e parágrafo único; art. 777; art. 903, §6º; e art. 918, parágrafo único.

Assim temos que a conduta atentatória à dignidade da justiça a que se refere o art. 334, §8º do CPC exige tipicidade formal, assim como as demais catalogadas no atual Código de Processo Civil, cuja subsunção do fato a norma é indispensável para aplicação da sanção, sob pena de atentar contra a desejada segurança jurídica e devido processo legal.

Portanto temos que as espécies de audiência disciplinas no art. 344 do CPC, possuem autonomia entre si ainda que ambas

compreendam meio de autocomposição destinada à resolução consensual de conflitos, não sendo razoável a interpretação segunda a qual todas as determinações atribuídas a determina espécie devesse, inexoravelmente, ser atribuída à outra.

Atentos à finalidade e natureza jurídica das espécies de audiência tratadas nessa pesquisa, temos também que, obrigar as partes a se reunirem pessoalmente, ou ainda que por preposto (§10, do art. 334 do CPC) em audiência de mediação, sob a ameaça de multa, poderá causar maior constrangimento e hostilidade entre os envolvidos, algo que justifica a escolha legislativa pela inexistência de ato atentatório à dignidade da pessoa que se ausentar, injustificadamente, à referida audiência.

Também é forçoso afirmar que a leitura sistemática do atual CPC, afastadas eventual fanatismo pela resolução consensual a qualquer custo, nos remete à conclusão de que o princípio da autonomia da vontade fixada no *caput* do art. 166 do CPC constitui regra geral a ser aplicada tanto à conciliação como à mediação, sendo indispensável previsão legal expressa a afastar o referido princípio, visando a prevalência da segurança jurídica, sendo descabida a pretensão de imputar a condutas não arroladas em *numerus clausus* pelo legislador o título de atentatória à dignidade da justiça.

6 CONCLUSÕES

O atual Código de Processo Civil reconheceu o sistema multiportas de acesso à justiça voltando à necessária entrega da jurisdição satisfativa, por meio de processos constitucionais democráticos, reconhecendo a emancipação cidadã e a capacidade humana de resolução autônoma de conflitos.

As resoluções de conflitos possuem maior amplitude que as resoluções das demandas judiciais que, em determinados casos, agravavam a hostilidade entre os envolvidos, fato que, juntamente

com a morosidade das decisões judiciais, justificou a maior abertura reconhecida pelo atual CPC aos meios consensuais como regra a solucionar litígios.

A resolução consensual de conflitos assenta-se no princípio da autonomia da vontade, a qual o art. 166 do CPC, expressamente, faz referência ao tratar das espécies de audiência de conciliação e mediação.

Na conciliação o objetivo é a resolução do conflito por meio do diálogo entre as partes conduzido por terceiro, que possui maior liberdade para auxiliar os envolvidos a encontrarem resoluções para divergências sobre situação singular que lhe levou ao litígio.

Por outro lado, na mediação disciplinada no CPC, o litígio levado ao Judiciário possui ramificações em situações intensas e pretéritas, nem sempre exclusivamente jurídicas, sendo importante que as ações práticas em seu exercício tenham como objetivo o reestabelecimento da comunicação anteriormente existente até então perdida ou conturbada entre as partes, possuindo assim, natureza complexa e diversa da conciliação ao se destinar a resolução estrutural dos conflitos existentes entre as partes e não apenas da demanda levada ao crivo do Judiciário.

Diante da especificidade, a designação de audiência se conciliatória ou mediadora, não comporta discricionariedade do magistrado, pois, cada qual possui natureza e finalidade específica, sendo determinante para tanto observar a complexidade, natureza, existência e o grau de intensidade das relações anteriores ao litígio que envolve as partes para que então se defina a espécie de audiência adequada às circunstâncias apresentadas.

O artigo 334 do CPC disciplina a obrigatoriedade, em regra, da audiência prévia, tratando no seu *caput*, assim como em quase todos os seus parágrafos, concomitantemente, das duas espécies de audiência, conciliação e mediação.

Contudo, observando o §8º do art. 334 do CPC, verificamos que o legislador optou por não atribuir à ausência injustificada da parte ou de seu representante à audiência de mediação o título de ato atentatório à dignidade da justiça e, por consequência, a multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertida em favor da União ou do Estado, estando a penalidade reservada, exclusivamente, às audiências de conciliação.

A opção legislativa pela inaplicabilidade de multa por ato atentatório à dignidade da justiça àquele que se ausentar, injustificadamente, da audiência de mediação se mostra adequada em virtude da natureza do instituto, assim como de seus objetivos, pois, conforme o momento ou a situação em que as partes estão envolvidas, a mediação poderá exaltar pontos conflituosos e prejudicar o restabelecimento da comunicação já fragilizada entre as partes.

É forçoso concluir que a mediação constitui espécie autônoma ao lado da conciliação, não se confundindo com esta, não sendo razoável que, inexoravelmente, sejam aplicadas a ambas disposições iguais, quando presente natureza jurídica diversa.

Soma-se à ausência de previsão legal e a autonomia existente entre os institutos da conciliação e mediação, também a necessidade da apresentação em *numerus clausus* das condutas selecionadas como atentatórias à dignidade da justiça, como identificado em todo o CPC, devendo ser guardada a relação de tipicidade objetivando a manutenção da segurança jurídica indispensável ao direito fundamental ao devido processo legal.

Portanto, temos que a aplicação da sanção prevista no §8º do art. 334 do CPC somente é cabível nos casos em que a parte se ausentar pessoalmente ou deixar de apresentar preposto com poderes suficientes, de forma injustificada, em audiência de conciliação, deixando as partes de se manifestarem, expressamente,

pelo desinteresse na composição consensual, ou, quando o caso levado ao Judiciário não admitir autocomposição, não se estendendo, tal determinação, à audiência de mediação face sua natureza jurídica, determinação legal, escolha legislativa e interpretação lógico-sistemática dos todos os dispositivos que envolvem o tema.

Data de Submissão: 25/02/2017

Data de Aprovação: 26/07/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente de Edição: Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

BAZOTTO, Luiz Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 5, nº 48, mai. p. s.p. 2003;

BRAGA NETO, Adolfo. **Os advogados, os conflitos e a mediação**. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.) *Mediação: métodos de Resolução de Controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999;

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Teoria e prática da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 09 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm. Acesso em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm#art1. Acesso em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 9.245, de 26 de dezembro de 1995**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9245.htm#art1. Acesso em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4. Acesso em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4. Acesso em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a**, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 09 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015b**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 09 abr 2017;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5206**. Agravante: M B V commercial and export management establiment. Agravado: Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e outros. Ministro Relator: Carlos Mário da Silva Velloso. DJ: 30 abr 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em 09 abr 2017;

CAMBI, Eduardo. **Audiência de conciliação ou de mediação**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JÚNIOR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.) Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015;

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**, disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em 08 abr 2017;

CAPPELLETTE, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002;

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª ed. Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016;

EGGER, Ildemar. **Cultura da paz e mediação: uma experiência com adolescentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008;

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de informações legislativa**, Brasília, ano 48, nº 190, abr/jun 2011;

FARIA, R. E. S. **Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária**. In: *Direito civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva. 1993;

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados**. 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 14 mai 2017;

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016;

REDONDO, B. G. **Conciliação e mediação**. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Temas essenciais do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016;

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey. 2013;

SILVA, A. H. **Arbitragem, mediação e conciliação**. In: *Mediação, arbitragem e conciliação*. Eduardo de Oliveira Leite (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2008;

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Enunciados sobre o Código de Processo Civil/2015**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D3/80/B8/74/089835108C58A735DD4E08A8/enunciados-novo-cpc.pdf>. Acesso em: 22 abr 2017;

VALCANOVER, Fabiano Haselof. O princípio do acesso à justiça após a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 14, nº 1104, 30 jan 2014.

Procedural Fine Inapplicability in Case of Unjustified Absence on Mediation Hearings

Renato Horta
Sérgio Henriques Zandona Freitas

Abstract: The Code of Civil Procedure recognized the multipoint system of conflict resolution, encouraging consensual resolution of disputes and imposing mandatory conciliation or mediation hearings. The unjustified absence of either party to the conciliation hearing shall be deemed to be an offense against the dignity of justice and shall be punished with a 2% penalty on the economic advantage or litigation value. However, in this article it is asked whether the unjustified absence of the mediation would lead to the same penalty. Two hypotheses were investigated, the first one related to the legal impossibility of imposing a penalty due to lack of legislative foreknowledge, and the second one, impossibility of the same sanction due to nature, characteristics and objectives of the mediation. The hypotheses were developed using a hypothetical-deductive method by proceeding to a bibliographical review as well as a legislative analysis. The Code of Civil Procedure was taken as main theoretical framework and the analysis culminates confirming both hypotheses.

Keywords: Mediation; fine non-applicability; dignity of justice.

