

## SUMÁRIO

<b>LA NECESARIA REORDENACIÓN DEL SECTOR DE LOS RESIDUOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS COSTES DE GESTIÓN PARA UNA GOBERNANZA SOSTENIBLE.....</b>	<b>3</b>
Jesús Conde Antequera.....	3
<b>RECURSOS HÍDRICOS, AGROPECUÁRIA E SUSTENTABILIDADE: desafios para uma visão ecológica do planeta .....</b>	<b>22</b>
Hilariane Teixeira Ghilardi.....	22
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza .....	22
<b>ANENCEFALIA: a possibilidade jurídica da gestante escolher em prossegrir ou não a gestação de fetos anencefalico.....</b>	<b>47</b>
Deisy Cristina Reina .....	47
Bruno Smolarek Dias.....	47
<b>CIDADES PARA PESSOAS E O CONFLITO ENTRE A SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO .....</b>	<b>76</b>
Alan Felipe Provin .....	76
Yury Augusto dos Santos Queiroz.....	76
<b>O ESTRANGEIRO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....</b>	<b>94</b>
Karlon Ferreira de Paula.....	94
<b>DIREITO AMBIENTAL E OS MECANISMOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE ECONÔMICA: apontamentos acerca do licenciamento ambiental .....</b>	<b>109</b>
Emerson Rodrigo Araújo Granado.....	109
<b>DIREITO À INFORMAÇÃO NO RÓTULO DE ALIMENTOS TRANSGÊNICOS .....</b>	<b>131</b>
Vanusa Murta Agreli .....	131

<b>O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>160</b>
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni.....	160
Heloise Siqueira Garcia .....	160
<b>LICENCIAS OBLIGATORIAS, LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS Y LA NUEVA TEORÍA DE LA DINÁMICA INCLUSIVA DE DESARROLLO TECNOLÓGICO .....</b>	<b>182</b>
Marta Carolina Giménez Pereira .....	182
<b>O PRINCIPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTAVEL. 209</b>	<b>209</b>
Camila Savaris Cornelius.....	209
Rafaela Schmitt Garcia .....	209
<b>A GLOBALIZAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NOS MECANISMOS DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>234</b>
Luís Francisco Simões Boeira .....	234
<b>UM NECESSÁRIO DEBATE SOBRE A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO PRESSUPOSTO SINE QUA NON DAS DECISÕES SOBRE A SAÚDE PÚBLICA .....</b>	<b>250</b>
Sílvio Dagoberto Orsatto .....	250
<b>DIREITOS HUMANOS: universalismo e relativismo .....</b>	<b>274</b>
Vanessa Zanatta Pena .....	274
Bruno Smolarek Dias.....	274

# **LA NECESARIA REORDENACIÓN DEL SECTOR DE LOS RESIDUOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS COSTES DE GESTIÓN PARA UNA GOBERNANZA SOSTENIBLE**

**Jesús Conde Antequera**

*Universidad de Granada*

## **INTRODUCCIÓN. CONCEPTOS Y DISTINCIONES INICIALES**

No es posible lograr un desarrollo sostenible sin una gestión de los residuos que tenga en cuenta no sólo los costes de su gestión sino las externalidades producidas por éstos.

Tampoco es fácil encontrar, entre los cientos de estudios que existen sobre los residuos, algunos que otorguen al tema de los costes por su gestión la importancia que realmente tienen y las relaciones que existen entre dichos costes y las posibilidades de tal gestión. En España, ha sido la situación de recesión del ciclo económico que recientemente hemos tenido la que ha dado lugar a que normativamente se le otorgue esa importancia al coste de los servicios relacionados con los residuos y que esta cuestión adquiera calado a la hora de definir el régimen jurídico de los residuos y de las competencias y servicios sobre éstos.

Con este estudio pretendemos describir la situación normativa actual y la incidencia de determinadas normas en los costes derivados de la gestión de los residuos para poder plantear seguidamente las principales cuestiones de interés para la gestión local que derivan de esa situación normativa para poder obtener algunas conclusiones que nos permitan valorar consecuencias y perspectivas normativas a medio o largo plazo.

Con esta finalidad, estructuraremos esta ponencia en tres partes. En primer lugar, abordaremos la actual problemática respecto a la configuración de las competencias y los servicios municipales relacionados con la gestión de los residuos derivada de la reciente modificación de la Ley de Bases del Régimen Local por parte de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL, en adelante), haciendo especial referencia a la incidencia de dicha evolución normativa sobre las formas y los costes de la gestión. Posteriormente, analizaremos algunas de las manifestaciones del principio de recuperación de costes en el ámbito de los residuos y las actuales insuficiencias normativas en este sentido. Finalmente, si pretendemos conocer las perspectivas de gobernanza y sostenibilidad en materia de residuos, no podemos obviar la importancia que adquiere el "valor" del residuo en los costes de gestión, al originar dicho valor el surgimiento de mercados vinculados a la valorización de residuos y a otras formas de reincorporación de los recursos en la actividad económica.

Para dicho estudio partiremos de una inicial delimitación conceptual. Así, en primer lugar, hemos de tener en cuenta que, en España, normalmente no se tienen en cuenta las posibilidades de mercado de un residuo que pierda la condición de residuo o adquiera la de materia prima secundaria en la configuración de los costes de servicio, que incluyen únicamente el gasto que conlleva la prestación. Hemos de distinguir, por lo tanto, el coste del servicio de gestión de los residuos, como cuantificación de las operaciones de recogida, transporte, valorización o eliminación, ya sea directamente por parte de la Administración o por concesionarios públicos, del posible valor del residuo. Sin embargo, entendemos que, necesariamente, cada vez existirá una más estrecha relación entre ambas cuestiones. Si el residuo adquiere valor de mercado, ello incidirá tanto en la gestión como en su coste.

En segundo lugar, hemos de distinguir también lo que denominaremos "costes de gestión" de los residuos, que configuran las cuentas públicas en tal concepto, de los "costes sociales" derivados de la gestión del residuo, que no

siempre quedan contabilizados como costes de gestión y generan, por lo tanto, las denominadas externalidades. Así, pensemos que el coste de gestión pública podría ser cero si se permitiera la gestión de los residuos por entidades privadas, pero ello podría suponer quizá un mayor coste social si la gestión no es la adecuada.

Y, en tercer lugar, es preciso distinguir los costes de la gestión de los costes repercutidos al responsable de la generación de dichos residuos. El sistema tradicionalmente empleado en España para la recuperación de los costes por los servicios de residuos encuentra limitaciones normativas derivadas del régimen de las tasas, que no existirían si la recuperación de costes se produjera mediante herramientas de otra naturaleza.

Los modelos actuales de gestión de los residuos están fundamentalmente basados en el coste de la gestión, y escasamente en el coste ambiental que conllevan estos residuos, a pesar de que la reducción del impacto ambiental de los residuos sea la principal razón de la intervención normativa en este ámbito. Dichos modelos se fundamentan en un doble concepto de la responsabilidad: la responsabilidad pública de la gestión y la denominada "responsabilidad ampliada del productor". Se atribuye a la Administración pública la responsabilidad última sobre la gestión de los residuos, independientemente de cuál sea el modo de gestión de éstos; pero se pretende compaginar este papel público con la extensión de responsabilidades a los fabricantes o entidades que ponen en el mercado los productos que posteriormente se convertirán en residuos, de modo que se configuran así normativamente diferentes flujos de gestión para los diferentes residuos. Surgen así los Sistemas Integrados de Gestión (SIG) o los sistemas de depósito, devolución y retorno (SDDR). Y, por otro lado, los modelos de gestión de residuos se estructuran en función de las diversas tipologías de residuos y de las fases de gestión (recogida, transporte, tratamiento/valorización, eliminación), lo que supone que, en la actualidad, sea preciso reconsiderar dichos modelos por la existencia de nuevas fases de

gestión previstas normativamente (por ejemplo, la preparación para la reutilización o el reciclado) o de nuevos conceptos que pretenden ganar terreno al concepto de residuo (residuos que dejan de serlo, materias primas secundarias, subproductos, etc.).

Dos aspectos más tienen incidencia en los modelos de gestión actuales. Por un lado, las consecuencias de la entrada de la participación y colaboración privada en la gestión de determinados flujos de residuos. Frente al tradicional monopolio público, la gestión autorizada a particulares o la posibilidad de asumir operaciones de gestión de determinados residuos simplemente mediante la comunicación previa o declaración responsable, están poniendo en entredicho determinadas imposiciones normativas y formas de la actividad pública de control. Por otro, la generación de un doble sistema de recuperación de costes por prestación de servicios relacionados con los residuos. A la forma tradicional de recuperación (las tasas por la prestación de los servicios públicos), hay que añadir ahora la configuración normativa de un cargo o sobrecoste de los productos que posteriormente se convertirán en residuos, cuando se organicen sistemas integrados de gestión, que se convierten en verdaderos cánones a la producción por el posterior tratamiento requerido por tales productos una vez convertidos en residuos.

## **2. LOS SERVICIOS DE GESTIÓN DE RESIDUOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS COSTES. CUESTIONES DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INTERÉS DERIVADOS DE LA LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**

Uno de los efectos de la crisis económica en nuestro País, entre 2008 y 2012, ha sido la incorporación (o, al menos, reformulación) de dos nuevos principios considerados, a su vez, como objetivos en la política social y económica: los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que conllevan inevitablemente un deber de reducción del gasto público. Una

importante modificación constitucional, que ha supuesto la introducción del nuevo artículo 135 en nuestra Carta Magna, ha dado pie posteriormente a una reforma en cascada de la legislación administrativa, encabezada por diversos Reales Decretos Leyes que ponen de manifiesto la urgencia de una respuesta normativa a la situación, y una normativa de estabilidad presupuestaria y racionalización, entre la que destacamos la Ley Orgánica 2/2012, 27 abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y, en cuanto ahora nos interesa, la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL, en adelante).

Esta Ley, cuyo principal objetivo es el logro de esos nuevos principios en el ámbito local, ha supuesto una importante modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, retocando instituciones locales en este sentido. Así, por ejemplo, la LRSAL conlleva una reordenación competencial que tiene gran repercusión en la prestación de los servicios locales, estableciendo criterios para la adaptación a dichos principios de las formas de prestación de dichos servicios y promoviendo, cuando ello no sea posible, una externalización de la actividad económica.

Aunque en sus redacciones iniciales esta LRSAL pretendía la implementación del denominado criterio del "coste estándar", las diversas presiones contra el proyecto, fundamentalmente de la Federación Española de Municipios y Provincias, la versión definitiva configuró finalmente el criterio del "coste efectivo" como determinante del ámbito competencial y de la prestación del servicio. El coste de la gestión de los servicios públicos locales se convierte ahora en criterio articulador de la relación competencial entre Diputaciones y Ayuntamientos y en criterio de reducción de discrecionalidad administrativa en la elección de la forma de prestación, además de, como decíamos, determinante de la preferencia entre el mantenimiento de determinados servicios públicos o la transfiguración de éstos en actividades económicas de más fácil externalización.

Desde el punto de vista competencial, es preciso recordar la prevalencia de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), sobre las previsiones de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Conforme a la nueva redacción de esta Ley, dada por la LRSAL, la gestión de los residuos sólidos urbanos continúa siendo una competencia propia de los municipios (artículo 25.2.b), si bien quedan muy acotadas las denominadas "competencias impropias" (las competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación), que sólo podrán ejercerse ahora cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.

En concreción de esas competencias propias, y como manifestación de éstas, la Ley considera servicios obligatorios en todos los municipios los servicios de recogida de residuos y Limpieza viaria (26.1.a) LBRL), y establece la obligatoriedad, en municipios de más de 5000 habitantes de los servicios de tratamiento de residuos (26.1.b)). Además, continúa previendo la posibilidad de reserva de los servicios de recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos (artículo 86.2 LBRL).

Pero no sólo se ha de aplicar ese principio de "sostenibilidad" en la implantación del servicio; es decir, no basta la consignación presupuestaria inicial, sino que una correcta implementación del mismo supone garantizar el equilibrio financiero actual y futuro.