Os desafios do Paradigma da “cidadania” hídrica na América Latina: conflitos, estado e democracia

JOSE ESTEBAN CASTRO

Investigador Principal. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Argentina. Emeritus Professor, Newcastle University, United Kingdom Email: castrojoseesteban@gmail.com

JOSÉ IRIVALDO ALVES OLIVEIRA SILVA

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Professor da Universidade Federal de Campina Grande
Email: irivaldo.cdsa@gmail.com

LUIS HENRIQUE CUNHA

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UFCG
Email: luishcunha@uol.com.br

Resumo: A politização da água, denunciando as desigualdades de poder envolvidas nas situações de conflito e na gestão das fontes de água e dos serviços baseados no uso da água, emergiu também como resposta aos esforços de “comodificação” da água, ou seja, sua transformação em mercadoria ou *commodity*, através da privatização de empresas distribuidoras e de saneamento, da mercantilização das formas de operação das próprias empresas públicas e de outras políticas neoliberais, buscaram estabelecer, desde a década de 1980, um mercado global desregulado de águas e de serviços de água e esgotamento sanitário. Este artigo busca contribuir com a construção de uma alternativa aos enquadramentos dominantes do debate hídrico no semiárido brasileiro: das secas, do desenvolvimento e da convivência, todos eles vinculados ao “paradigma da oferta”, através da análise da experiência da Waterlat-Gobacit, da transposição do São Francisco e do acesso à água no semiárido através das cisternas, com ampla revisão bibliográfica e coleta de dados através de entrevistas semi-estruturadas. Tratar o tema da água em termos de direitos, cidadania e democracia, força, necessariamente, uma reflexão sobre o papel que o Estado tem desempenhado neste início de Século XXI na América Latina e no semiárido brasileiro. A análise foi feita a partir da experiência de pesquisa e a vivência em campo conjugada às leituras e discussões em fóruns nacionais e internacionais. A América Latina está vivenciando um momento de incertezas no que se refere à água e outros serviços.

palavras-chave: água; cidadania; gestão; estado.



Os desafios do Paradigma da “cidadania” hídrica na América Latina: conflitos, estado e democracia

JOSE ESTEBAN CASTRO

JOSÉ IRIVALDO ALVES OLIVEIRA SILVA

LUIS HENRIQUE CUNHA

1 INTRODUÇÃO

As lutas pela água, travadas na América Latina, nas últimas décadas, produziram um importante deslocamento no debate sobre os recursos hídricos na região. Movimentos sociais organizados em diferentes países, envolvendo desde povos tradicionais residentes em florestas até populações urbanas das grandes metrópoles, forçaram a politização da temática hídrica, deslocando-a dos debates geológicos, hidrológicos, hidráulicos, e mesmo ecológicos, para falar do acesso à água como direito, no contexto da construção das instituições democráticas nos países latino-americanos.

A politização da água, denunciando as desigualdades de poder envolvidas nas situações de conflito e na gestão das fontes de água e dos serviços baseados no uso da água, emergiu também como resposta aos esforços de “comodificação” da água, ou seja, sua transformação em mercadoria ou *commodity*, através da privatização de empresas distribuidoras e de saneamento, da mercantilização das formas de operação das próprias empresas públicas e de outras políticas neoliberais, buscaram estabelecer, desde a década de 1980, um mercado global desregulado de águas e de serviços de água e esgotamento sanitário.

No semiárido brasileiro, porém, em que pese a centralidade da temática hídrica, o debate sobre a água permaneceu refém de um “paradigma da oferta” que continua a dificultar que se avance com

uma abordagem mais política do problema. A força do discurso que definiu a falta de água como a origem das mazelas do semiárido (e que perpassa, com maior ou menor ênfase, as ações de combate à seca ou de “convivência” com o semiárido) tem dificultado a emergência de movimentos sociais com uma forte pauta hídrica e, até mesmo, uma reflexão mais acadêmica sobre as relações entre água, cidadania e democracia, numa área em que o Estado desempenha um papel fundamental na conformação e resolução de conflitos distributivos.

Este artigo busca contribuir com a construção de uma alternativa aos enquadramentos dominantes do debate hídrico no semiárido brasileiro: das secas, do desenvolvimento e da convivência, todos eles vinculados ao “paradigma da oferta”. Esta alternativa, que é a da “cidadania hídrica”, parte das experiências dos conflitos pela água em várias regiões da América Latina e de outros continentes e propõe que a temática hídrica deve ser radicalmente politizada, superando inclusive aquelas tradições do ambientalismo que tornam invisíveis as assimetrias de poder que caracterizam o governo e a gestão da água. Tratar o tema da água em termos de direitos, cidadania e democracia, força, necessariamente, uma reflexão sobre o papel que o Estado tem desempenhado neste início de Século XXI na América Latina e no semiárido brasileiro. Para isso, buscou-se uma ampla revisão bibliográfica, a coleta de dados a partir da experiência da Waterlat-Gobacit¹, rede organizada em torno da questão hídrica no mundo com ampla experiência, e pesquisa de campo em relação à transposição do São Francisco e o programa de cisternas.

A construção da noção de “cidadania hídrica” será feita em três movimentos empíricos: das lutas sociais pela água na América Latina num quadro de políticas neoliberais regressivas socialmente e

1 <http://waterlat.org>

que ameaçam direitos duramente conquistados nas últimas décadas; das disputas em torno da “transposição” do rio São Francisco; e das políticas de abastecimento de água em comunidades rurais do semiárido brasileiro. Cada um destes movimentos coloca desafios próprios à efetivação de uma “cidadania hídrica” na América Latina e no semiárido brasileiro, em especial, num momento em que as instituições democráticas latino-americanas e as políticas de combate às diversas formas de desigualdade social se veem, mais uma vez, ameaçadas em todo o continente.

2 CONFLITOS E LUTAS SOBRE A ÁGUA NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE: NOTAS PARA REFLEXÃO

Na hora de escrever este trabalho, com a experiência desenvolvida na Waterlat-Gobacit, em meados de maio de 2017, a América Latina estava passando por um período histórico caracterizado pela exacerbção das múltiplas contradições, a nível internacional, que têm implicações significativas para a política e a gestão da água na região (CASTRO, 2015, 2016). Neste contexto, deve-se notar as profundas mudanças na orientação política vividas em alguns países da América do Sul, como são exemplos as forças políticas que chegaram ao poder na Argentina e no Brasil. Desde que tomaram posse, os novos governos da Argentina e do Brasil deram sinais claros na direção de um retorno e agressivo aprofundamento da agenda neoliberal, que, no caso do Brasil, incluem a volta e/ou aprofundamento de uma série de políticas regressivas de privatização dos serviços de água e saneamento para o enfraquecimento dos controles já muito flexíveis das atividades extrativas, como a mineração em grande escala, dos grandes projetos de infraestrutura e do agronegócio, um franco processo de flexibilização legislativa dessas áreas. Um processo que já vem ocorrendo como algo mais profundo de uma agenda neoliberal sobre a questão ambiental (ANTUNES, 2012, p. 1-2; SOUSA *et al*, 2017, p. 407)

Observando outros países na região, a virada que levou ao processo de paz na Colômbia, em 2016, onde, sob a liderança do presidente Juan Manuel Santos, com a mediação de Cuba e o apoio do Papa Francisco, a abordagem militarista suportada e substituída pelos Estados Unidos, com um processo de negociação complexo garantido pelas Nações Unidas, pode, paradoxalmente, abrir as portas para uma expansão acelerada do extrativismo naquele país, em que os conflitos sócio-ambientais, incluindo conflitos sobre a água, têm sido um dos mais sérios desafios enfrentados pelo processo de democratização. Além disso, o aprofundamento da crise política na Venezuela ameaça abrir o caminho para um retorno das políticas neoliberais no país, enquanto no Chile, um país onde a política e a gestão da água têm atingido a expressão mais extrema do ideal em todo o mundo neoliberal, com a propriedade privada das fontes de água próprias, a possibilidade de aprofundar o modelo neoliberal é uma realidade. A perspectiva não é muito diferente na América Central e no México, onde as políticas neoliberais, nomeadamente neste último país, estão em um processo de expansão e consolidação.

Por um lado, esta breve revisão das tendências registradas na região é suficiente para gerar preocupação em relação ao futuro imediato do processo de democratização, para além dos limites da democracia formal, eleitoral, mas sim, em termos de democratização substantiva, incluindo a expansão e exercício efetivo dos direitos humanos, o direito à água e aos serviços essenciais para uma vida digna. Sem dúvida, as políticas liberais são caracterizadas por cortes e redução dos direitos, incluindo a negação desses direitos que transcendem a esfera do liberalismo individualista (HELLER *et al*, 2013, p. 630).

De fato, em sua forma mais extrema, esta dominante tradição política na América Latina não reconhece os direitos sociais,

incluindo o direito à saúde pública e serviços essenciais, como água e saneamento, como defende o princípio de que tais serviços devem ser considerados produtos, cuja organização, distribuição e acesso deve ser regida pela dinâmica do mercado, e não por critérios de redistribuição da riqueza social através de políticas públicas. Ou seja, no contexto de um aprofundamento das políticas neoliberais, espera-se um aprofundamento da desigualdade e injustiça socio-ecológica, além da desigualdade e injustiça em relação à água.

Por outro lado, as lições aprendidas a partir do início do século XXI também indicam que a mera substituição de governos neoliberais por outros que defendem nominalmente políticas de corte mais progressista, não garante necessariamente o progresso no processo de democratização substantiva, como fundamentos da ordem social dominante, ancorado na produção e reprodução da desigualdade e da injustiça, não foram seriamente desafiadas por esses governos progressistas (CASTRO, 2016, p. 250).

Na verdade, em muitos aspectos, apesar dos progressos significativos realizados em vários níveis, temos visto um aprofundamento da desigualdade e injustiça socioambiental, enquanto os fracos, se não totalmente ausentes, questionamentos da ordem social dominante por estes governos progressistas deixaram abertas as portas para o retorno de um neoliberalismo agressivo que agora ameaça apagar os progressos realizados no gozo dos direitos humanos e cidadãos durante o período mais recente.