En cuanto ahora nos interesa, la principal manifestación de ese principio de sostenibilidad en la prestación de servicios públicos locales es la supeditación de las formas de prestación al que denominábamos el "criterio del coste efectivo". El criterio del coste efectivo actúa, así, como parámetro de reducción de la discrecionalidad administrativa en cuanto a la elección de la forma de prestación de los servicios, implantando pues una Jerarquía en la

opción. Dicha jerarquía de opción tendría una doble perspectiva: por un lado, significa una preferencia de la opción directa sobre las formas de gestión indirecta, en el sentido de que, para que un servicio público local pueda gestionarse indirectamente ha de acreditarse el menor coste de esta fórmula respecto a las formas de gestión directa, la conveniencia de introducir técnicas de gestión privada y adecuadas al mercado y la necesidad de no comprometer un volumen excesivo de recursos públicos; por otro lado, conlleva una preferencia también en las formas de gestión directa, relegando a un papel secundario y subsidiario a la prestación mediante empresas públicas empresariales o sociedades municipales, que sólo procederían cuando quede acreditado mediante memoria justificativa que resultan más sostenibles y eficientes que otras formas de prestación directa, y así lo apruebe el Pleno de la Corporación.

Resulta pues obligatorio, a partir de la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local operada por la LRSAL, determinar el coste efectivo de los servicios que prestan las entidades locales. Para el cálculo se tendrán en cuenta, según dicha Ley, los costes reales directos e indirectos y los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales se publicó en el BOE de 7 de noviembre de 2014 la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre.

En cualquiera de las situaciones enunciadas, cobran pues una importante función los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. Estos informes serán determinantes del informe del interventor local sobre la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas.

Quizá la funcionalidad más determinante del estudio realizado en la Administración local sobre el coste efectivo de los servicios sea la de articular el papel competencial de las Diputaciones (Provincia). Sin duda, uno de los efectos de esta LRSAL es el fortalecimiento del papel de la provincia y la atribución de nuevas competencias a las Diputaciones provinciales.

Junto a las tradicionales competencias provinciales de coordinación servicios municipales, asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica, prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal, o cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación del territorio, a las Diputaciones se les asigna ahora la función de seguimiento de los costes efectivos de los servicios, con un importante efecto: si la Diputación detecta que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los que ella presta o coordina, incluirá en el Plan provincial de cooperación que debe redactar anualmente fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos (36.2 LRSAL).

La otra consecuencia de ello respecto a nuestro ámbito de estudio es la posibilidad de "coordinación" del servicio de Recogida y tratamiento de residuos de los municipios de menos de 20.000 habitantes (art. 26.2 LBRL), facultad que ha sido recientemente delimitada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2016. En estos casos, la Diputación que asuma el servicio repercutirá al municipio el coste efectivo en función del uso y recibirá la tasa. No obstante, según dispone la LRSAL, cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado.

En conclusión, el criterio del coste efectivo tiene las siguientes repercusiones competenciales para la provincia:

Si, en ejercicio de esa nueva competencia propia de las Diputaciones consistente en el seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios, la Diputación detecta que son superiores a los de los servicios prestados por ella, se abre la vía a la colaboración con los municipios.

El Plan provincial anual de cooperación a las obras y servicios debe contemplar obligatoriamente el análisis de los costes efectivos. Si detecta que son superiores, incluirá fórmulas de prestación unificada o supramunicipal.

Como presupuesto de la gestión integrada de servicios. Así, cuando la Diputación acredite que el acuerdo de dos o más municipios para la gestión integrada de todos los servicios municipales que sean coincidentes conlleva un ahorro de al menos el 10% respecto al coste efectivo total en el que incurría cada municipio por separado, el coeficiente de ponderación que resulte de aplicación a cada municipio de acuerdo con el artículo 124.1 TRLHL, se incrementará en 0,04.

Además, en otro orden, la Ley condiciona las subvenciones que corresponde dar o distribuir a la Diputación a análisis de costes efectivos de servicios municipales. Además, tal es el protagonismo que se da a este criterio del coste efectivo que incluso se regulan algunas otras repercusiones de su determinación, como por ejemplo, la posibilidad de "sujetar" las subvenciones estatales o de CCAA a análisis de los costes efectivos [artículo 36.2.a)], o su papel para el cálculo de la participación municipal en los tributos del Estado (artículos 123 y 124 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales).

Dadas las consecuencias de la aplicación de este criterio, cobran pues especial importancia las medidas de transparencia que regula ahora el artículo 116 ter de la LBRL, que resultan imprescindibles ante tal previsión y para que la evaluación del coste de los servicios sea un parámetro de la racionalización.

### **3. EL PRINCIPIO DE RECUPERACIÓN DE COSTES EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE RESIDUOS**

En cualquier sector ambiental, uno de los principios básicos para lograr la sostenibilidad es el de recuperación de costes asociados a los servicios de descontaminación derivados de actividades que suponen un impacto

ambiental.

En el ámbito de la gestión de los residuos, el artículo 11.1 de la Ley 22/2011, de Residuos, ha establecido que los costes relativos a la gestión de los residuos han de correr a cargo del productor inicial de residuos, del poseedor actual o del anterior poseedor, por aplicación del principio "quien contamina paga". Asimismo, en el apartado 3 de dicho artículo se establecen los conceptos que han de incluirse en el cómputo de dichos costes: el coste real de las operaciones de recogida, transporte y tratamiento de los residuos; la vigilancia de estas operaciones; y el mantenimiento posterior al cierre de los vertederos.

El sistema legalmente previsto para la recuperación de tales costes es bicéfalo, en este caso.

Por un lado, las tasas por la prestación de los servicios públicos correspondientes (de recogida, transporte, valorización o eliminación). Estas tasas se regulan, conforme a la legislación tributaria, mediante ordenanzas Fiscales. No obstante, para aquéllas tipologías de residuos cuya gestión puede ser asumida por gestores privados en virtud de autorizaciones u otros títulos habilitantes (inscripciones en registros, comunicaciones previas o declaraciones responsables) la recuperación de los costes se produce con el pago de los precios establecidos por dichos gestores. Así, por ejemplo, según el artículo 11 del Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, el precio que la entidad explotadora cobre por la eliminación de los residuos en el vertedero cubrirá, como mínimo, los costes que ocasionen su establecimiento y explotación, los gastos derivados de las garantías a que se refieren los párrafos c) y d) del artículo 9.1, así como los costes estimados de la clausura y el mantenimiento posterior de la instalación y el emplazamiento durante el plazo que fije la autorización, que en ningún caso será inferior a treinta años.

Por otro lado, para determinados flujos de residuos la legislación especial

sobre residuos ha establecido un sistema de responsabilidad ampliada del productor, conforme al cual los costes relativos a la gestión de los residuos han de correr a cargo del productor del producto que posteriormente se convertirá en residuo. Según el artículo 11.2 de la Ley 11/1997, de envases y residuos de envases, las normas determinan cuándo los distribuidores del producto podrán compartir dichos costes.

Estos sistemas de responsabilidad ampliada del productor pueden ser de dos tipos: el sistema base y común, que operaría por defecto, que es el SDDR (sistemas de depósito, devolución o retorno) y, el sistema que tendría carácter residual y excepcional, pero que es el que se ha generalizado, los Sistemas Integrados de Gestión (SIG).

Cuando nos encontramos ante la gestión de unos residuos por Sistemas Integrados de Gestión, el artículo 32 de la Ley de Residuos establece que "donde se hayan implantado sistemas públicos de gestión, los productores podrán dar cumplimiento a estas obligaciones contribuyendo económicamente a dichos sistemas, de forma proporcional a las cantidades de producto que pongan en el mercado y atendiendo a los costes efectivos de su gestión". En concreto, en relación con los servicios de recuperación de los residuos de envases, el artículo 10.2 de la citada Ley Envases dispone la obligación de los SIG de compensar a las Entidades locales participantes en la gestión (normalmente con la realización de operaciones de recogida) los costes adicionales que una recogida diferenciada del residuo en cuestión haya generado para dicha entidad respecto al coste que ésta hubiera tenido de no producirse indiferenciadamente.

Adentrándonos más concretamente en el caso de las tasas por servicios relacionados con los residuos, se plantea la cuestión de la determinación de su cuantía, de tal modo que sea útil a tal finalidad.

El artículo 20.1.B) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece la posibilidad de imponer dichas tasas por la prestación de servicios públicos,

siempre que dichos servicios no se presten también por el sector privado. El artículo 24.2 de dicho texto establece como límite de estas tasas el "coste real o previsible" del servicio o actividad de que es trate.

La determinación de las cuantías de las tasas corresponde pues a la Administración Local, tras el oportuno estudio económico, y conforme a dichas Ordenanzas fiscales. Y ello se hará, según la Ley, distribuyendo el montante total o previsible del coste del servicio entre los sujetos responsables.

La Ley quiere garantizar así la ecuación "coste total del servicio (globalmente considerado) igual a importe total de las tasas", pero deja a la Administración local la posibilidad, fundamentada en su autonomía, de redistribuir ese coste entre los diversos servicios conforme a los criterios que, conforme a sus intereses particulares y políticas públicas, considere convenientes dentro del marco de la legalidad. Serán pues los informes técnico-económicos los que fundamenten y justifiquen la cuantía (artículo 25 LRHL), de forma genérica, y la forma de distribución del coste entre los contribuyentes.

Al respecto, es interesante recordar una Sentencia del Tribunal Supremo de 30-11-2002 (RJ 2003/363), según la cual *"la cuantía de la tasa viene provocada por el coste del servicio, lo que fundamentalmente significa dos cosas: a) Que el importe total de lo recaudado no debe ser superior al coste total del mantenimiento del servicio prestado o de la actividad desarrollada, pues en el fondo, la tasa se gira para resarcirse la Administración de un gasto, el generado por el servicio que presta; y b) Cada usuario de servicios o de bienes, no está obligado a pagar más tasas que las correspondientes a la parte del coste total que efectivamente provoca y, a él, le es directamente atribuible"*. De lo contrario, la tasa queda desnaturalizada y, literalmente, en la medida en que excediera del coste del servicio, se convertiría en un impuesto.

Conforme a ello, el sistema generalizado en las Ordenanzas Fiscales para la

configuración de la tasa es el definido por dos cuantías: una cuantía o tasa fija y una tarifa variable en función de la categoría de la calle, los metros de vivienda o actividad, el número de habitantes de la vivienda, la tipología de actividad, etc. Pero estos sistemas generalizados no atienden a más finalidad que la de recuperar conjuntamente los costes globales de los servicios. Los titulares de las actividades productoras de residuos pagan una tasa fija que no varía si produce más o menos residuos o si añaden a su labor el esfuerzo de separar los residuos en fracciones, sino exclusivamente de la superficie del inmueble en el que se desarrolla su actividad, de la ubicación de éste o de otros criterios más o menos acordes con la realidad en cuanto a generación de residuos se refiere.

Sin embargo, el objetivo ideal en la configuración de la tasa por los servicios relacionados con los residuos sería el que buscaría una tasa en función de la generación o producción de los residuos y de su naturaleza. Se trataría pues de una tasa marginalmente creciente vinculada a la producción real de cada productor-contribuyente (coste en función de lo producido y del coste de su gestión).

La aplicación de los principios de igualdad y de justicia tributaria, en relación con el principio de equivalencia, supone que el coste del servicio se haya de repartir entre los diferentes contribuyentes, que son tales por su condición de receptores de dicho servicio, en proporción al beneficio o al servicio real que se recibe, puesto que un reparto del coste de dichos servicios de forma lineal o igual en función de parámetros o de criterios diferentes a aquéllos que inciden en la prestación del servicio para quienes ocasionan una necesidad de gasto diferente conllevarían un trato desigual y, por lo tanto, una vulneración de dichos principios de igualdad y de justicia tributaria.

En definitiva, se trata de que el productor o poseedor de los residuos (conceptos legalmente definidos) costeen el servicio prestado de recogida y tratamiento de dichos residuos y que lo hagan en función del impacto ambiental de dichos residuos valorado desde tres parámetros: cantidad de

residuo generado, características o naturaleza del residuo y circunstancias específicas de presentación del residuo que incidan en la prestación de los servicios de recogida y tratamiento.

El artículo 16 de la Ley de residuos habilita legalmente a las entidades locales para fomentar fiscalmente la separación en origen, en lo que parece ser la apertura de la posibilidad de inclusión de costes marginales (externalidades) en la configuración de la cuantía de la tasa. De este modo, planteando una tasa por recogida y tratamiento en función de estos criterios ambientales, las tasas se constituyen en instrumento articulador de los principios "quien contamina paga" y de gestión sostenible de los residuos en la Administración municipal.

La tasa fiscal no es pues sólo un tributo local para obtener recursos económicos sino que es también un potente instrumento de los municipios para la gestión sostenible de los residuos urbanos en cuanto que una adecuada regulación de éstas mediante la correspondiente Ordenanza Fiscal ha de servir para la incentivación de la recogida selectiva de aquéllos.

Llegados a esta conclusión, la cuestión que se plantea es la de cómo repartir el coste del servicio entre todos los usuarios en función del beneficio obtenido individualmente por cada uno de ellos, para cumplir con el objetivo de adecuar la tasa a las finalidades comentadas, pero sin vulnerar lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Es decir, la cuestión técnica problemática ahora es la determinación del coste individualizado del servicio para cada usuario en función de la carga que origina dicho usuario para tal servicio.

Para ello se han puesto en marcha diversos sistemas de medición, todos ellos no desprovistos de problemática técnica (pago por bolsa, pago por adhesivo, pago por contenedor, contenedores automatizados...). En la práctica, si bien es compleja esta articulación en el sector de la producción doméstica, no lo es tanto en el no doméstico. Pero la realidad es que las dificultades técnicas

y los escasos medios de control de los Ayuntamientos hacen que sea muy raro y excepcional, salvo honrosos casos y experiencias temporales, implementar correctamente una tasa por generación en los municipios que obtenga un buen tratamiento fiscal en la correspondiente Ordenanza municipal, limitándose la mayoría de los Ayuntamientos a repartir linealmente el coste total del servicio entre el número de usuarios, ponderando la tasa fija con tarifas en función de la naturaleza de la actividad, su ubicación o su tamaño.

#### **4. DEL SISTEMA LINEAL AL SISTEMA CIRCULAR. EL RESIDUO COMO PRODUCTO Y EL MERCADO DE LOS RESIDUOS. EL VALOR DEL RESIDUO EN LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE COSTES DE GESTIÓN**

No podemos realizar un correcto estudio del régimen jurídico de la gestión de los residuos sin tener en cuenta la perspectiva que aportan las nuevas tendencias europeas respecto al ciclo de vida de los productos.

Tras una complejísima etapa marcada por los vaivenes normativos y la aportación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto al concepto de residuo, que ha derivado en la distinción de conceptos como el de subproducto o el de materia prima secundaria, incapaces de resolver también la problemática delimitación del ámbito material u objetivo de los residuos, ahora la Unión Europea apuesta por la Economía circular.

La economía circular supone un importante fundamento económico de la sostenibilidad. Interrelaciona economía y sostenibilidad. Su objetivo es que el valor de los productos (recursos) se mantenga en la economía y no salga del círculo, cerrándose así el ciclo de vida de los productos, que ya no se convierten así en residuos, sino que permanecen siendo bienes o recursos en ese ciclo económico.

Para la economía circular resultan imprescindibles pues la reutilización, la reparación, el reciclaje y la valorización, no ya como operaciones de gestión de residuos sino como actuaciones que permiten mantener en ese ciclo económico a un producto que, de no ser por ello, saldría del mismo. Los residuos son así recursos.

Con esta idea, pasaríamos de una economía lineal (producir – consumir – tirar) a una economía en círculo (producir – consumir – reparar, reutilizar, reciclar – volver a consumir).

La Unión Europea ha aprobado un Plan de acción en materia de economía circular, partiendo del Informe de la Comisión Europea "Cerrar el círculo: la Comisión adopta un ambicioso paquete de nuevas medidas sobre la economía circular para impulsar la competitividad, crear empleo y generar crecimiento sostenible", que incluye un "Paquete de acciones de la Comisión Europea hacia la Economía Circular", adoptado en 2015. Destacamos al respecto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa" COM/2014/0398 final y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular", COM (2015) 614 final. Este paquete incluye propuestas legislativas revisadas sobre residuos así como medidas para "cerrar el círculo" en todas las fases del ciclo de vida de un producto. Dichas propuestas normativas, como no, supondrán la modificación de la Directiva marco de residuos, de la Directiva de Envases, la de eliminación de residuos en vertederos y de determinadas directivas en materia de residuos y gestión de residuos.

La financiación de estas medidas se incluye en el Programa Horizonte 20-20, si bien los objetivos en relación a la recuperación de residuos se demoran hasta el año 2030.

Sin embargo, estas modificaciones normativas, tendentes a la implementación de la economía circular, ya se habían iniciado con la modificación del Reglamento UE 2003/2003, sobre Abonos.

Y también encontramos recientes normas en nuestro país en las que se tiene en cuenta el valor de mercado de los recursos que forman parte de los residuos a la hora de determinar los costes de la gestión del residuo, como es el caso del Real Decreto 20/2017, de 20 de enero, sobre los vehículos al final de su vida útil. Así, es interesante por ejemplo lo que dispone el artículo 9 de este Real Decreto, cuando el vehículo al final de su vida útil tenga un valor negativo de mercado, el productor del vehículo sufragará dicho coste o se hará cargo directamente del tratamiento del vehículo. Se entenderá que existe un valor negativo de mercado cuando los costes de descontaminación, preparación para la reutilización, valorización y, en su caso, eliminación de los materiales resultantes, superen los ingresos por los elementos preparados para la reutilización y los materiales recuperados en la fragmentación y posfragmentación. Para la aplicación de esta medida, los productores y las asociaciones representativas de los diferentes sectores afectados podrán recurrir a la realización de evaluaciones por entidades independientes que cuantifiquen dichos costes.

Por lo tanto, la economía circular va a suponer la necesidad de unas redefiniciones conceptuales y mejor delimitación de conceptos, que permitan la inclusión del valor del producto residual en el cómputo de los costes de gestión, a fin de lograr una gestión orientada a la reintroducción del residuo en el ciclo económico.

Ello impone, por lo tanto, una gestión de residuos desde la perspectiva de la libertad de empresa, lo cual requiere un cambio normativo respecto al tratamiento de la gestión de residuos, que puede traducirse en una apertura a la liberalización de la gestión o, al menos, a una mayor limitación de los ámbitos de monopolio o reserva. Además, es evidente que ello supondrá un nuevo cambio en los sistemas de control administrativo (actividad de policía), pues no cabe duda que las técnicas de policía administrativa pueden ser

diversas según se trate de garantizar la valorización de residuos o de utilización de subproductos y materias primas secundarias.

## **CONCLUSIONES**

A la vista de lo expuesto, resulta claro que no es un momento pacífico en el régimen jurídico de los residuos en España y resultan muchos flecos normativos requeridos de un importante ajuste. Podríamos sintetizar las siguientes conclusiones:

Primera. Nos encontramos en un momento de *impasse* normativo respecto a la elección del modelo competencial de gestión. La Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, no deja muy claro si se está apostando actualmente por una "externalización" de los servicios, o si más bien se pretende una "remunicipalización" de éstos. O, más bien, la "provincialización" de estos servicios. El sistema normativo puede resultar contradictorio en si mismo. Todo ello en función de los costes de la gestión que, bajo el concepto de la eficiencia, parecen llamados a convertirse en el criterio determinante de la elección del sistema.

Segunda. Asimismo, hemos de concluir la importancia que adquiere el coste de los servicios municipales para su mantenimiento, tal como estaban, o para su "coordinación" por parte de la Diputación. Además, el criterio del coste efectivo de los servicios adquiere importante relevancia también como parámetro de limitación de la discrecionalidad administrativa en la elección de la forma de prestación, configurando una especie de jerarquía de opciones en la que prima la gestión directa sobre la indirecta y, dentro de la gestión directa, la gestión a través de propios medios, organismos autónomos o agencias, sobre la organización de entidades públicas empresariales o sociedades municipales.

Tercera. La adquisición de valor económico por el residuo, gracias a los

avances técnicos y a la conciencia social que supone la tendencia a la economía circular, supone la posibilidad de plantear nuevamente ámbitos de liberalización en el sector. La economía circular supondrá, por lo tanto, la necesidad de adoptar medidas normativas que la favorezcan o, al menos, no impidan sus objetivos, como es actualmente el caso.

Cuarta. En el ámbito de los costes, especialmente en cuanto a la eficiencia del coste, no podemos olvidar la tecnología. Las Smartcities ya no se centran sólo en el sistema de recogida neumática de residuos, sino que, hoy día, existe tecnología suficiente y útil para optimizar muchísimo los servicios prestados y lograr una mayor eficiencia en relación al coste de tales servicios.

Quinta. No podemos olvidar las propuestas normativas de la Unión Europea que actualmente no se han implementado. La apuesta de la Unión Europea por la recogida diferenciada de los biorresiduos requiere un replanteamiento del modelo actual de gestión. La duda será si caminamos hacia un quinto contenedor en las ciudades o si la separación de la fracción orgánica requerirá repensar completamente el sistema.

Sexta. El criterio del coste efectivo es relativamente inútil para nuestra realidad municipal. Impone una homogeneización de servicios y de costes, es decir, un mismo régimen, para modelos urbanísticos muy diferentes. Quizá las Smartcities y las nuevas tecnologías permitan suplir tales deficiencias.

Séptima. Quizá la situación normativa más compleja actualmente en el ámbito de la gestión de los residuos es la que deriva de la confrontación, a veces clara, entre la normativa de fomento de obtención de energía a partir de residuos y la normativa de residuos. Las incoherencias y contradicciones existentes entre ambas normativas es una cortapisa al aprovechamiento energético de los residuos. Una compatibilización de las mismas requeriría el replanteamiento de la jerarquía de los residuos.

En definitiva, son cuestiones de tal calado e importancia que nos llevan a una consecuencia inevitable: la necesidad de reciclar el actual sistema normativo de los residuos en España.

# RECURSOS HÍDRICOS, AGROPECUÁRIA E SUSTENTABILIDADE: DESAFIOS PARA UMA VISÃO ECOLÓGICA DO PLANETA

Hilariane Teixeira Ghilardi<sup>1</sup>

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Quando se fala em uma ameaça eminente da falta de água, não se pode deixar de destacar dois setores imprescindíveis para o abastecimento mundial; agricultura e pecuária, porém são os que mais consomem e desperdiçam recursos hídricos, além das contaminações, visto produz efeitos na qualidade e na quantidade da água disponível.

Para tanto, o presente artigo científico possui como **tema principal** análise

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em *Stricto Sensu* da UNIVALI. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada. E-mail: hilarianeghilardi@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em "*Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad*" pela Universidade de Alicante - Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Brasil, Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - Brasil. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Direito e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Extensão Paidéia cadastrado no CNPq. Coordenadora do Grupo de Pesquisa: "Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade", cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPQ intitulado: "Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária" (2013/2015). Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado através do Edital MCTI/CNPQ/UNIVERSAL 14/2014, intitulado "Análise comparada dos limites e das possibilidades da Avaliação Ambiental Estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha" (2015/2017). Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado através da FAPESC - EDITAL 09/2015- intitulado "Limites e possibilidades da Avaliação Ambiental Estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor Gestão Ambiental da Atividade Portuária Catarinense". (2016/2018). Membro vitalício à Cadeira n. 11 da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão de Direito Ambiental do IAB (2016/2018). Advogada e Consultora Jurídica.

do instituto dos recursos hídricos, os impactos ambientais e socioeconômicos da agropecuária ao alcance de uma visão ecológica do planeta.