2.1 Continuidades e rupturas: os bens públicos “em xeque” e projetos em “choque”

Ao longo das duas últimas décadas, os processos políticos na América Latina e no Caribe foram marcados por um confronto entre projetos políticos rivais de caráter progressivo-reformista e neoconservador-neoliberal. Em um nível, este foi apresentado

como um confronto entre blocos de países, sendo o exemplo mais claro o surgimento da Aliança do Pacífico em 2011 como uma proposta neoliberal que confronta o projeto político da Aliança Bolivariana para os Povos de nossa América (ALBA) e as tendências progressistas-reformistas que surgiram no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) desde o início do novo século. Como um representante da Corporação Andina de Fomento (CAF), uma instituição que não esconde o seu apoio ao projeto que representa a Aliança do Pacífico, ao apresentar os resultados de um estudo de países de língua espanhola da América do Sul:

existem na área de estudo duas visões diferentes do papel do Estado na definição de políticas públicas e gestão de serviços. Por um lado, os países da Aliança do Pacífico, que consistem em Colômbia, Chile e Peru (além de México na América do Norte), e procuram alcançar a liberalização da economia, a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais. [...] O segundo bloco é incluído na Aliança Bolivariana (ALBA), onde 15 países são agrupados. Na região de estudo, Venezuela, Equador, Bolívia e Argentina. Este grupo centra-se na luta contra a pobreza e a exclusão social, opondo-se à reforma do Estado que visa a desregulamentação e a privatização dos serviços públicos. Em vez disso, tem o objetivo de fortalecer o Estado e promover a participação dos cidadãos nos assuntos públicos. A intervenção do Estado para reduzir as disparidades também é proposto. [...] O foco nos países da ALBA visa aumentar a capacidade do Estado para conceber e implementar políticas [...]. Por outro lado, os países da Aliança do Pacífico propõem um papel subsidiário do Estado, cujo instrumento é a regulação do mercado (CAF, 2015, p. 6-7).

Neste trabalho, o CAF atua sobre abordagens para ambos os países dos grupos que procuram estabelecer um claro contraste entre os dois blocos. No entanto, embora o relatório esclareça alguns aspectos-chave dos projetos políticos que inspiram as duas alianças de esquerda, há outros aspectos não tratados que são críticos para análise. Em particular, é importante enfatizar o papel das forças e condições sistêmicas que atravessam e, em grande parte, determinam aspectos significativos dos processos regionais, independentemente

da retórica dos projetos políticos. Além disso, deve-se considerar a influência de confrontos entre projetos políticos dentro dos países e blocos.

Além desses confrontos, os processos regionais estão estruturados em torno da expansão e aprofundamento das relações de produção capitalistas. Isso faz com que até mesmo projetos de integração que levam uma retórica anti-capitalista mais radical, como a ALBA, não podem escapar da influência decisiva de derivadas condições sistêmicas do carácter dominante do processo capitalista a nível global e regional. Isto não significa ignorar as diferenças entre projetos como a ALBA, o período de reforma progressiva MERCOSUL ou a Aliança do Pacífico, mas enfatizar que, apesar dessas diferenças, todas essas experiências são revigoradas, em diferentes formas e tamanhos, e com diferentes consequências, por avançar e consolidar formas capitalistas de organização social. Isso explica porque, apesar dos progressos significativos realizados na região pelos governos progressistas das últimas duas décadas, por exemplo, na Argentina, Bolívia, Brasil, Equador, Uruguai e Venezuela, provavelmente, para mencionar os casos mais notórios, conflitos sócio-ecológicos, incluindo conflitos sobre a água, não só não diminuíram, mas foram ainda aprofundados e alargados, levando, muitas vezes, a um confronto entre governos progressistas e suas próprias bases e aliados eleitorais, como aconteceu nomeadamente nos casos de Bolívia, Brasil e Equador (MARTINEZ-ALIER, 2017, p. 288).

De qualquer forma, apesar dos problemas que afetaram e continuam a afetar as nossas sociedades regidas por atores políticos progressistas, com base na evidência acumulada, podemos postular que os governos de direita, de tendência neo-liberal, que estão retornando com força na região, tendem a implementar políticas públicas regressivas na dimensão sócio-ecológica. A importância

de enfatizar esta questão torna-se clara quando analisamos o processo do ponto de vista ecológico-político, que envolve dar prioridade analítica para os processos de produção e reprodução das desigualdades socio-ecológicos estruturais, com os consequentes conflitos e lutas sociais e seus impactos de longo prazo sobre o processo de democratização substantiva das nossas sociedades. Entre outras medidas concretas podemos identificar (ou esperar) as políticas que estes governos neoliberais estão implementando ou que procuram implementar:

- a) a depreciação do comum e do público, como uma ideia, como uma cultura e prática, o desmantelamento de comunidades e instituições públicas e sua substituição por estruturas legais e institucionais centradas no culto de privatismo e individualismo, como uma ideia, como cultura e prática;
- b) o corte e, se possível, o cancelamento dos direitos dos cidadãos (como os direitos sociais), de direitos humanos e outros princípios semelhantes e mecanismos institucionais introduzidos historicamente para garantir uma proteção mínima para as frações marginalizadas da sociedade e excluídas do exercício do poder e o gozo dos padrões mínimos de vida civilizada;
- c) o apoio forte, possivelmente, sem restrições, para fazer avançar o processo de mercantilização e privatização dos bens e serviços, transformando bens públicos comuns em bens privados que podem ser regulados e distribuídos de acordo com critérios e mecanismos mercantis possivelmente livres de regulação ou auto-regulação;
- d) a promoção agressiva de extrativismo em todas as suas formas;
- e) redução, ou mesmo eliminação de regulamentos destinados a proteger o meio ambiente e mitigar o impacto dos problemas ambientais sobre os seres vivos;

- f) a afirmação de processos de naturalização das mudanças climáticas e seus impactos, rejeitando a responsabilidade humana na sua geração e, conseqüentemente, a necessidade de políticas públicas de mitigação, compensação e/ou controle.

Certamente as evidências para apoiar a plausibilidade dessas medidas são abundantes e, de fato, muitas delas já podem ser claramente identificadas nas práticas dos governos neoliberais na região, isso detectado nas discussões no âmbito da Waterlat-Gobacit. Na Argentina, o governo do presidente Macri e seus aliados têm mostrado sinais claros para tentar rever e até mesmo reverter a política de direitos humanos do país, enquanto no Brasil o governo do presidente Temer tem atacado os direitos das comunidades indígenas e de outros setores vulneráveis, além de enfraquecer as instituições dedicadas à proteção ambiental, com cortes orçamentários consideráveis, conforme farta indicação na mídia nacional e internacional.

No geral, este é um padrão reconhecível no continente americano, um padrão que, em algumas regiões, tem características extremas, porque inclui perseguição e eliminação sistemática de atores sociais comprometidos com a defesa dos direitos fundamentais e proteção das comunidades e seus recursos, aprofundando conflitos e lutas sócio-ecológicas para a defesa dos direitos em relação à água e serviços essenciais para a vida que devem ser analisados em relação a este quadro em que processos políticos mudam rapidamente na região.

3 CONFLITOS DISTRIBUTIVOS E VIOLAÇÃO DE DIREITOS EM TORNO DA “TRANSPOSIÇÃO” DO SÃO FRANCISCO: CONTRADIÇÕES NA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA HÍDRICA

A partir dessa seção apresentaremos casos mais específicos que impactam diretamente na construção de uma política hídrica que

propicie a concretização da cidadania. O primeiro caso, é o Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF), empreendimento do Governo Federal, de responsabilidade do Ministério da Integração Nacional (MI), é entendido como uma iniciativa de infraestrutura hídrica. Neste, dois sistemas independentes denominados EIXO NORTE e EIXO LESTE, captarão água no rio São Francisco para rios temporários e açudes do semiárido. Ainda, o PISF está vinculado a outros empreendimentos, tendo sido ele planejado de forma a complementar uma série de iniciativas já realizadas e outras ainda em análise, sendo eles grandes açudes e outros programas federais e estaduais (BRASIL, 2004). Ao integrar-se a diversas iniciativas regionais fundadas na convivência com o semiárido, o PISF incorpora esse pressuposto de atuação à medida que o contrário poderia trazer problemas a essa atuação integrada.

Os objetivos básicos do Projeto são descritos como sendo: aumentar a oferta de água, com garantia de atendimento ao semiárido; fornecer água de forma complementar para açudes existentes na região, viabilizando melhor a gestão da água e reduzindo as diferenças regionais causadas pela oferta desigual da água entre bacias e populações. A distribuição da água do São Francisco será controlada de forma a respeitar as necessidades das regiões receptoras, assim como as condições ambientais, sociais e econômicas da Bacia do São Francisco (BRASIL, 2004).

O Projeto deve contribuir para o desenvolvimento dando segurança hídrica às populações e setores produtivos que, utilizando-se da água provida, poderão gerar empregos, renda e, conseqüentemente, melhoria da qualidade de vida. Assim, é essa segurança prometida, em função dos seus efeitos, que ganha no PISF a função de fator de desenvolvimento. Dentre as conseqüências previstas está uma elevação na qualidade de vida da população,

com melhoria dos sistemas de saneamento básico e crescimento de atividades produtivas (SILVA, 2016, p. 155).

Os objetivos da transposição são mais técnicos, pretendendo uma gestão racional e eficaz dos recursos. Suas contribuições sociais e econômicas descritas no Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) não constituem um fim próprio do projeto, mas sim, são consequências previstas. No entanto, efeitos positivos e metas sociais previstas para o programa, não são, no projeto, devidamente calculadas e especificadas com clareza através de dados concretos. Tem-se, então, previsões. Porém alguns efeitos já são sentidos, como abaixo discorreremos.

3.1 Contradições e conflitos sobre o PISF e o distanciamento de uma “cidadania hídrica”

Desde sua elaboração, o projeto divide opiniões, a começar com uma polarização entre os estados doadores e receptores da água. Castro (2011, p. 42) explica que a existência de tal conflito entre os estados já era esperado, haja vista a preocupação dos doadores com os impactos sobre o rio, o que poderia influenciar no desenvolvimento futuro destes, e ainda reclamavam a falta de recursos para implementarem seus próprios projetos de infraestrutura hídrica e saneamento básico. O que ocorre de fato, segundo o autor, é uma disputa por recursos transferidos do governo federal. Vale observar que foi no decorrer do embate político, em torno do projeto que surgiu uma proposta alternativa à transposição, qual seja, a revitalização do São Francisco. Esta ação passou a ser defendida praticamente como uma espécie de compensação para os estados doadores pela realização do Projeto de Transposição.

Existem críticas sobre a disparidade quanto aos recursos destinados à revitalização em face daqueles destinados à transposição e que, possivelmente, não são suficientes para se recuperar a bacia do

rio São Francisco. Alguns críticos do projeto não consideram a revitalização uma compensação justa para os estados doadores. Estes entendem que ela é uma imposição da realidade socioambiental da bacia. A obra foi bem aceita entre os representantes da sociedade civil dos governos do Ceará, Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Norte, havendo amplo apoio político ao projeto. A oposição agrupa especialmente organizações não governamentais (ONGs), representantes da sociedade civil, intelectuais, segmentos da igreja, artistas, senadores, deputados federais e representantes dos governos de Alagoas, da Bahia, de Minas Gerais e de Sergipe (CASTRO, 2011, p. 42).

Sarmiento (2006, p. 19) descreve que o pensamento político contrário ao projeto parte especialmente de três argumentos: a) o atendimento das demandas do Nordeste setentrional prejudicaria o atendimento na própria bacia; b) a água disponível no Nordeste setentrional é o suficiente para atender a suas demandas; e c) existiriam alternativas mais baratas para atendê-las.

Alves e Nascimento (2009, p. 40) apresentam alguns argumentos vindos dos opositores ao projeto. O principal seria aquele que alerta para o colapso do rio, e que os interesses em torno da transposição pretendem o favorecimento do setor de produção agrícola, não priorizando, de fato, o abastecimento humano. Argumentam, ainda, a existência de alternativas mais simples para os problemas hídricos e que podem beneficiar um contingente maior de pessoas. Os favoráveis, de outro lado, preveem especialmente um maior desenvolvimento socioeconômico do semiárido com a transposição e alegam que a disponibilidade hídrica do rio São Francisco não será desestabilizada pelo empreendimento.

Sobre essas divergências em torno do PISF, Bursztyn e Bursztyn (2012, p. 185) explicam que as políticas e ações ambientais a nível de governo são influenciadas por diferentes interesses políticos em jogo. Numa mesma esfera local, podem haver grupos que divergem quanto

às ações de políticas ambientais, com interesses e repercussões diferentes entre a população. Um estudo sobre a literatura que trata do projeto observou as seguintes práticas, críticas, contradições e consequências negativas do mesmo, Kosminsky e Zuffo (2009, p. 171) mapearam e desenvolveram as seguintes críticas ao projeto, que impactam diretamente na construção da “cidadania hídrica” a partir do acesso à água:

- sobre a forma e a equidade da distribuição das águas, o que ficará sob responsabilidade dos estados que, segundo eles, em sua maioria, sem recursos para implementá-la;
- críticas e dúvidas até mesmo sobre a conclusão da obra conforme o plano original, e também aos seus programas ambientais;
- no plano político, acusam a existência de *lobbies* das empresas de consultoria ambiental, das construtoras e empreiteiras e da classe política, que muito teriam ganhado e a ganhar com a obra;
- crítica sobre o governo federal e o relatório do RIMA do projeto de transposição por se omitirem de reconhecer a existência da chamada “indústria das secas”, tal como em propor medidas de combate sobre a mesma.
- em termos sociais e econômicos, existem críticas de que: a transferência das águas da bacia deveria ocorrer somente com o atendimento às várias e grandes carências de seus ribeirinhos, em especial, quando se trata de saneamento básico e irrigação; análises consideram que a obra beneficiaria, em especial, isto é, em tom privilegiado, abastados latifundiários da região na produção de frutas para exportação; a irrigação na própria bacia do São Francisco já tem se prestado à produção para exportação, exigindo padrões de qualidade que excluem a participação de pequenos proprietários e ribeirinhos.

Importante destacar que o Eixo Leste, que atravessa os estados de Pernambuco e Paraíba, já está funcionando e ensejando críticas sobre a manutenção da obra em operação, uma vez que já houve rompimento de barragem, rompimento dos canais, e vários trechos opa necessitam de reparos, sem falar das bombas que já precisaram de reparo, como pudemos verificar *in loco*. Lima (2013, p. 62) observa que alguns impactos ambientais e socioambientais da obra serão: o aumento do processo erosivo, desmatamento, destruição de parte da biodiversidade da região semiárida do Nordeste, entre outros; a diminuição de produção energética; a inviabilização de atividades de pequenos agricultores; a expulsão de comunidades indígenas e quilombolas de seus territórios; diminuição da atividade pesqueira do rio São Francisco. Segundo ele, algumas consequências sobre o solo podem comprometer, até mesmo, metas do projeto. A obra está sujeita a problemas que podem comprometer sua sustentabilidade e objetivos. Existe, ainda, uma resistência de diversos setores da sociedade civil sobre a obra, dentre os quais comunidades indígenas, comunidades quilombolas, pescadores artesanais do rio São Francisco, pequenos agricultores de várzea do rio São Francisco, igrejas, entre outros setores.

Uma ampla pesquisa empreendida por Henkes (2014, p. 527) sobre o projeto concluiu que a obra não irá pôr fim à escassez hídrica no semiárido, mas aumentará a disponibilidade, o que potencializará um problema, a democratização do acesso; os problemas poderiam ser resolvidos com soluções alternativas de menor impacto ambiental e menor custo financeiro e social.

A execução da obra já causou danos e impactos ambientais e danos sociais de significativa repercussão e gravidade. Também gerou riscos e imbróglis jurídicos, que evidenciam o esvaziamento da função delegada aos comitês de bacia pela Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e isso, por consequência, gera descrédito na gestão hídrica participativa (HENKES, 2014, p. 528).

Oliveira (2007, p. 119) em sua dissertação de mestrado, que tratou do princípio da participação ambiental no processo de transposição do rio São Francisco, aponta que todo o desenvolvimento do licenciamento ambiental do projeto de transposição violou o que determina a democracia participativa de tomada de decisões, por meio de consulta popular, mediante audiências públicas e o consequente respeito às decisões dos comitês de bacia, violando direitos e interesses das comunidades mais fragilizadas nesse processo. O que pode está sendo um prenuncio de que os maiores beneficiários serão as elites agroindústrias, com o cultivo de peixes, camarões e frutas para a exportação, uma vez que o agronegócio será amplamente financiado, com a agricultura de grande porte, explica Oliveira (2007, p. 16).

Castro (2011, p. 15) expõe fragilidades presentes e futuras dessa obra, quais sejam: a comprovação de déficit hídrico na região receptora é válida somente para bacias beneficiadas nos Estados do Ceará e Rio Grande do Norte; os recursos hídricos da bacia são suficientes para atender à demanda da transposição no médio prazo; os impactos ambientais do empreendimento são grandes e podem piorar; os potenciais benefícios do projeto estão superestimados, a população atendida será menor que a afirmada, e a área irrigada idem e a redução dos gastos emergenciais com as secas não será na proporção prevista; a compensação existente para os estados doadores resume-se ao projeto de revitalização do rio. Ab'sáber (2006, p. 13) acusa a existência de um discurso, segundo ele, demagógico, utilizado para justificar o projeto perante a opinião pública, e teceu as seguintes observações sobre o projeto de Transposição:

Há forte ausência de estudos básicos sobre a dinâmica climática macrorregional do setor além-Araripe;

- a bacia do São Francisco é complexa, a proposta de revitalização do vale não considera sua extensão, os diferentes setores climático-hidrológicos e a diversidade de ocupação antrópica em diferentes partes do vale;
- o projeto foi concebido sem considerar a devida complexidade socioambiental da bacia e a diversidade sociocultural dos habitantes em seu entorno;
- a transposição ignora os problemas da própria região de onde sairiam as águas;
- há um volume de águas poluídas do rio que serão misturadas com águas salinizadas de alguns grandes açudes e que impede a utilização imediata para fins potáveis;
- irá prejudicar as águas doces retidas abaixo dos sedimentos arenosos dos leitos de rios dependentes das águas de alta qualidade provenientes de chuvas;
- houve um autoritarismo e ausência de sensibilidade humana por parte dos técnicos e gestores no tratamento das populações locais;
- o projeto possui caráter eleitoreiro e desenvolvimentista e beneficiará amplamente fazendeiros e empreiteiras.