A temática escolhida corrobora para o entendimento do comportamento que advém da maior parte da população mundial, com foco na indústria de agricultura e pecuária que corroboram para que o cotidiano das águas seja alterado. Por tudo isto, este artigo terá como **objetivo geral** analisar os impactos ambientais e socioeconômicos do consumo indiscriminado e contaminante da água, bem como, os desafios para alcançar a efetivação do princípio da sustentabilidade.

A pesquisa se **justifica** em virtude, da relevância do tema, uma vez que, trata-se de um assunto em voga, por ser a água um bem essencial para a continuidade da vida. De maneira que, deve se levar em conta todas as questões ambientais pertinentes na gestão, considerando o bem mais importante para a sobrevivência de todas as formas de vida conhecidas.

A solução de problemas relativos à disponibilidade e qualidade da água exige estabilidade dos recursos hídricos. Como **problema central** está direcionado na constatação da necessidade de uma visão ecológica, no instituto dos recursos hídricos no âmbito agropecuário.

Para melhor compreensão do trabalho, a pesquisa foi dividida em três momentos: o **primeiro** estudou-se o consumo de água, bem como impactos ambientais, econômico e social dos recursos hídricos. O **segundo**, a sustentabilidade e recursos hídricos. O **terceiro**, por fim, trouxe a efetivação do princípio da sustentabilidade.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do

referente<sup>3</sup>, da categoria<sup>4</sup>, dos conceitos operacionais<sup>5</sup>, da pesquisa bibliográfica<sup>6</sup> e do fichamento<sup>7</sup>.

## **1. AGRICULTURA E PECUÁRIA: CONSUMO E IMPACTOS NOS RECURSOS HÍDRICOS**

Inicialmente, os "recursos hídricos" abordado no decorrer da pesquisa, "abre num leque amplo de aspectos. Atende-nos ao fulcro jurídico-ambiental e gerencial da água como um bem natural de interesse social e coletivo, com valor econômico agregado"<sup>8</sup>. Assim parte-se do pressuposto do principal objeto, aqui apresentado é elemento vital para a sobrevivência e continuidade da espécie, merecendo uma análise aprofundada.

No que tange ao consumo de água, contrariando o senso comum, de que a grande maioria da população em pequenos atos sustentáveis do dia-a-dia, pudesse mudar significativamente o consumo de água, a presente pesquisa, demonstra que é necessário ir muito além da conscientização particular, muito embora seja necessário reconhecer a importância destes pequenos

---

<sup>3</sup> "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 241).

<sup>4</sup> "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

<sup>5</sup> "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

<sup>6</sup> "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 240).

<sup>7</sup> "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 233).

<sup>8</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 9 ed. 2014. p. 531.

gestos.

Com o intuito de satisfazer o padrão de vida da humanidade, o consumo mundial de água ultrapassa a simples economia doméstica, e se estende a larga produção na agricultura e pecuária, que influenciam os números pelo seu desperdício e impactos.

Historicamente, as civilizações desenvolveram-se próximo aos rios, que propiciavam a irrigação de suas culturas. Nos dias de hoje, as mudanças não foram muito significativas, uma vez que, os agricultores são importantes usuários dos recursos hídricos, e consomem grandes quantidades da água, por meio da irrigação mecanizada. Já a pecuária<sup>9</sup>, utiliza basicamente para a dessedentação dos animais<sup>10</sup>.

Inicialmente já é possível imaginar um elevado gasto de água, principalmente no que tange a agricultura, pois em dados estatísticos sabe-se que 94% da água doce utilizada encontra emprego nos setores da agricultura, enquanto somente 6% é aproveitada a fim de suprir as necessidades fisiológicas humanas<sup>11</sup>.

Os números assustam, e já formam uma necessidade existente, a qual o país precisa urgentemente de uma agricultura que se harmonize com o meio ambiente. A própria EMBRAPA - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento) admite que há uma crise hídrica no país e que existe um desafio do uso da água na agricultura

---

<sup>9</sup> Apesar disso, a produção de forragem (espécie de planta para alimentar gado) apresenta uma elevada demanda por fluxo de água e é necessário acompanhar o impacto da crise hídrica sobre a oferta de pastagens nas principais regiões produtoras. EMBRAPA - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento) Disponível em: <https://www.embrapa.br/agua-na-agricultura/perguntas-e-respostas> Acesso 15 agosto 2015.

<sup>10</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 126.

<sup>11</sup> ALLAIS, Catherine. **O estado do planeta em alguns números**, p. 250. In: Martine Barrère (coord.). **Terra, patrimônio comum: a ciência a serviço do meio ambiente e do desenvolvimento**. São Paulo: Nobel, 1992. p. 243-261.

brasileira.<sup>12</sup>

Cabe salientar que, se pretende encontrar um meio sustentável, com a finalidade de impor uma integração, de maneira que, seja possível uma gestão racional dos recursos naturais, capaz de medir consequência dos impactos e impedir uma devastação hídrica desenfreada, para que as necessidades atuais possam ser atendidas sem causar prejuízos irreversíveis às futuras gerações, como será demonstrado no último capítulo da pesquisa.

A atividade agropecuária deve ter uma efetiva participação no que tange a gestão dos recursos hídricos, de forma sistemática devendo levar em consideração aspectos quantitativos e qualitativos do uso da água. Importante também a integração da gestão dos recursos hídricos com a gestão ambiental. Articulando ambas, para um controle eficaz e mais saudável de águas doces.

Para que sejam compreensíveis os impactos no setor, é preciso saber que, no mundo, somente 3% de toda a água é doce; deste pouco somente 0,7% é acessível aos seres humanos. O restante se esconde em aquíferos profundos, nas calotas polares e nos altos nevados das montanhas. Ainda assim 20% daqueles 0.7% vão para as indústrias, 10% para a agricultura e o restante para o consumo humano e para a sedentação dos animais<sup>13</sup>.

Tendo em vista, os números apresentados, é necessário que se atente para os gastos extras, para que não haja uma consequência irreversível da situação.

Impacto ambiental conceituado pelo CONAMA:

---

<sup>12</sup> EMBRAPA - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. **O desafio do uso da água na agricultura brasileira.** Disponível em: <<https://www.embrapa.br/agua-na-agricultura/sobre-o-tema>>. Acesso em 15 fevereiro 2016.

<sup>13</sup> BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é, o que não é.** Petrópolis, 4ª ed. RJ: Vozes, 2015. p. 117

Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais<sup>14</sup>

Dessa forma serão tratados todos os tipos de impactos, sejam eles, ambientais, sociais ou econômicos, para que se possa encontrar uma solução mais eficaz dos recursos hídricos e minimizar os impactos.

No que tange aos impactos ambientais, cita-se que além, dos desmatamentos, queimadas, retiradas de cobertura vegetal, apresentam ainda problemas relacionados especificamente com a temática do presente estudo; o consumo e manuseio da água.

Além disso, a contaminação das águas através dos agrotóxicos, prejudicam sobremaneira a saúde humana, mais de cinquenta anos após a publicação da obra "Primavera Silenciosa"<sup>15</sup>. Sobre o tema destaca-se:

Entre tais substâncias, figuram muitas que são utilizadas na guerra do Homem contra a Natureza. A partir de meados de 1940, mais de 200 substâncias químicas, de ordem básica, foram criadas, para uso na matança de insetos, de ervas daninhas, de roedores e de outros organismos que, no linguajar moderno, se descrevem

---

<sup>14</sup> Art. 1º da Resolução do Conama de 23.01.1986. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA\\_RES\\_CONS\\_1986\\_001.pdf](http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_1986_001.pdf)>. Acesso 20 janeiro 2016.

<sup>15</sup> Obra histórica que denunciou, em 1962, os efeitos dos agrotóxicos na vida e saúde das pessoas, que eram até então, desconhecidos: CARSON, **Rachel. Silent Spring**. New York: Mariner Books, 2002.

como sendo 'pestes', ou 'pragas'; e elas são vendidas sob vários milhares de denominações diferentes de marcas.<sup>16</sup>

Destaca-se ainda, que o "problema da poluição da água, por meio de pesticidas, só pode ser compreendido no contexto, como fazendo parte do todo ao qual pertence: a poluição do meio ambiente total da humanidade."<sup>17</sup> Como um impacto influencia o outro, este impacto ambiental, pela contaminação das águas, por substâncias altamente cancerígenas e mutagênicas, traduz um impacto na saúde, resultando em diferentes tipos de câncer, nunca tidos anteriormente, em razão dos produtos modificados geneticamente.

No tocante a atividade agrícola, se não conduzida dentro dos padrões de proteção do solo e das águas, é um fator considerável de degradação ambiental pela escassez da água que pode provocar, pela poluição hídrica causada pela utilização de agrotóxicos e pela erosão<sup>18</sup>.

Essa contaminação do solo expande muitas vezes para o lençol freático e os rios, infiltram-se no solo e atingindo as águas subterrâneas. "A agricultura por irrigação vem sendo uma das grandes responsáveis pela salinização da terra, pela desertificação e por outras formas de degradação do solo"<sup>19</sup>.

Dentre as causas principais da desertificação podem ser arroladas as seguintes: a) cultivo excessivo de solos pobres; b) Pastejo excessivo de gado c) corte excessivo de madeira para lenha; d) desmatamento de áreas de

---

<sup>16</sup> CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962. p. 30.

<sup>17</sup> CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962. P. 49

<sup>18</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 126

<sup>19</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.489

mananciais e planaltos; e) técnicas inadequadas ou imperfeitas de irrigação.<sup>20</sup>

A pecuária, todavia pode causar, nos corpos hídricos, alteração da qualidade das águas, originada do despejo de águas servidas, como por exemplo as de lavagem de pocilgas<sup>21</sup>. “A utilização, via de regra, de *estudo prévio de impacto ambiental*”<sup>22</sup> (art. 225 IV, da CRFB) em face da pecuária: por ser atividade econômica potencialmente causadora de significativa degradação, principalmente por meio ambiental natural”.<sup>23</sup>

Nesta senda, é possível refletir as palavras de Hely Lopes Meirelles.

Não importa a causa, a substância ou o modo pelo qual se piora o estado natural da água. Poluir é sujar; contaminar, envenenar, imprestabilizar a água por meios físicos, químicos ou biológicos. No sentido em que se emprega o vocábulo “poluir”, ele abrange a utilização total ou parcial da água, por qualquer forma ou agente. Mas a poluição é sempre considerada em relação ao uso da água. A água destinada a fins humanos há de ser, portanto, mais pura que a empregada na lavoura ou na indústria. Não se há de exigir, pois, para caracterizar a poluição, o mesmo padrão de pureza da água potável. A poluição é sempre relativa à destinação da água<sup>24</sup>.

Os interesses econômicos investidos na produção da agricultura e pecuária

---

<sup>20</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.489

<sup>21</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 105

<sup>22</sup> O estudo prévio de impacto ambiental serve para prevenir um dano que possa degradar o meio ambiente. “AAE consiste em processo que contribui diretamente, para o desenvolvimento sustentável, pois age a fim de gerar um contexto de decisão mais amplo e integrado com a proteção ambiental e a melhor capacidade de avaliação de impactos cumulativos”. SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. (coord.). **Avaliação Ambiental Estratégica: possibilidades e limites como instrumento de planejamento e apoio à sustentabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 84.

<sup>23</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14 ed. rev., São Paulo: Saraiva 2013. p. 924.

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Fundamentos legais para o combate a poluição das águas**. Revista Jurídica. p. 56-62. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1282070/DLFE-55807.pdf/REVISTA1456.pdf>. Acesso 13 agosto 2015.

são de grande rentabilidade, conseqüentemente empresas investem para o aumento de produção em larga escala, utilizando recursos, como os citados anteriormente; fertilizantes e agrotóxicos. Ocorre que, tais técnicas não levam em conta a preservação e o respeito a qualidade dos recursos hídricos.

Então, em análise de um efeito dominó, não é válido, o investimento econômico atual, em detrimento a qualidade de vida futura dos seres humanos, assim é importante uma conscientização de equilíbrio, com a finalidade de promover uma segurança e justiça ambiental. Torna-se nítido que, a inércia perante o assunto, invade além de danos ambientais e econômicos, mas também a saúde de cada ser humano pode-se destacar aqui, os impactos sociais.