Análise feita por Zellhuber e Siqueira (2007, p. 227) oferece informações importantes sobre o Programa de Revitalização do PISF, que são:

- o programa de revitalização do governo federal é incipiente, não vai às raízes dos problemas e funcionou como “moeda de troca” da transposição. Existe uma estratégia política de instrumentalizar a proposta de revitalização para viabilizar política e socialmente a polêmica transposição;
- há uma falta de precisão conceitual para a elaboração de um programa consistente e abrangente;

- o objetivo de medidas de revitalização não é remediar os sintomas de um sistema degradado, mas o combate das causas desta degradação. A análise das causas de degradação é incipiente;
- um diagnóstico sólido e suficiente da Bacia não está sendo tratado com a devida prioridade pelos órgãos responsáveis;
- com a concepção e distribuição de investimento que possui, o programa fica refém de uma visão sanitaria de revitalização, sendo que este foco desconsidera as outras causas de degradação;
- o desassoreamento e contenção de erosão das margens são ações curativas que não atingem as causas da erosão relacionadas ao desmatamento descontrolado;
- as atividades de reprodução de mudas e de reflorestamento não são capazes de conter as pressões sobre as matas nativas da bacia;
- as principais causas de degradação do rio estão ligadas a problemas estruturais do uso do solo, das águas e dos demais recursos naturais da Bacia. No entanto, o programa ignora, em alguma medida, as causas ligadas à produção agrícola de exportação e à mineração. As ações desenvolvidas não alteram ou não influenciam no modelo de uso da terra e na situação fundiária, grande causa da degradação da bacia;
- o complexo sistema de instâncias colegiadas formais em vários níveis, com o envolvimento da sociedade civil organizada, mostra-se dominado pelos interesses do governo;
- as tomadas de decisões sobre as ações de revitalização são mais de teor político do que técnico tornando-se em “balcão de negócios”;
- as comunidades tradicionais de pescadores, quilombolas, índios, fundos de pasto e os ribeirinhos são amplamente negligenciadas pelo programa.

Muitas análises e críticas endereçadas ao PISF convergem entre os autores, dentre as quais: distribuição desigual dos benefícios e problemas decorrentes das obras entre a população, indiferença no tratamento das comunidades tradicionais e pequenos produtores, danos e riscos ambientais, problemas no licenciamento ambiental, falta de democracia nos processos decisórios e de participação, falta de estudos consistentes por parte dos órgãos do governo e omissão na estrutura do projeto quanto a vários aspectos da região, desde aqueles ambientais, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Tais observações sobre o PISF também demonstram violação de elementos fundamentais da boa governança, inclusive ambiental. Esta segunda é definida por Bursztyn e Bursztyn (2012, p. 166) como um conjunto de práticas envolvendo instituições e atores voltados à conservação da qualidade do ambiente natural em consonância com os princípios da sustentabilidade, envolvendo regras e esferas políticas mais amplas do que as estruturas de governo. Em face dos resultados obtidos com a análise dos dados e a literatura consultada, podemos citar os seguintes elementos de governança que foram “esquecidos” na transposição, conforme definição de Bursztyn e Bursztyn (2012, p. 162): descentralização, decisões *bottom-up*, participação/empoderamento dos *stakeholders*, *accountability*, equidade e inclusão, transparência e segurança.

No âmbito dos atributos específicos da governança ambiental foram desrespeitados os elementos do interesse público que estão associados ao caráter coletivo dos bens públicos e têm relação com o conceito de democracia; a justiça ambiental, com relação aos direitos das comunidades ameaçadas por mudanças ambientais em seus modos de vida e habitats; e os direitos das futuras gerações, haja vista que, em face do déficit de precisão das informações prestadas pelos órgãos governamentais, não se sabe ao certo os efeitos das obras. Ainda podemos citar quatro princípios-chave das políticas

ambientais que não ocorrem de forma plena no PISF: o poluidor-pagador, a prevenção, a precaução e a participação (BURSZTYN e BURSZTYN, 2012, p. 106). No primeiro, ocorre porque as medidas compensatórias propostas para os impactos ambientais mapeados pelo RIMA, em alguns dos casos, não são uma iniciativa a altura dessas consequências negativas, não podendo reverter o quadro de degradação socioambiental ou mesmo estabilizá-lo; no segundo e terceiro, alguns danos ambientais apontados na literatura não foram previstos pelo projeto ou, simplesmente, foram ignorados, logo, tais problemas não foram prevenidos; no quarto, a obra não se deu com amplo debate na sociedade, ignorando posicionamentos contrários e laudos de investigadores, além de que, instâncias decisórias de participação civil estavam submetidas à posição superior do Estado, como apontam Zellhuber e Siqueira (2007, p. 27), segundo os quais, essas instâncias mostraram-se dominadas pelos interesses do governo. Dessa forma, é certo afirmar que o Estado apresenta um discurso fundado no desenvolvimento sustentável para justificar e legitimar a obra, porém, não cumpre com os requisitos básicos desse princípio.

Segundo Castro (2007, p. 98), as políticas comumente implementadas sobre a gestão de bacias hidrográficas e os serviços de abastecimento e saneamento costumam ser, em grande medida, baseadas em uma combinação que envolve eficiência mercadológica e tecnológica que não incorporam os elementos necessários para uma governança democrática e exercício efetivo da cidadania, o que inviabilizaria o estabelecimento de uma “cidadania hídrica” através da universalização da água, por exemplo. Os arranjos predominantes na governança com frequência impedem as pessoas de exercerem seu papel de cidadãos e usuários da água, ignorando seus direitos sociais aos serviços públicos e reduzindo a participação das pessoas a uma simples condição de consumidor.

Trata-se aqui, de um modelo de gestão centralizador, sobre o qual Bordalo (2008, p. 119) diz que a tomada de decisões pode comprometer e até inviabilizar a consolidação da gestão de recursos naturais. Para muitas populações, em especial, aquelas “tradicionais”, a água possui um significativo valor simbólico, espiritual, cultural, alimentar e de saúde pública. A ela é atribuído um conjunto de valores relacionados às diversas dimensões da vida e cultura humana e, por isso, influencia significativamente nas ações e conhecimentos desses grupos. Esses valores simbólicos atribuídos à água partem de determinadas representações sobre os mesmos que integram a cultura e, portanto, a forma como se organizam e se relacionam (BORDALO, 2008, p. 123; DIEGUES, 2005, p. 2).

A implementação do PISF pelo Estado, no entanto, em grande medida, ignora os laços simbólicos e materiais estabelecidos entre as comunidades no entorno da bacia, a qual é utilizada como fonte vital de sua reprodução social. O direito humano à água, como afirma Leff (2010, p. 120), é essencial à garantia da vida humana digna, mesmo porque é uma condição para a realização de outros direitos.

O PISF é uma expressão do processo moderno de apropriação social da natureza. Ele, em função de seu modelo e natureza, representa um projeto de controle racional sobre um elemento da natureza, que é a água, instrumentalizando-a. Leff (2010, p.121) descreve que o fluxo natural da água foi interrompido pela ciência e a tecnologia. Grandes barragens têm prendido a água em suas usinas hidrelétricas. A água do lago foi canalizada para percorrer grandes distâncias até os centros urbanos e industriais. Rios estão sendo pavimentados. Trata-se de uma intervenção econômica e tecnológica no sistema ecológico. Tal intervenção sobre os fluxos naturais de água levanta novas complexidades em sua abundância e escassez, na sua distribuição ecológica e geográfica e, também, na distribuição econômica de serviços e benefícios sociais (LEFF, 2010, p. 120). A

água e suas diversas relações com o funcionamento do ecossistema da terra e seus territórios de vida tem sido desviada do seu curso natural e submetida a um código que já não tenta dar significado a ela, mas funcionalizá-la, apropriando-se e gerenciando-a dentro do sistema econômico (LEFF, 2008, p. 48).

3.2 Os “invisíveis” da transposição sem acesso à água

O RIMA do megaprojeto identificou 44 impactos, sendo 23 considerados como de maior relevância. Desses impactos, 12 são positivos e 32 negativos (BRASIL, 2004). A avaliação dos impactos negativos, aliada a outras necessidades, levou à elaboração de Programas Socioambientais. O sítio do Ministério da Integração (MI) na internet lista um total de 38 programas. Um destes é o de Reassentamento de Populações, que foi analisado nessa pesquisa. Três incursões de campo foram feitas em Vilas Produtivas Rurais – VPR, ligadas ao programa, nas cidades de São José de Piranhas e Monteiro, na Paraíba, e Sertania, em Pernambuco. Ainda segundo o sítio do MI, atualmente existem 382 famílias alocadas em 11 vilas distribuídas entre os estados da Paraíba, Ceará e Pernambuco. Diante do que foi observado, já podemos verificar o resultado já esperados de obras que buscam fornecer, na verdade, água para os médios e grandes centros urbanos, vejamos abaixo:

- (a) A postura do Estado frente ao processo de deslocamento das populações demonstrou um caráter autoritário, desalojando-as de forma danosa em termos financeiros e mediante a ausência de informações precisas sobre o processo em curso e seus desdobramentos para a vida dos afetados. A falta de informações e a insatisfação são fatores no seio das famílias reassentadas, ficando uma sensação de lesão a direitos muito forte;
- (b) No caso do desalojamento, o desenvolvimento que representaria a obra mostrou-se de uma inclusão

marginalizada, em contraposição à ideia de desenvolvimento incluyente (SACHS, 2008). Isto porque o processo não se deu com o devido respeito, preparo e amparo aos atingidos, mostrando-se até mesmo despreocupado com essas questões vitais a uma inclusão sadia dos beneficiários nas Vilas Produtivas Rurais. Isso remete a uma distribuição do passivo de grandes obras já frequentes na América Latina;

- (c) Dentre as atribuições do Estado no processo de autêntico desenvolvimento, algumas são promover parcerias entre os atores que resultem em acordos e planejamento estratégico e gerenciamento cotidiano da economia e sociedade com vistas a um equilíbrio entre diferentes sustentabilidades (SACHS, 2008, p. 71). A performance do Estado nas vilas fere esses princípios, pois: os relatos sugerem uma relação vertical entre o governo e os moradores; não se observa nas vilas um conjunto de ações constantes que mobilizem os beneficiários em atividades produtivas, ao contrário, vê-se o ócio e o pouco contato com os representantes do governo, que nada promovem além de cursos sem muitas implicações práticas, em se tratando de organização e atividades produtivas – algumas pessoas até relataram descaso sobre os habitantes;
- (d) Percebe-se, entre os beneficiários, uma ampla vontade e disposição para a atividade produtiva. Estes, porém, não dispõem dos meios materiais prometidos pelo governo para tal tarefa – as falas relatam cursos de capacitação, acompanhamento técnico, irrigação etc. Ao invés de buscar prover os elementos para a produção, o governo oferece uma quantia mensal, sem que a massiva mão-de-obra disponível seja aproveitada para algum fim. Dessa forma, é negado aos beneficiários a capacidade de trabalhar e ampliar sua liberdade, limitando suas capacidades produtivas e criativas

que não são exercidas. Esses aspectos, porém, conforme trata Amartya Sen (2000, p. 112-113), são requisitos básicos para o desenvolvimento pessoal (humano) e o nacional;

- (e) Sendo o desenvolvimento um processo que tem a oferta de emprego decente e o auto-emprego para toda população, dentre os seus principais objetivos, é importante a promoção de ações afirmativas para o melhoramento das condições dos trabalhadores, apoiando formas de atividade empresarial compartilhada. Nesse sentido, é essencial a existência de uma entidade pública que opere como planejador comprometido com os interesses dos pequenos produtores (SACHS, 2008, p. 73). Ao invés da autonomia financeira de que deveriam dispor os beneficiários, eles têm a completa dependência por meio de um valor mensal dado. Ao invés deste auxílio, poderiam contar com um apoio logístico para a produção, dando-lhes uma rentabilidade que não limite o consumo e as oportunidades de aperfeiçoamento e expansão do seu trabalho e os frutos deste. Nas vilas, os moradores não contam com esse suporte, mesmo que o queiram, não havendo do governo o papel de agente planejador comprometido com os interesses dos trabalhadores locais;
- (f) Observamos uma clara falta de iniciativa e vontade política do Estado com relação às vilas, embora a ampla gama dos beneficiários sejam produtores rurais que dispõem dos conhecimentos, habilidades e criatividade necessárias a uma organização produtiva dos locais. Não dispondo das ferramentas para tal, só lhes resta a expressão de uma vontade política interessada no desenvolvimento produtivo do local. Segundo Furtado (2002, p. 36), o desenvolvimento endógeno é condição para essa vontade política que desperte as forças criativas, no caso das vilas, os agricultores;

- (g) Alguns moradores afirmaram receber em cursos prestados pelos representantes do governo alguma instrução sobre práticas de sustentabilidade. Relataram, também, uma significativa dificuldade em compreender o conteúdo destes, tendo alguns declarado explicitamente uma complexidade no conteúdo em face da capacidade de aprendizagem deles. Nesse ponto é importante ressaltar que a maioria dos residentes das vilas possuem baixo nível de escolaridade, havendo ainda um índice elevado de analfabetismo entre os mais velhos. Há, também, grande ausência de informações e, até mesmo, bastante contradição entre as apresentadas, acerca do conteúdo desses cursos. Isto pode apontar uma falta de mediação pedagógica que adapte o conhecimento científico ao conhecimento e cultura dos moradores, principalmente em direção ao desenvolvimento sustentável, que requer uma articulação entre os diferentes saberes, em especial, o científico e o local das comunidades, isto de forma que um contribua para o outro e, por fim, sejam úteis ao desenvolvimento das comunidades (LEFF, 2002, p. 159-165);
- (h) Há uma ampla desmobilização política dos moradores, em se tratando dos processos de organização, decisões e reivindicações. A ação política e iniciativa, ainda tímida, fica restrita especialmente a um pequeno grupo que compõe as associações e a quem é depositada quase toda tarefa de reivindicar, discutir e negociar com os representantes do governo. Esse estranhamento sobre a atividade política coletiva, e, portanto, sobre a vida pública, contrasta com uma dimensão política do desenvolvimento fundada na participação popular sobre as políticas;
- (i) O Estado não desenvolveu espaços para uma efetiva discussão política deliberativa e diálogo frequente entre

ele e os moradores, o que desembocou em vilas cujas características não imprimem as vontades e identidade da população. Como assinala Sachs (2008, p. 73), o planejamento para o desenvolvimento sustentável deve ocorrer com a criação de espaços para o exercício da democracia direta, na forma de fóruns locais de desenvolvimento local que se tornem conselhos consultivos e deliberativos, empoderando as comunidades e dando-lhes as condições para que desempenhem seu papel de agentes criativos na projeção do futuro.

As observações nessas Vilas da transposição é muito semelhante ao que é vivenciado em diversas obras de intervenção como essa, invisibilizando pessoas, atores importantes da comunidade, enfim, os que recebem o prejuízo, os danos, havendo negação de direitos fundamentais, estando em convergência com a crítica realizada pela ecologia política, por exemplo, (MARTINEZ-ALIER, 2007, 2017).

4 PENSANDO UMA “CIDADANIA HÍDRICA”: ESTADO E POLÍTICAS HÍDRICAS NAS COMUNIDADES RURAIS DO SEMIÁRIDO

Um dos principais alvos de crítica às grandes obras hídricas executadas no Nordeste, ao longo do século XX, tem sido a exclusão de moradores das comunidades rurais dos benefícios que poderiam ser gerados por estes projetos. Os grandes açudes, adutoras, estações de tratamento, culminando com a chamada transposição do São Francisco, atendem, principalmente, populações urbanas e empreendimentos econômicos privados, com pequena repercussão entre os segmentos mais pobres da população rural. Entre o final da década de 1990 e o início dos anos 2000, algumas ações consideradas “inovadoras” (DUQUE *et al*, 2004) começam a ganhar projeção como

alternativa para a ampliação do acesso à água entre “camponeses” ou “comunidades difusas” do semiárido. Neste cenário, destacam-se as cisternas de placa (que armazenam água de chuva) e os sistemas de dessalinização via osmose inversa (que permitem o aproveitamento de águas subterrâneas salobras e salinas). Serão a base, nos anos 2000, de dois programas mantidos no âmbito do governo federal, em articulação com a sociedade civil, governos estaduais e municipais, para atender os objetivos da ampliação da oferta de água para as populações rurais, no contexto da “convivência com o semiárido”.

4.1 P1MC e Programa Água Doce

Em 2003, a Articulação do Semiárido (ASA), com base em experiências de algumas entidades que lhe dão sustentação, lança o Programa de Formação e Mobilização Social para a Convivência com o Semiárido: um Milhão de Cisternas Rurais (conhecido pela sigla P1MC), com apoio do governo federal, através do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS)². Em 2004, a então Secretaria de Recursos Hídricos (hoje Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano) do Ministério do Meio Ambiente, em parceria com a Embrapa e a Universidade Federal de Campina Grande e com a participação das secretarias de recursos hídricos estaduais, lança o Programa Água Doce (PAD), voltado para oferta de água via sistemas de dessalinização, com financiamentos da Petrobras, Fundação Banco do Brasil (FBB), BNDES, entre outros. Os dois programas foram incluídos no Plano Brasil sem Miséria, instituído pelo governo federal em junho de 2011 (MDS, 2015).

Estes dois programas, em que pese as diferenças de concepção e modelos de implementação, compartilham muitas características comuns. Num contexto marcado pela intensificação dos processos

2 Renomeado em 2016 para Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário.

de comodificação da água (CASTRO, 2013, p. 4), em que o neoliberalismo se consolida como modelo global de governança, caracterizado pela concorrência como norma universal das condutas (LAVAL E DARDOT, 2016, p. 321), o P1MC e o PAD buscam enfrentar o problema da oferta de água potável em comunidades rurais do semiárido brasileiro através de estratégias “fora do mercado”, apostando na cooperação e na autogestão ou cogestão. Desde a criação destes programas foram construídas cerca de 600 mil cisternas rurais e contratada a recuperação ou implantação de aproximadamente 1.400 sistemas de dessalinização.

Ainda que voltado à oferta às populações rurais de água potável para beber e cozinhar, através do recurso à acumulação de água de chuva em cisternas de placas, o P1MC deveria, também, no âmbito de um “movimento de articulação e de convivência sustentável com o ecossistema do semiárido”, promover o “fortalecimento da sociedade civil” e a “mobilização, envolvimento e capacitação das famílias, com uma proposta de educação processual”. De acordo com a ASA, “cada cisterna tem capacidade para armazenar 16 mil litros de água. Essa água é captada das chuvas, através de calhas instaladas nos telhados. Com a cisterna, cada família fica independente, autônoma e com a liberdade de escolher seus próprios gestores públicos, buscar e conhecer outras técnicas de convivência com o semiárido e com mais saúde e mais tempo para cuidar das crianças, dos estudos e da vida, em geral”³.