A cada dia, milhões de toneladas de esgoto tratado inadequadamente e resíduos agrícolas e industriais são despejados nas águas de todo o mundo. (...) **Todos os anos, morrem mais pessoas das conseqüências de água contaminada do que de todas as formas de violência, incluindo a guerra.** (...) A contaminação da água enfraquece ou destrói os ecossistemas naturais que sustentam a saúde humana, a produção alimentar e a biodiversidade. (...) A maioria da água doce poluída acaba nos oceanos, prejudicando áreas costeiras e a pesca. (...) Há uma necessidade urgente para a comunidade global – setores público e privado – de unir-se para assumir o desafio de proteger e melhorar a qualidade da água nos nossos rios, lagos, aquíferos e torneiras.<sup>25</sup> (Negritou-se).

Assim é possível observar que muitas patologias estão ligadas à água, no caso de saúde humana, o número chega a 80%, são doenças conhecidas de veiculação hídrica. E, nem sempre são causadas pela água ingerida, muitas vezes a periculosidade advém de mosquitos, vetores e transmissores que se reproduzem na água e são responsáveis por endemias e epidemias<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> ONU. Declaração da "ONU Água" para o dia mundial da água 2010. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/agua/>>. Acesso 12 janeiro 2016.

<sup>26</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 9 ed. 2014.

Ocorre que, atualmente, os impactos sociais podem ser exemplificados quanto a situação da população menos favorecida, que é a mais afetada pelos efeitos negativos do meio ambiente desequilibrado, em razão de obras humanas e má gestão do poder público. Em suma, essa parte da sociedade não tem o mesmo acesso à água potável quanto os demais e em consequência mais expostos a riscos a saúde, para contraírem doenças, esse fator coaduna com a má distribuição e excesso populacional. É notório que os problemas apenas se acumulam. Em virtude desse quadro é necessário que medidas sejam tomadas, com a finalidade desse controle social.

O consumo excessivo de água para a produção de alimentos e para a agricultura, a degradação dos recursos naturais e os impactos climáticos serão responsáveis por deixar mais de dois terços da população mundial sem água em 2050<sup>27</sup>.

Em linhas gerais, a poluição química da água se encontra misturadas com outras substâncias, que nenhum cientista de responsabilidade pensaria em combinar em seu laboratório. Nesse sentido, torna-se perceptível que a água deve ser pensada em termos de cadeia, de maneira que, sustenta a vida, desde as células verdes até aos peixes, que se alimentam do plâncton que existe na água, e que, por sua vez, são comidos por outros peixes ou pássaros e por mamíferos, integrando tudo isso uma interminável transferência cíclica da vida para vida <sup>28</sup>.

Portanto, diante da necessidade de produção agrícola e pecuária para atender a demanda global e ao mesmo tempo preservar a natureza, é necessário que métodos sustentáveis sejam implantados, de forma a reduzir os problemas ambientais provocados por essas atividades.

---

p.527.

<sup>27</sup> WWF- Brasil. Disponível em: <<http://www.wwf.org.br/informacoes/?45282/Mais-de-dois-tercos-da-populao-sofrer-com-falta-dgua-em-2050>>. Acesso 12 janeiro 2016

<sup>28</sup> CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962. p.54-56.

## 2. SUSTENTABILIDADE DOS RECURSOS HÍDRICOS

É certo que o desenvolvimento contribui para a evolução, porém nem sempre está acompanhada de sustentabilidade, na maioria das vezes existe um “custo” a pagar por isso e, como se demonstrou nos impactos citados anteriormente, tem custo muito alto para os recursos hídricos.

Nesse sentido, corrobora Canotilho, ao trazer o conceito do princípio da sustentabilidade:

A sustentabilidade em sentido amplo procura captar aquilo que a doutrina atual designa por “três pilares da sustentabilidade”: (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade econômica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social. [...] É possível, porém, recortar, desde logo, o imperativo categórico que está na gênese do princípio da sustentabilidade e, se preferir, da evolução sustentável: os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações.<sup>29</sup>

Assim, os pilares já foram evidenciados anteriormente, e ainda, adiante tratar-se-á, sobre o princípio do desenvolvimento sustentável. Por ora, “é indispensável incentivar o conhecimento e a compreensão dos recursos hídricos em todos os níveis, a fim de melhorar o seu aproveitamento, gestão e proteção, promovendo sua utilização mais eficaz, equitativa e sustentável”.<sup>30</sup>

Pode-se destacar também, o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, esse princípio se

---

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional**. Revista de Estudos Politécnicos. 2010, Vol VIII, n. 13, 007-018. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>. Acesso em 11 abril 2016. p.08-09.

<sup>30</sup> FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.) **Águas – Aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 250.

faz necessário tendo em vista o vasto descaso e degradação ao meio ambiente. O meio ambiente equilibrado “consubstancia-se na conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos.”<sup>31</sup> Assim, o equilíbrio dos recursos é fundamental para que haja a continuidade da vida humana.<sup>32</sup>

Ressaltam-se, ainda na Constituição da República Federativa do Brasil, que nos incisos do artigo 170, são elencados os princípios que devem ser observados no exercício da atividade econômica, dentre os quais se destaca a “defesa do meio ambiente [...] mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (VI)<sup>33</sup>. Muito embora, seja necessário o incentivo a indústria, vale lembrar que deve ser realizado com a defesa do meio ambiente e a manutenção do bem natural utilizado. Ademais, o país necessita de tal recurso para o crescimento e movimento da economia.

Por estas razões, não parece distante o fator principal aqui discutido, demandar uma complexa estrutura de captação, conservação, tratamento e distribuição, implicando uma inegável dimensão econômica. Desta forma, sua múltipla utilidade tanto para o uso doméstico quanto industrial deve ser acessível a todos e os ganhos devem respeitar a natureza comum, vital e insubstituível da água. Mesmo os altos custos econômicos devem ser cobertos

---

<sup>31</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros 2015, p. 54.

<sup>32</sup> O Brasil possui atualmente a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997), a qual disciplina os fundamentos, objetivos, diretrizes e planos. Ademais a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 225, explicita que a água é um bem de domínio público, portanto difuso, cujo uso é comum do povo.

<sup>33</sup> DANTAS. Marcelo Buzaglo. SCHMITT. Guilherme Berger. **Os desafios da sustentabilidade ambiental na gestão dos recursos hídricos: o papel do direito e do poder público no Brasil e na Espanha**. Água, sustentabilidade e direito (Brasil - Espanha). Recurso Eletrônico. Organizadores Andrés Molina Giménez [et.al]. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. p 17.

pelo Poder Público<sup>34</sup>.

O fato é que aparentemente, tem-se a riqueza de águas, capaz de sanar a necessidade de todo o mundo. Em um cenário mundial, haveria água para todos, mas ela é desigualmente distribuída: 60% se encontram em apenas nove países, enquanto que 80 outros enfrentam escassez. Presume-se que em 2032 cerca de cinco bilhões de pessoas serão afetadas pela crise da água. Além de escassez há má gestão<sup>35</sup>.

Já o cenário nacional, é revelado em razão de o Brasil ser potência natural da água, com 13% de toda água doce do planeta, perfazendo 5,4 trilhões de metros cúbicos. Apesar da abundância, 46% dela PE desperdiçada, o que daria para abastecer toda a França, a Bélgica, a Suíça e o norte da Itália<sup>36</sup>.

Ocorre que a concentração dessas águas não é padrão, existe uma má distribuição desses recursos, isso porque cerca de 80% da água doce do País está na região Amazônica; os outros 20% abastecem larga extensão do território brasileiro onde habita 95% da população. No Brasil, a vazão média anual dos rios equivale a 12% da disponibilidade mundial de recursos hídricos. Se consideradas as vazões oriundas de rios localizados no Uruguai, Paraguai e em países da região Amazônica, esse percentual, no entanto, pode crescer e alcançar 18% do total global, conforme relatado pelo Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH)<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> BOFF, Leonardo. **A água no mundo e sua escassez no Brasil**. Disponível em: <https://leonardoboff.wordpress.com/2015/02/02/a-agua-no-mundo-e-sua-escassez-no-brasil/> Acesso 10 agosto 2015.

<sup>35</sup> BOFF, Leonardo. **A água no mundo e sua escassez no Brasil**. Disponível em: <https://leonardoboff.wordpress.com/2015/02/02/a-agua-no-mundo-e-sua-escassez-no-brasil/> Acesso 10 agosto 2015.

<sup>36</sup> BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é, o que não é**. Petrópolis, 4ª ed. RJ: Vozes, 2015. p. 117

<sup>37</sup> Atrelado a isso ainda há a disparidade populacional, pois enquanto um habitante do Amazonas dispõe de 700.000 m<sup>3</sup> de água por ano, um habitante da Região Metropolitana de São Paulo tem apenas 280 m<sup>3</sup>/ano, em razão deste cenário a tendência é faltar água para os estados com maior crescimento populacional, porém com menor distribuição. EMAPRA - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento) Disponível em: <https://www.embrapa.br/agua-na-agricultura/perguntas-e>

A estrita ligação desse recurso com a própria sobrevivência deve fazer com que "a gestão e a proteção pública destes recursos, portanto, deve ser empregada a fim de garantir um sistema de utilização eficiente, capaz de garantir a manutenção da quantidade, qualidade e distribuição desses recursos"<sup>38</sup>.

Ainda, por uma questão histórica, a sociedade carrega a visão antropológica<sup>39</sup>, a qual cada cidadão vive de acordo com seus próprios interesses, não pensando como um todo mas em sua individualidade. Porém, esses pensamentos por diversas vezes causam consequências, como a de escassez.

Sendo assim, passa-se a verificar por seguinte as águas residuais, como alternativa para a reciclagem e reutilização de águas muitas vezes desperdiçadas.

Como já observado, a água, possui uma demanda crescente e em razão disso, deve-se atentar para o seu uso e reuso planejado, racional e eficiente, controlando perdas e desperdícios e minimizando a produção de poluentes. Nesse sentido, será tratado nesse momento, acerca de águas residuais, que advém da utilização humana e apresenta algumas alterações em suas características porque "a nadie se le escapa que reutilizar aguas que ya han sido usadas y contaminadas es una cuestión de sentido común".<sup>40</sup>

---

respostas Acesso 15 agosto 2015.

<sup>38</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. SCHMITT, Guilherme Berger. **Os desafios da sustentabilidade ambiental na gestão dos recursos hídricos: o papel do direito e do poder público no Brasil e na Espanha. Água, sustentabilidade e direito (Brasil - Espanha).** Recurso Eletrônico. Organizadores. Andrés Molina Giménez [et.al]. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. p. 18.

<sup>39</sup> É a ecologia rasa, A ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de "uso", à natureza. CAPRA, Fritjof. **A teia da Vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** 11 ed. SP: Editora Cultrix, 1996

<sup>40</sup> GIMÉNEZ, Andrés Molina. **La reutilización de las aguas residuales en España - un modelo de sostenibilidad.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011.

Para tanto, será utilizado a gestão de recursos hídricos da Espanha que é precursora em águas residuais, além de precipitar-se na matéria, possui tratamento avançados e perspectiva de inovação nas indústrias, encontrando meios para poupar e controlar a qualidade da água. "Tem funcionado com parte fundamental da política de desenvolvimento econômico do país [...] pode refletir positivamente em vários outros setores, notadamente na agroindústria e na produção de energia elétrica"<sup>41</sup>.

La reutilización viene definida en la reglamentación que la regula como "la aplicación, antes de su devolución al dominio público hidráulico y marítimo terrestre, para un nuevo uso privativo, de las aguas que habiendo sido utilizadas por quien las derivó se han sometido al proceso o procesos de depuración establecidos en la correspondiente autorización de vertido, y a los necesarios para alcanzar la calidad requerida en función de los usos a que se van a destinar"<sup>42</sup>

Não somente a adulteração e poluição de águas, mas também o não uso das águas residuais, como uma saída para a sustentabilidade desse recurso. Atualmente a Espanha<sup>43</sup>, já possui uma sustentabilidade ambiental de seus recursos hídricos e conseqüentemente, investe em dessalinização e reutilização de águas residuais urbanas e rurais.