As ideias de autonomia, independência e liberdade são importantes neste contexto, pois informam uma visão de mundo que pressupõe que a garantia do direito à água de qualidade pode se realizar fora da esfera de influência do estado, percebida, no geral, como perniciosa. Constrói-se, assim, uma alternativa comunitarista

3 Os trechos entre aspas, bem como as informações sobre o P1MC, foram retirados do site da ASA Brasil (www.asabrasil.org.br).

ao problema do acesso à água, que é um dos objetos da crítica a ser elaborada no quadro do paradigma da “cidadania hídrica”.

É importante perceber como os objetivos práticos da política (água potável para beber e cozinhar, melhoria na saúde e na qualidade de vida, entre outros) acompanham objetivos mais políticos e menos gerais (fortalecimento da sociedade civil, autonomia, liberdade de escolher gestores públicos). Não se articula um discurso consistente de combate às desigualdades de acesso à água. Ao contrário, a alternativa da cisterna propõe um modelo de acesso à água, próprio para as comunidades rurais do semiárido, com déficits de qualidade e quantidade (GOMES E HELLER, 2016, p. 626) quando comparados com indicadores de acesso à água nas cidades do semiárido, por exemplo.

O Programa Água Doce está organizado em torno do uso da tecnologia de dessalinização de águas subterrâneas salobras e salinas via osmose inversa. Dois principais desafios tiveram de ser enfrentados pelo PAD: as críticas ambientais à dessalinização, em virtude do concentrado salino que é produzido no processo (que produz, em média, 50% de água doce e 50% de água ainda mais salobra ou salgada, que era normalmente jogada diretamente no ambiente) e ao fato de que a grande maioria dos sistemas instalados no semiárido brasileiro, desde meados dos anos 1990, encontram-se sem funcionar, colocando, assim, a questão da gestão como problema crucial a ser enfrentado.

Havia, segundo cálculos da coordenação do programa, cerca de dois mil sistemas de dessalinização instalados no semiárido brasileiro no início da década de 2000, a grande maioria deles sem funcionar. O PAD tem realizado esforços, principalmente, no sentido de recuperar alguns desses sistemas, introduzindo uma nova metodologia de gestão e o destino adequado ao concentrado e na elaboração de planos estaduais que orientem as ações dos governos

estaduais na temática, adotando ações regulares de monitoramento e manutenção dos sistemas implantados (MMA, 2012).

Em resumo, podemos indicar que estas duas políticas, ainda que, às vezes, apresentadas como concorrentes e que, em alguns fóruns, tenha havido uma disputa sobre a efetividade e conveniência de apoiar uma ou outra, apresentam muitos pontos em comum. Em termos discursivos, podem ser associadas à ideia de convivência com o semiárido, em oposição ao referencial simbólico de combate à seca. Promovem ações pontuais (ainda que pensadas em termos sistêmicos), em oposição a grandes obras hídricas, num contexto de segurança hídrica e alimentar e de preocupações com a sustentabilidade das ações.

Um dos pontos mais destacados do Programa Água Doce e do P1MC foi o de chamar atenção para um fato fundamental: a escassez de água no semiárido não é igual para todos. Ao destacarem a situação crítica das populações residentes em comunidades rurais difusas da região e, ao empreenderem ações para combater este problema, atualizaram os discursos mais críticos sobre as secas no Nordeste, que, desde muito tempo, ressaltam o impacto diferencial das estiagens prolongadas sobre os mais pobres.

Tanto o P1MC quanto o Programa Água Doce optaram por produzir meios alternativos de acesso à água (cisternas e sistemas de dessalinização), no lugar de priorizar a problematização de como se dá a distribuição da água acumulada nos períodos de chuva. E de efetivar ações que alterem esses padrões de acesso. Esta opção produziu dois importantes efeitos políticos: a) tornou essas políticas praticamente inofensivas, do ponto de vista das classes dominantes, até porque, mesmo no auge de implementação, mobilizaram uma parcela pequena de recursos públicos; e b) impediu que se produzisse um movimento forte de luta pela democratização do acesso à água que reunisse as populações expropriadas nas áreas rurais e urbanas.

É por este motivo que tanto o P1MC quanto o Programa Água Doce não escapam ao “paradigma da escassez”, ou seja, a compreensão que o problema da água no Nordeste é fundamentalmente uma questão de oferta. No quadro do paradigma da escassez incorporam, sem dúvida, elementos importantes da crítica social produzida sobre as secas na região Nordeste. Mas não se apresentam, efetivamente, pelo menos no que toca ao problema do acesso à água, como a irrupção de um novo paradigma. Não conseguiram produzir o passo necessário à superação do foco na oferta de água (no caso, da oferta de água em comunidades rurais difusas) para subordinarem o problema da oferta à questão mais geral da gestão da água, que é basicamente a maneira pela qual se definem padrões de acesso e mecanismos de controle do Estado e da sociedade sobre este acesso.

O que não deixa de ser surpreendente, porque os agentes, tanto da sociedade civil quanto do poder público, que estiveram envolvidos com a implementação do P1MC e do Programa Água Doce precisaram, desde o primeiro momento, lidar com o problema da gestão da água das cisternas e dos sistemas de dessalinização⁴. Definir formas de acesso, maneiras de gerenciamento de recursos hídricos, responsabilidades de monitoramento e manutenção das infraestruturas hídricas eram desafios enfrentados desde o início nestes programas. Desafios que foram abordados primordialmente como questões técnico-burocráticas, e muito raramente como temas propriamente políticos.

Há, ainda, outra implicação da priorização pelo P1MC e pelo Programa Água Doce, de ações para a oferta de água nas comunidades rurais difusas do semiárido brasileiro. Estes programas criam uma perspectiva fundada em um “excepcionalismo dos

4 Informações coletadas na nossa atividade junto ao projeto “Água Doce” do Governo Federal.

pobres”(CUNHA e PAULINO, 2014, p. 53-55). Na problemática do acesso à água, é preciso demandar do estado que institua um padrão homogêneo de cidadania no semiárido nordestino que perceba as alternativas da cisterna e dos sistemas de dessalinização como emergenciais, e não como a solução dos conflitos distributivos relativos à água. Uma perspectiva mais comprometida com os instrumentos da solidariedade civil deverá reforçar conexões entre as demandas dos diversos grupos sociais marginalizados em suas lutas cotidianas por água de qualidade em quantidade socialmente aceitável, tendo como horizonte a denúncia das formas consolidadas de gestão da desigualdade do acesso à água e a construção de um padrão único de cidadania, que evite a produção de formas de acesso à água exclusivas para populações das comunidades rurais difusas do semiárido, que são também as mais pobres.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: “CIDADANIA HÍDRICA” COMO POLITIZAÇÃO DA ÁGUA, DIREITOS E DEMOCRACIA

A superação do paradigma da escassez como forma de enquadramento dominante das políticas hídricas no semiárido nordestino deve enfrentar, de modo mais decisivo, os problemas criados pelas formas consolidadas de gestão da água na região. A oferta de água não resolverá as desigualdades e conflitos se não estiver conectada com um movimento social que efetivamente pense o problema do acesso e dos mecanismos que produzem padrões de distribuição da água que marginalizam milhares de pessoas na região, nas áreas rurais e nas áreas urbanas. E, a partir desta reflexão, pode nascer um verdadeiro movimento pela democratização do acesso à água no semiárido nordestino. É importante pensar que o Nordeste não está descolado de uma realidade global de acesso e distribuição de água, a mesma sendo encarada mais como recurso do que como um direito fundamental, sendo mercantilizada. Portanto,

parece-nos que tanto a transposição, como as cisternas ou os dessalizadores não resolverão a negação ao direito humano à água, o acesso à água, as causas dessa diferenciação continuam existindo, as políticas públicas não estão atacando as causas.

Num paradigma alternativo de “cidadania hídrica”, que se propõe neste artigo, o acesso à água potável ou “de qualidade” e em qualidade suficiente para suprir suas necessidades, é formulado como um direito, historicamente negado a milhares de famílias do semiárido brasileiro. As experiências e situações que foram abordadas ao longo do texto indicam os desafios da governança democrática de políticas públicas, como desdobramento da crítica que foi feita à ação estatal – tanto à direita quanto à esquerda do espectro político – nos anos 1970 e 1980.

Se a crítica ao Estado abre espaço para maior protagonismo da sociedade civil na formulação e implementação de políticas públicas, também favorece processos de desresponsabilização das instâncias estatais na oferta de serviços públicos, sendo o Estado substituído pelo mercado ou pela sociedade civil. Os formuladores do P1MC e do PAD, por exemplo, precisaram lidar com o tema da governança das águas e da gestão cotidiana da água potável nas comunidades atendidas pelos programas. As ações que promoveram, ao longo de mais de uma década, vinculam os temas da inovação, governança e democracia de modo empírico e experiencial, de cuja análise pode-se compreender melhor os desafios da oferta de água em comunidades rurais do interior do Nordeste e também alguns dos conflitos e contradições que emergem destas iniciativas. Estes desafios se referem, principalmente, ao enraizamento, na estrutura do poder público, de instâncias que monitoram a qualidade e quantidade de água, seja nas áreas urbanas ou nas rurais.

O foco sobre os conflitos e contradições referentes ao acesso à água, o intenso debate acerca das formas mais adequadas de gestão

de recursos hídricos e a anunciada crescente escassez de água potável no mundo indicam a urgência de um paradigma com forte viés político para enfrentar a questão da gestão da água no semiárido brasileiro. O acesso à água no interior do Nordeste dificilmente foi pensado nos termos do conflito entre diferentes grupos sociais. Não se fala em conflitos pela água no semiárido, mas em efeitos da seca. Isso não quer dizer que esses conflitos não existiram e não continuem a existir, alguns deles, inclusive, foram potencializados nos últimos anos, como aqueles referentes à destinação da água para uso agrícola ou para abastecimento urbano. Pensar em termos de conflitos é problematizar o efeito das diferenças sociais na conformação de padrões de acesso a recursos naturais para além de situações excepcionais como a ocorrência de estiagens prolongadas.