Seja pelo uso doméstico, comercial ou industrial, e a devolução desta água

---

Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-779. p. 507.

<sup>41</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. SCHMITT, Guilherme Berger. **Os desafios da sustentabilidade ambiental na gestão dos recursos hídricos: o papel do direito e do poder público no Brasil e na Espanha.** Água, sustentabilidade e direito (Brasil - Espanha). Recurso Eletrônico. Organizadores Andrés Molina Giménez [et.al]. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. p. 23.

<sup>42</sup> GIMÉNEZ, Andrés Molina. **La reutilización de las aguas residuales en España - un modelo de sostenibilidad.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-779. p. 509.

<sup>43</sup> España reutiliza actualmente alrededor del 5% de las aguas que depura, y aunque cuantitativamente este porcentaje puede parecer modesto, es uno de los países que más agua reutiliza. Al mismo tiempo, algunos estudios apuntan a que el potencial de reutilización es unas diez veces superior al nivel actual. GIMÉNEZ, Andrés Molina. **La reutilización de las aguas residuales en España - un modelo de sostenibilidad.** p 510.

ao meio ambiente deve prever o seu devido tratamento a fim de evitar que este seja prejudicado, bem como a saúde das pessoas. A falta de tratamento das águas residuais pode acarretar sérias conseqüências e o comprometimento da fauna e flora, da pesca, da navegação, da geração de energia.

No que tange especificamente a indústria da agricultura, a estratégia de reaproveitamento da água, torna-se de máxima relevância, isso porque "este sector se dirige nada menos que el 80% del conjunto de las demandas de água"<sup>44</sup>. Nesse sentido, entende-se que "esta disposición no es únicamente ahorrar agua, sino promover la incorporación de recursos no convencionales al sistema de riego; y ello tanto procedentes de la desalación como de la reutilización de aguas residuales urbanas"<sup>45</sup>.

Conferir sustentabilidade da água é usá-la responsavelmente, reusá-la e manter sua pureza contra a contaminação de agrotóxicos. Ela deve ser mantida, criar condições para se reciclar, ter repouso e tempo para refazer seus nutrientes<sup>46</sup>. Atendendo as necessidades básicas e tendo a consciência de um uso e reuso desse recurso fundamental é possível obter eficácia da sustentabilidade de recursos hídricos.

### **3. EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE**

Diante de todo o exposto, inegável reavaliar as condições com que a agricultura e pecuária vem se posicionando quanto ao gasto excessivo e a

---

<sup>44</sup> GIMÉNEZ, Andrés Molina. **La reutilización de las aguas residuales en España - un modelo de sostenibilidad**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-779. p 516.

<sup>45</sup> GIMÉNEZ, Andrés Molina. **La reutilización de las aguas residuales en España - un modelo de sostenibilidad**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

<sup>46</sup> BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é, o que não é**. 4. ed. RJ: Vozes, 2015. p.118.

contaminação de recursos hídricos. Os números demonstram que o planeta Terra em maior parte é composto por água, porém é evidente que esse recurso é finito.

Klaus Bosselmann propõe sustentabilidade como princípio fundamental do direito e argumenta que a sustentabilidade reflete pura necessidade, trazendo a ideia de sustentabilidade simples, de maneira que se respeite a regra básica da existência humana, de preservar as condições básicas da vida.<sup>47</sup>

No relatório “Nosso Futuro Comum”<sup>48</sup> é destacado que “o desenvolvimento sustentável tem forte conotação humana, mas as necessidades humanas só podem ser cumpridas dentro de limites ecológicos”<sup>49</sup>, assim sabe-se que a sustentabilidade significa muito mais.

Para tanto, é necessário expor a compreensão entre o princípio da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável. Assim há o entendimento, de que, é possível alcançar o desenvolvimento sustentável, ou seja, melhorar os recursos hídricos tanto na qualidade quanto na quantidade, nos aspectos da agricultura e pecuária, através da sustentabilidade.

Para Fiorillo é “Desenvolvimento Sustentável o desenvolvimento que atenda às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações”<sup>50</sup>. Sendo assim, o desenvolvimento sustentável tem como objetivo definir um

---

<sup>47</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

<sup>48</sup> Satisfazer as necessidades e as aspirações humanas é o principal objetivo do desenvolvimento [...] Além das necessidades básicas, as pessoas também aspiram legitimamente a uma melhor qualidade de vida. Num mundo onde a pobreza e a injustiça são endêmicas, sempre poderão ocorrer crises ecológicas e outros tipos. Para que haja um desenvolvimento sustentável, é preciso que todos tenham atendidas as suas necessidades básicas e lhes sejam proporcionadas oportunidades de concretizar suas aspirações a uma vida melhor. Nosso futuro comum. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1988. p.46-47.

<sup>49</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.51.

<sup>50</sup> 5 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92.

modelo econômico capaz de gerar riquezas e bem estar, concomitantemente que fomente a coesão social e impeça a degradação do ambiente.

Enquanto a Sustentabilidade consiste no pensamento de capacitação global para a preservação da vida humana equilibrada, conseqüentemente, da proteção ambiental, mas não só isso, também da extinção ou diminuição de outras mazelas sociais que agem contrárias a esperança do retardamento da sobrevivência do homem na Terra.<sup>51</sup>

As diferenças entre Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável afloram com um processo em que a primeira se relaciona com o fim, enquanto o segundo com o meio. O Desenvolvimento Sustentável como meio para que seja possível obter equilíbrio entre o progresso, a industrialização, o consumo e a estabilidade ambiental, como objetivo a Sustentabilidade e o bem estar da sociedade.<sup>52</sup>

A má gestão, utilização e aplicação dos recursos hídricos atualmente para atender a necessidade e o bem-estar da população presente e futura do planeta, não corrobora para um desenvolvimento sustentável.

Nesse diapasão, apresentar-se-á o princípio do desenvolvimento sustentável, como instrumento para o alcance da sustentabilidade. Tal princípio, surgiu em 1972, na Conferência de Estocolmo e repetida na Rio 92. Para tanto, em Estocolmo, foram determinados 26 princípios que se tornaram precursores na tomada de consciência ambiental internacional.

Destaque para o princípio 13 que preconiza:

---

<sup>51</sup> SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. **20 anos de Sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios**. Revista da Unifebe. 2012; 11 (dez): 239-252. Disponível: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/>. Acesso em 15 fevereiro de 2014.

<sup>52</sup> SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. SOUZA, Greyce Kelly Antunes de. **Sustentabilidade e sociedade de consumo: avanços e retrocessos**. Teoria jurídica e transnacionalidade: vol. 1. Recurso Eletrônico. Organizadores. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Charles Alexandre Souza Armada Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. p.170.

Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população.<sup>53</sup>

Constata-se mediante este princípio, o desenvolvimento visando um planejamento adequado e compatível com a sustentabilidade seriam ações de progresso para ambos os lados. "A Conferência da ONU de 1972 deflagrou o alerta, pois mostrou ao mundo os efeitos do desenvolvimento e da industrialização, sem um planejamento e uma cautela especial, na preservação dos recursos naturais."<sup>54</sup>

Assim destaca Celso Fiorillo<sup>55</sup>:

Tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.

A construção do conceito de sustentabilidade, pelas partes envolvidas, exige, necessariamente, a adoção de uma visão de planejamento e de operação capaz de contemplar a complexidade dos problemas globais e atender o fator tempo numa escala de curto, médio e longo prazo.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano.** Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)> Acesso 25 janeiro 2016.

<sup>54</sup> GRANZIERA. Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces.** São Paulo: Atlas, 2006. p. 47.

<sup>55</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.25.

<sup>56</sup> TRIGUEIRO, André. **Meio ambiente no século 21.** Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 122.

Constata-se mediante este princípio, o desenvolvimento visando um planejamento adequado e compatível com a sustentabilidade seriam ações de progresso para ambos os lados, porém não se pode deixar de destacar a importância da produção agrícola e pecuária, o qual abastece os grandes centros urbanos e as áreas rurais, é certo que o desenvolvimento faz parte do cotidiano e da vida, mas deve ser feito com consciência e de maneira sustentável.

E ainda, importante ressaltar, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que são uma agenda mundial com 17 objetivos e 169 metas. De 25 a 27 de setembro de 2015, em Nova York, a Organização das Nações Unidas (ONU) realizou um encontro, com status de plenária de alto nível da Assembleia Geral, para decidir pela adoção dos ODS.<sup>57</sup>

Um conjunto de objetivos e metas demonstram a escala e a ambição desta nova Agenda universal. Os ODS aprovados foram construídos sobre as bases estabelecidas pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), de maneira a completar o trabalho deles e responder a novos desafios.<sup>58</sup>

Para tanto, ante a importância e significado dos ODS, destaca-se na presente pesquisa o objetivo nº6: "Água limpa e saneamento – garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos: Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos". Isso porque, a crise ambiental que assola o planeta fez com que as nações de todo o mundo voltassem os olhos para os recursos naturais indispensáveis a vida.

Nesse sentido, o presente objetivo contribui sobremaneira para a pesquisa, tendo em vista a busca por uma melhor gestão dos recursos hídricos, o uso mais consciente e sustentável, portanto perfeitamente aplicável na

---

<sup>57</sup> PLATAFORMA ODS. Disponível em: <http://plataformaods.org.br/os-ods/ods6/> Acesso 08janeiro 2016.

<sup>58</sup> PLATAFORMA ODS. Disponível em: <http://plataformaods.org.br/os-ods/ods6/> Acesso 08janeiro 2016.

problemática apontada.

Por ser um bem cada vez mais raro, ela é objeto da cobiça daqueles que querem fazer dinheiro com sua comercialização. Por isso nota-se uma corrida mundial para a privatização da água, e então surge o dilema ético-político: a água é fonte de vida ou fonte de lucro? É um bem natural, vital e insubstituível ou um bem econômico e uma mercadoria? Evidentemente ela é um bem natural insubstituível, sem o qual a vida não resiste<sup>59</sup>.

Essa reflexão é levada a um patamar, o qual é necessário que o mundo seja exposto, pois a sustentabilidade da água só ocorrerá com a responsabilidade de quem a usa em grandes quantidades, conscientizando-se de que é preciso manter sua pureza de contaminações e utilizar-se de métodos para que ela seja reutilizável. Sabe-se que é um pequeno passo certamente com muitos contratempos, porém iniciativas como essa, devem ter continuidade.

Ante os fatos apontados, é necessário reforçar a idéia de que o tema exige uma governança global, para tanto é primordial que haja um pacto social mundial ao redor deste bem vital, pois todos dependem dele<sup>60</sup>. Esta visão permite um cuidar da sustentabilidade do planeta, partindo do pressuposto de que a mudança deve começar de hábitos viciosos existentes em diversos setores.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo escorço, através do princípio da sustentabilidade, percebe-se que pode ser considerado sustentável a atividade que traz benefícios econômicos, sociais e ambientais, porém no que tange a atividade agrícola e pecuária analisadas na presente pesquisa, ficou constatado que o consumo e a

---

<sup>59</sup> BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é, o que não é**. 4. ed. RJ: Vozes, 2015. p. 117.

<sup>60</sup> BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é, o que não é**. 4. ed. RJ: Vozes, 2015.p. 118.

contaminação dos recursos hídricos, instalou uma problemática nas presentes atividades, carecendo de limitações e instrumentos capazes de proporcionar resultados efetivos para a preservação da água.

Por tudo isto, o **objetivo geral** de analisar os impactos ambientais e socioeconômicos do consumo indiscriminado e contaminante da água, bem como, os desafios para alcançar a efetivação do princípio da sustentabilidade, contribuiu sobremaneira para o Direito Ambiental, tendo em vista que, a água é recurso vital para a sobrevivência, merecendo, portanto, a integração dos pilares da sustentabilidade, bem como a conquista do desenvolvimento sustentável da vida humana.