Apontar esta lacuna é fundamental no esforço para compreender como a noção de convivência com o semiárido pôde se consolidar como paradigma alternativo ao combate à seca. Mais uma vez o tema da água é enquadrado numa visão ecológica ou natural da região. Saem os conflitos como elementos determinantes do padrão de acesso a recursos e assume-se que estes padrões são produzidos pelas características próprias do ecossistema semiárido. Mesmo partindo de uma abordagem crítica, o paradigma da convivência acaba minimizando a centralidade dos conflitos para pensar o problema do acesso à água no mundo contemporâneo. Essa opção faz com que o debate sobre a água no semiárido se distancie dos debates realizados em outros países da América Latina, em que foi possível pensar a água fundamentalmente em termos dos conflitos relativos ao acesso.

O paradigma da convivência, finalmente, foi pensado como um modelo para as áreas rurais do semiárido. O paradigma da cidadania hídrica, que aqui se propõe, tem o potencial de reconectar as demandas das populações rurais num projeto civil para todos os

grupos marginalizados da região, bem como, fortalecer a disputa no âmbito do estado para garantia do direito à água como direito humano fundamental. Essa mobilização é crítica num momento em que muitas das ações que permitiram a melhoria da qualidade de vida das populações do semiárido podem estar ameaçadas, não apenas pela imposição de teto orçamentário, mas também por ações de inspiração neoliberal no campo das políticas hídricas e sociais.

Data de Submissão: 15/05/2017

Data de Aprovação: 14/08/2017

Processo de Avaliação: double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente de Edição: Rafaela Patrícia Inocência

Diagramação: Emmanuel Luna

7 REFERÊNCIAS

AB’SÁBER, A. A transposição de águas do São Francisco: análise crítica. **Revista USP**, São Paulo, n.70, p. 6-13, junho/agosto 2006.

ALVES, J. J. A.; NASCIMENTO, S. S. do. Transposição do rio São Francisco: (des)caminhos para o semi-árido do Nordeste brasileiro. **REA**, n° 99, agosto de 2009, ano IX.

ANTUNES, A. **A despolitização do debate ambiental no capitalismo neoliberal**. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/a-despolitizacao-do-debate-ambiental-no-capitalismo-neoliberal>>. Acesso em 24 de Junho de 2017.

BARACHO, L. M. S. **Feridas da transposição do São Francisco: um olhar sobre comunidades quilombolas do Semiárido Pernambucano**. 2014. 231 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Saúde pública) – Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife.

BORDALO, C. A. L. A gestão dos recursos hídricos a luz da ecologia política: um debate sobre o controle público versus o controle privado da água no Brasil. *Cuadernos de Geografía: Revista Colombiana de Geografía*, n. 17, p. 117-125, 2008.

BRASIL. **Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Relatório de Impacto Ambiental -RIMA**. 2004. Disponível em: <<http://www.mi.gov>>.

br/web/projeto-sao-francisco/documentos-tecnicos>. Acesso em: 27/08/2016.

BURSZTYN, M.; BURSZTYN, M. A. **Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

CAF. Corporación Andina de Fomento (2015). “**Universalización de servicios de Agua Potable y saneamiento**”, Presentación hecha ante el VII Foro Mundial del Agua, Daegu-Gyeongbuk, Korea. Disponible en: <http://www.caf.com/media/2630082/universalizacion-servicios-agua-potable-america-sur-caf.pdf>.

CASTRO, C. N. de. **Transposição do rio São Francisco: análise de oportunidade do projeto**. 1577 Texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2011.

CASTRO, J. E. Water is not (yet) a commodity: commodification and rationalization revisited. **Human Figurations**, v. 2 (01), 2013.

CASTRO, J. E. Intercâmbio ecológico desigual e integração na América Latina e no Caribe, 2016, In: **Ciência e Trópico**, Vol. 40, No 1, pp. 37-60, 2014.

CASTRO, J. E. **O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica**. Brasília: IPEA, 2015.

CASTRO, Jose Esteban. **Água e democracia na América Latina** [Livro Eletrônico]. Campina Grande: EDUEPB, 2016.

CASTRO, J. E.. Water governance in the twentieth-first century. **Ambient soc.**, Campinas, v. 10, n. 2, p. 97-118, Dec. 2007 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2007000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: ago. 2017.

CUNHA, L. H. e PAULINO, J. S. Convivência com o semiárido: um novo paradigma para políticas públicas no Nordeste. In: Neves, Gomes e Leal (orgs.), **Quadros e programas institucionais em políticas públicas**. Campina Grande, PB: EDUEPB, 2014.

DIEGUES, A. C. **Aspectos sócio-culturais e políticos do uso da água**. NUPAUB- USP, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://nupaub.fflch.usp.br/sites/nupaub.fflch.usp.br/files/color/agua.pdf>>. Acesso em: fev. 2016.

DUQUE, G.; SIDERSKY, P. e OLIVEIRA, M. S. L. Fundos rotativos: organização e desenvolvimento local no semi-árido paraibano – Potencial e limites do resgate das tradições de reciprocidade. **Raízes**, v. 23 (01/02): 117-126, 2004.

FURTADO, C. **Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GOMES, U. A. F. e HELLER, L. Acesso à água proporcionado pelo Programa de Formação e Mobilização Social para Convivência com o Semiárido: Um Milhão de Cisternas Rurais: combate à seca ou ruptura da vulnerabilidade? **Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 21 (03): 623-633, 2016.

SARMENTO, F. J. A integração do São Francisco: verdade e mito. **Revista USP**, São Paulo, n.70, p. 14-23, junho/agosto 2006.

KOSMINSKY, L.; ZUFFO, A. C. O Nordeste seco e a transposição do rio São Francisco. **Integração**, vol. 15, n. 57, p. 167-175, abr./mai./jun. 2009.

HENKES, S. L. A política, o direito e o desenvolvimento: um estudo sobre a transposição do rio São Francisco. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 2, p. 497-534, São Paulo, Jul./dez. 2014.

LAVAL, C. e DARDOT, P. **A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo, SP: Editora Boitempo, 2016.

LEFF, H. **Epistemologia ambiental**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEFF, E. **Discursos sustentáveis**. Trad. de Silvana Cabucci Leite. São Paulo: Cortez 2010.

LIMA, T. V. P. C. **Os impactos da transposição do rio São Francisco na sua região de influência**. 2013. 100 f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharel em Geografia) –Universidade de Brasília, Brasília. 2013.

MARTINEZ-ALIER, J. Justiça ambiental e decrescimento econômico: uma aliança entre dois movimentos. In CASTRO, J. E. *et al* (Organizadores). **Tensão entre justiça ambiental e justiça social na América Latina: o caso da gestão da água**. Campina Grande: EDUEPB, 2017.

MARTINEZ-ALIER, J. **Ecologismo dos Pobres: conflitos e linguagens de valoração**. São Paulo: Contexto, 2007.

MDS. **Plano Brasil sem Miséria: caderno de resultados 2011-2014**. Brasília: MDS, 2015.

MMA. **Documento base Programa Água Doce**. Brasília, DF: MMA/SRHAU, 2012.

OLIVEIRA, L. M. **O princípio da participação ambiental no processo de transposição do rio São Francisco**. 2007. 134 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

SACHS, I. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado.** Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SEN, A. K. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, J. I. A. O. **Ressignificação Ambiental e modernização ecológica no Semiárido:** o projeto de integração e revitalização do São Francisco. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 2016.

SOUSA, C. M, CASTRO, J. E., CUNHA, L. H., FERNANDES, M. **Tensão entre justiça ambiental e justiça social na América Latina:** o caso da gestão da água [livro eletrônico]. Campina Grande: EDUEPB, 2017.

ZELLHUBER, A.; SIQUEIRA, R. Rio São Francisco em descaminho: degradação e revitalização. **Cadernos do CEAS**, nº227, p. 7-34, Salvador, Jul./Set. 2007.

The Challenges of Water “Citizenship” Paradigm in Latin America: Conflicts, State And Democracy

Jose Esteban Castro
José Irivaldo Alves Oliveira Silva
Luis Henrique Cunha

Abstract: The politicization of water - denouncing the power inequalities involved in conflict situations and the management of water sources and water-based services - also emerged as a response to efforts to “commodify” water, ie Commodity, through the privatization of distribution and sanitation companies, the commercialization of the forms of operation of the public companies themselves, and other neoliberal policies that, since the 1980s, have sought to establish a global deregulated market for water and sanitation services. Water and sewage. This article seeks to contribute to the construction of an alternative to the dominant frameworks of the water debate in the Brazilian semi-arid region: droughts, development and coexistence, all linked to the “supply paradigm”., through the analysis of Waterlat-Gobacit’s experience, the transposition of the São Francisco and the access to water through the cisterns, with extensive bibliographical review and data collection through semi-structured interviews. Addressing the issue of water in terms of rights, citizenship and democracy necessarily forces a reflection on the role that the State has played in this beginning of the 21st Century in Latin America and the Brazilian semi-arid. The analysis was based on the research experience and the experience in the field combined with the readings and discussions in national and international forums. Latin America is experiencing a time of uncertainty regarding water and other services.

Keywords: Water; Citizenship; Management; State.