De maneira satisfatória, o **problema central** da presente pesquisa, foi alcançado, a perceber que se constatou que os impactos ambientais, sociais e econômicos advindos da agricultura e pecuária, afetam a sustentabilidade, evidenciando a necessária visão ecológica do planeta

Muito embora a problemática exista, há também soluções cabíveis, devendo ser considerado investimentos e utilização de águas residuais, uma vez que certamente tem se demonstrado um importante recurso na matéria sustentável e ainda atentar-se para cuidados e diminuição de desperdício.

Importante levar em conta ainda que, os recursos hídricos utilizados na agricultura e pecuária são fatores predominantes de um instrumento essencial para o desenvolvimento socioeconômico do país, para tanto o destaque dos Objetivos de Desenvolvimento Social, torna-se também uma ferramenta imprescindível para o alcance e integração da sustentabilidade hídrica.

Vislumbra-se, portanto que a **temática central** do presente artigo, sem dúvida corrobora para o crescimento da preservação dos recursos naturais para as próximas gerações, sendo necessária a compreensão que qualquer dano ao meio ambiente ultrapassa a barreira do direito individual, afetando

toda a coletividade, assim é necessário a quebra de paradigma, de maneira que resulte em justiça de um planeta mais sustentável, próspero e com a visão ecológica.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALLAIS, Catherine. "O estado do planeta em alguns números". In: Martine Barrère (coord.). **Terra, patrimônio comum: a ciência a serviço do meio ambiente e do desenvolvimento**. São Paulo: Nobel, 1992.

ANA – Agência Nacional de águas. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/projetos/ProgramaProdutorAgua.aspx>  
Acesso 17 agosto 2015.

BOFF, Leonardo. **A água no mundo e sua escassez no Brasil**. Disponível em: <https://leonardoboff.wordpress.com/2015/02/02/a-agua-no-mundo-e-sua-escassez-no-brasil>. Acesso 10 agosto 2015.

\_\_\_\_\_. **Sustentabilidade: o que é, o que não é**. 4. ed. RJ: Vozes, 2015.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional**. Revista de Estudos Politécnicos. 2010, Vol VIII, n. 13, 007-018. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>. Acesso em 11 abril 2016.

CAPRA, Fritjof. **A teia da Vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. 11 ed. SP: Editora Cultrix, 1996.

DANTAS. Marcelo Buzaglo. SCHMITT. Guilherme Berger. **Os desafios da sustentabilidade ambiental na gestão dos recursos hídricos: o papel do direito e do poder público no Brasil e na Espanha**. Água, sustentabilidade e direito (Brasil - Espanha). Recurso Eletrônico. Organizadores Andrés Molina Giménez [et.al]. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>.

EMBRAPA - Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento) Disponível em: <https://www.embrapa.br/agua-na-agricultura/perguntas-e-respostas> Acesso 15 agosto 2015.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.) **Águas – Aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá, 2000.

GIMÉNEZ, Andrés Molina. **La reutilización de las aguas residuales en España - un modelo de sostenibilidad**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces**. São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Fundamentos Legais Para o combate a poluição das águas**. Revista Jurídica p. 56-62. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1282070/DLFE-55807.pdf/REVISTA1456.pdf> Acesso 13 agosto 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: RT, 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. Disponível em: [www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc) Acesso 25 janeiro 2016.

NOSSO FUTURO COMUM. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1988.

ONU. Declaração da "ONU Água" para o dia mundial da água 2010. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/agua/>. Acesso 12 janeiro 2016.

PLATAFORMA ODS. Disponível em: <http://plataformaods.org.br/os-ods/ods6/>  
Acesso 08 janeiro 2016.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. **20 anos de Sustentabilidade:** reflexões sobre avanços e desafios. Revista da Unifebe. 2012; 11 (dez): 239-252. Disponível: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/>. Acesso em 15 fevereiro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Avaliação Ambiental Estratégica:** possibilidades e limites como instrumento de planejamento e apoio à sustentabilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

\_\_\_\_\_. SOUZA, Greyce Kelly Antunes de. **Sustentabilidade e sociedade de consumo: avanços e retrocessos.** Teoria jurídica e transnacionalidade: vol. 1. Recurso Eletrônico. Organizadores. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Charles Alexandre Souza Armada Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>.

TRIGUEIRO, André. **Meio ambiente no século 21.** Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

WWF- Brasil. Disponível em:  
<<http://www.wwf.org.br/informacoes/?45282/Mais-de-dois-teros-da-populao-sofrer-com-falta-dgua-em-2050>>. Acesso 12 janeiro 2016.

# **ANENCEFALIA: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GESTANTE ESCOLHER EM PROSEGRIR OU NÃO A GESTAÇÃO DE FETOS ANENCEFALICO**

**Deisy Cristina Reina<sup>1</sup>**

**Bruno Smolarek Dias<sup>2</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo vem tratar de um tema polêmico muito discutido no mundo jurídico, sobre o que ocorre em fetos anencefálicos, aqueles que não têm seu tecido cerebral desenvolvido devido à má formação, tornando inviável a vida extra-uterina. Assim sendo, visa analisar a vida humana e a proteção de seus direitos fundamentais, com destaque ao direito a vida.

A anencefalia afeta a formação dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça, a consequência deste problema é a ausência total ou parcial do cérebro, parte do encéfalo responsável por todo pensamento, a vista, ouvido, tato, todos os movimentos, e envolve também todo o sistema nervoso.

A Confederação nacional de trabalhadores da saúde (CNTS) em sua resolução declara que os fetos anencefálicos são natimortos cerebrais, por não possuírem o córtex, mas apenas o tronco encefálico, são inaplicáveis e

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Unidade Universitária de

Francisco Beltrão – PR. Aluna de Iniciação Científica nos anos de 2015 e 2016. E-mail <deisy18\_reina@hotmail.com>

<sup>2</sup> Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – Unipar. E-mail: <professorbruno@unipar.br>.

desnecessários os critérios de morte encefálica.

Dessa forma a abordagem desse tema ressalta uma discussão no mundo jurídico, relacionado com um dos graves problemas da saúde pública de todo o país.

Ao analisar o tema de uma forma crítica percebe-se o constante constrangimento moral e físico da mulher que não tem uma renda mensal alta para buscar certo conforto nesse tipo de situação, deixando todo o sofrimento para aquelas que dependem da rede pública de saúde, onde muitas vezes não são amparadas, por lei. O que se trata aqui é que essa pratica chamado aborto que acontece em clínicas clandestinas ou até mesmo feita em casa pela própria gestante, mulheres portadoras de fetos anencefálicos, considerada por elas uma forma de minimizar o problema, que não é isso que ocorre, sendo que essa pratica causa consequências irreversíveis para a saúde da mesma.

O Referido assunto foi objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.<sup>3</sup>

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não tipificação como crime de aborto, a antecipação terapêutica de feto encefálico, deixando a possibilidade de a gestante decidir acerca da interrupção da gravidez.

Diante disso, busca a supressão dos direitos do nascituro para a efetividade dos direitos da gestante, analisando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, profissionais da saúde e profissionais do direito que mencionam a

---

<sup>3</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/54, Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 25/08/2016.

respeito do tema.

Sobre esse ponto de vista o presente trabalho tem o intuito de mostrar a possibilidade jurídica e o direito da escolha da mãe em prosseguir ou não com a gestação, sobre o aspecto da tortura moral e física que a mesma sofre, trazendo consigo um feto que sabe com plenitude de certeza que não terá expectativa de vida extra - uterina.

## **1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

### **1.1 Direitos Humanos Fundamentais**

Os direitos fundamentais são considerados indispensáveis para pessoa humana, são necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. São direitos fundamentais porque tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e até mesmo não sobrevive. Eles garantem a pessoa o direito à liberdade, dignidade da pessoa humana, a vida e os demais direitos aqui relacionados.

Ferreira Pinto<sup>4</sup> definiu as declarações de direitos que antecederam os direitos humanos fundamentais. Assim, na concepção desse autor Declarações de Direitos são:

[...] aquelas disposições declaratórias das principais liberdades humanas. Tais direitos, enunciados pelas grandes revoluções e depois incluídos nos textos das Constituições, constituem a própria personalidade do homem, cujo exercício lhes corresponde, com limitações recíprocas nos direitos dos demais homens.

É difícil ter uma expressão exata de direitos humanos, uma vez que pequenos conceitos são formados ao longo da evolução histórica, direitos naturais,

---

<sup>4</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 1991, p. 99-101.

direitos individuais, direitos dos homens entre outros.

Para Mendes<sup>5</sup> os direitos fundamentais são considerados hoje pela sociedade parâmetros eficazes de democracia, num conceito indissociável, substituindo aquele contexto de regime político. Nesse sentido foi “instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais a liberdades a segurança”, normas constitucionais a que vem estruturar o pilar ético- jurídico, respeitando a promoção dos direitos fundamentais e outros direitos.

Alexandre de Moraes<sup>6</sup>, define direitos humanos fundamentais como:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

A UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) define os direitos fundamentais como uma proteção contra excesso de poder e regra, onde estabelecem condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.<sup>7</sup>

Os direitos humanos fundamentais são a proteção contra normas e regras que impróprias de vida, e também contra o próprio Estado, proteção dos direitos adquiridos pela sociedade ao longo da história.

---

<sup>5</sup> MENDES, Oliveira, Carlos Renato, **Discurso acerca do aborto de anencefálicos no julgamento pelo supremo tribunal federal da ADPF 54 em face da supremacia do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro**, Salvador-Bahia, 2013, p. 104.

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**, volume 3, 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 39-41.

<sup>7</sup> UNESCO *apud* MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**, volume 3, 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 41.

## 1.2 Origem e Evolução

Os direitos humanos fundamentais têm uma possível origem no antigo Egito, desde terceiro milênio A.C, tendo em vista que já naquela época havia mecanismos de proteção individual, como destaca Moraes

[...] as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estoicos (por exemplo, na obra Antígona – 441 A.C, Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem).<sup>8</sup>

Nessa época fazia-se muita referência a um direito superior, chamado assim por eles por ser um direito vindo dos deuses, uma lei natural que nascia com o homem, independentemente de sua vontade. No período da idade média eram respeitadas as “leis das doze tabuas”, onde consagraram a liberdade e a proteção dos direitos humanos. Posteriormente consagrando o direito fundamental a dignidade da pessoa humana, partindo da ideia de que todos os homens eram iguais, independentemente de Cor, Raça, Sexo ou Credo.

Ferreira Pinto<sup>9</sup> atribui à origem dos direitos fundamentais à Inglaterra, afirmando que a Magna Carta “foi à primeira declaração histórica dos direitos, embora bastante incompleta”. Leciona ainda, que a declaração se leia direitos fundamentais, pois “estão presas ao advento da democracia, que se seguiu ao desmoronamento do feudalismo e da Monarquia absoluta”.

Quanto às conquistas dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio<sup>10</sup> faz uma importante classificação em sua obra, onde “A Era dos Direitos”. Ele separa os direitos em três gerações. Assim, direitos fundamentais de primeira

---

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, volume 3, 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 25.

<sup>9</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva 1991, p. 99.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **Direitos Humanos:** A era dos direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho. 7º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

geração são os direitos individuais e políticos, tais como o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, que surgem da preocupação de liberdade contra o arbítrio estatal. Direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem uma proteção da dignidade humana, havendo a preocupação com as necessidades de ser humano. Por fim, direitos fundamentais de terceira geração são o direito à paz, ao desenvolvimento econômico, à comunicação, à preservação do meio ambiente há uma preocupação com o destino da humanidade, por isso também são chamados de direitos de solidariedade, porque a essência desses direitos é a solidariedade e a fraternidade.

### **1.3 Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição 1988**

A constituição de 1988 trouxe em seu texto constitucional no título II "sobre direitos e garantias fundamentais", divididos em cinco capítulos Direitos individuais e coletivos, Direitos sociais, Direitos de nacionalidade, direitos políticos, Direitos relacionados à existência.

Todo ser humano já nasce com os direitos e garantias fundamentais, alguns vieram do Estado, constituído no ordenamento jurídico, de cartas legislativas e outros da simples vontade humana.

Os Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos são definidos como conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja finalidade principal é o respeito à sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva.

Constituição Federal deixa disposto,

Art. 5º. Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer

Natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.<sup>11</sup>

Ainda a Constituição Federal traz outros direitos que merecem um estudo mais apurado, tais como direito da pessoa humana, direito à dignidade, previsto como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil no art. 1º, e o direito à saúde, previsto no art. 6º.

#### **1.4 Direito à Vida**

O direito à vida dá existência aos demais direitos, ele é o mais importante de todos, sem ele não haveria os demais direitos. O Estado tem o dever de assegurar esses direitos, devendo ser protegido o Direito de continuar vivo, como também o Direito quanto a sua subsistência.

O direito à vida deve ser adequado com as condições humanas, o Estado deve garantir a todas as pessoas esses direitos, como, direito assistência médico-odontológico, à alimentação, educação, vestuário, cultura, lazer e demais condições vitais. Com respeito é claro aos princípios fundamentais da cidadania, valores sociais do trabalho, dignidade da pessoa humana, livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo sempre o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10/06/2016.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, volume

Alexandre de Moraes<sup>13</sup> indica duas obrigações do Estado:

Obrigação de cuidado a toda pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por seus próprios meios. Efetivação de órgãos competentes públicos ou privados, através de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos adequados que pretendam prevenir, diminuir, extinguir as deficiências existentes para um nível mínimo de vida digna da pessoa humana.

José Afonso da Silva<sup>14</sup> afirma que o direito à vida envolve o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e o direito à existência.

Segundo o mesmo, o direito à existência “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”.<sup>15</sup>

A vida não é formada apenas de elementos físicos, materiais; é composta também de elemento moral, a honra da pessoa, enquanto reputação, dignidade e decoro, e a Constituição, assegurando o direito à vida, assegura também a integridade moral, como um valor ético-social da pessoa e da família.

O direito à vida é o primeiro direito de qualquer pessoa, inclusive de um feto que tenha viabilidade de vida, por isso é um direito tão importante, o principal de todos os direitos humanos fundamentais, porque dele derivam os demais

---

3, 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 82.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, volume 3, 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 83.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001, p. 201.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001, p. 201.

direitos; sem o direito à vida, os demais direitos nem existiriam.

## **1.6 Direito a Liberdade**

Montesquieu<sup>16</sup> definiu resumidamente palavra “liberdade”, como sendo “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”. Num conceito um pouco mais completo, a Declaração de 1789 dispôs que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites se não os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos [...] A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade. Declaração dos Direitos do homem e do cidadão.

Ressalta também a liberdade interna, que chamamos de livre arbítrio, onde o homem expressa suas vontades, e a liberdade externa é voltada para aquilo que pode e não pode ser feito.

Não podemos deixar de falar que a liberdade teve uma longa trajetória, uma constante evolução histórica, que até nos dias de hoje vem sendo conquistada.

A Constituição Federal prevê a liberdade como um direito fundamental, estando disposto no art. 5º, IV, a liberdade de pensamento, determinando que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Liberdade de pensamento é o direito de exprimir o que se pensa; é a liberdade de pensar e de dizer o que se acredita em verdadeiro.

O art. 220 da Constituição Federal também dispõe sobre a liberdade de manifestação do pensamento da seguinte forma:

---

<sup>16</sup> *Apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001, p. 236.

Art.220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art.5º, IV, V, X, XIII e XIV.

2º - é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.<sup>17</sup>

Assim, a liberdade, hoje é prevista na nossa Constituição Federal como um direito humano fundamental, estando disposto em vários incisos do art. 5º. Liberdade de pensamento é o direito de se exprimir, seja oralmente ou por escrito; é o direito de falar o que se pensa, o que se acha certo, direito de pensar e decidir o que é melhor para si.

O direito à liberdade engloba várias formas, de liberdade ou autonomia, comunicação, liberdade de expressão, liberdade de autonomia reprodutiva, entre outros, esta última garante tanto a homens quanto a mulheres a liberdade de decidir acerca da sua reprodução, englobando o respeito à liberdade e à autonomia individual, assim como à privacidade e à intimidade. Se o direito à autonomia reprodutiva tem como um dos seus fundamentos o direito à liberdade e à privacidade, referido direito se cumula ao direito ao próprio corpo.

## **1.7 Direito a Dignidade da Pessoa Humana**

Diferente dos direitos fundamentais acima descritos, a dignidade humana é considerada um princípio que não pode ser confundido com uma garantia

---

<sup>17</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10/06/2016.

fundamental. A dignidade da pessoa humana é um princípio da República Federativa do Brasil, conforme art. 1ª da Constituição Federal.

Nas palavras de Alexandre de Moraes<sup>18</sup> a dignidade da pessoa humana é

Um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Dessa forma, a dignidade é um direito individual protético, considerado como um meio de defesa contra o próprio Estado e os demais indivíduos que dele façam parte. É, também, um dever de tratamento igualitário dos semelhantes; as pessoas devem respeitar a dignidade do semelhante posto que a Constituição Federal assim o quisesse ao elencar a dignidade da pessoa humana como um dos Princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que deu origem aos direitos humanos fundamentais, tais como à honra, à vida privada, a intimidade, entre outros, que parecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Dignidade, é o respeito mínimo que se exige à cada pessoa, é um respeito mútuo entre os indivíduos e também do Estado para com os cidadãos.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, volume 3, 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 51.

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, volume 3, 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 51.

No direito Romano prevalece três princípios fundamentais que hoje estão elencados na nossa Constituição, que são eles: honesterevivere (viver honestamente), alterum non laedere (não prejudique ninguém) e suum cuique tribuere (dê a cada um o que lhe é devido). Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, que reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.<sup>20</sup>

O legislador criou uma forma de garantia ao respeito à essência humana englobando a honra, integridade física e psíquica, qualidade de vida, moral, etc. sendo assim, é inaceitável exigir que uma mulher mantenha a gestação de um natimorto, levando a termo o produto da concepção humana com sobrevida mínima proibindo decidir sobre a interrupção da gravidez é afrontar tal princípio.

## **2. ABORTO**

### **2.1 Conceito**

O aborto tem origem no latim "abortus", sendo derivado de "aboriri", que significa perecer, tendo a composição "ab" (a partir de) e "oriri" (nascer). Então o aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto.

É difícil uma conceituação de aborto, pois vários autores trazem de forma diferente. Diniz por exemplo conceitua o aborto como "morte dolosa do feto no útero ou a sua expulsão violenta do ventre materno, da qual resulta a

---

<sup>20</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, volume 3, 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 52.

morte do mesmo feto”.<sup>21</sup>

Já para os doutrinadores como Magalhães de Noronha, Aníbal Bruno, Néilson Hungria<sup>22</sup>, entre outros, o aborto é tido como: “a interrupção da gestação, seguida ou não de expulsão do produto da concepção, antes da sua maturidade, abrangendo, assim, para sua configuração, o período que vai desde a concepção até o início do parto”.

Uma pesquisa feita acerca do aborto o classifica sendo:

[...] Alguns obstetras, para defini-lo, delimitam o tempo de gestação até a 22ª semana de gravidez. Após esse período, a interrupção é considerada parto prematuro e, se houver óbito do feto, este é considerado natimorto. Ou seja, até os cinco meses e meio de gravidez a expulsão do feto é considerada aborto pela medicina; dos cinco meses e meio em diante, parto prematuro. Verificamos, no entanto, que a grande maioria dos abortamentos obedece a um prazo bem menor que as 22 semanas delimitadas pelos obstetras.<sup>23</sup>

Dessa forma o aborto é a interrupção da gestação antes do momento em que realmente deveria ocorrer, é claro que ela pode ser provocada ou espontânea, tendo havido ou não a expulsão do feto.

## 2.2 Tipos de Aborto

Quando se fala em aborto a doutrina qualifica como modalidades ou tipos de

---

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva 2001. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/789/971>>. Acesso em: 02/09/2016, p. 31.

<sup>22</sup> *Apud* DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva 2001. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/789/971>>. Acesso em: 02/09/2016, p. 31.

<sup>23</sup> VERALDO, Tereza Maria; SOUZA, Jucinete Maria. **ABORTO: Interrupção voluntária da gravidez. Aborto terapêutico e aborto eugênico**. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/3782665-Aborto-interruptao-voluntaria-da-gravidez-aborto-terapeutico-e-aborto-eugenico.html>> Acesso em 02/09/2016.

abortos, isso depende de cada autor. Para Maria Helena Diniz o aborto pode ser quanto ao objeto, causa provocadora, visão jurídica, elemento subjetivo.<sup>24</sup>

### *2.2.1 Aborto Espontâneo*

Ocorre involuntariamente, por causa natural sem que haja intervenção externa, pode ser por acidente ou anomalias da formação do feto. Ocorre geralmente nos 1ª dias ou nas primeiras semanas da gravidez com sangramento quase igual ao fluxo menstrual. Pode ser iminente e inevitável.

O aborto iminente é uma ameaça de aborto. A mulher tem um leve sangramento seguido de dores nas costas e outras parecidas com as cólicas menstruais. O aborto inevitável é quando se tem a dilatação do útero para expulsão do conteúdo seguido de fortes dores e hemorragia. O aborto inevitável é dividido em três tipos: o incompleto que é quando ocorre depois da saída dos coágulos a saída restante do conteúdo e o aborto preso, que é quando o ovo morre, mas não é expelido.<sup>25</sup>

Assim também nos ensina Diniz<sup>26</sup>, que o aborto espontâneo ou natural é geralmente causado por doenças no curso da gravidez por péssimas ou precárias condições de saúde da gestante preexistentes a fecundação.

### *2.2.2 Aborto Provocado ou Induzido*

Este por sua vez tem como causador um agente externo, pode ser um

---

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva 2001. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/789/971>>. Acesso em: 02/09/2016, p. 32.

<sup>25</sup> RAMGIS, Amag. **Tipos de Aborto e suas Consequências**. Disponível em: <[http://bvespirita.com/Tipos%20de%20Abortos%20e%20Suas%20Consequencias%20\(Amag%20Ramgis\).pdf](http://bvespirita.com/Tipos%20de%20Abortos%20e%20Suas%20Consequencias%20(Amag%20Ramgis).pdf)>. Acesso em 02/09/2016, p. 01.

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva 2001. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/789/971>>. Acesso em: 02/09/2016, p. 30.

profissional ou leigo que usa algumas técnicas, essa conduta pode ser feita com ou sem consentimento da gestante esse tipo configura o crime de aborto descrito no artigo 124 a 128 do Código Penal. É feito por dilatação ou corte, sucção ou aspiração, curetagem e outra substâncias que são ingeridas com intuito de abortar.

Nas palavras de Bitencourt<sup>27</sup> o aborto só é criminoso quando provocado, pois, possui a finalidade de interromper a gravidez, e eliminar o produto da concepção, sendo exercido sobre a gestante, ou sobre o próprio feto ou embrião.

### *2.2.3 Aborto Humanitário e o Necessário*

Nas palavras de Capez<sup>28</sup>:

Trata-se do aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar.

A mulher estuprada não é obrigada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Desta forma o Estado deu a mulher o direito de fazer ou não o aborto.

Bitencourt<sup>29</sup> assim disserta sobre o tema: o código Penal ao lecionar que “não se pune o aborto”, apresenta o aborto lícito nestas duas hipóteses,

---

<sup>27</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva 2007. V.2.

<sup>28</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte Especial**, 12. ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 124.

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva 2007. V.2.

Humanitário e Necessário.

Na prática, para evitar abusos, o médico só deve agir mediante prova concludente do alegado estupro, salvo se o fato é notório ou se já existe sentença judicial condenatória do estuprador.

Assim, a excludente da ilicitude vai incidir, quando a gravidez for decorrente de estupro, e quando a gestante consentir o aborto.

### **2.3 Visão Jurídica Acerca do Aborto**

Quanto a isso pode se dizer que o aborto pode ser legal ou criminoso de acordo com o que este disposto no art. 124 a 128 do código penal.

O aborto legal é praticado nas hipóteses em que a lei o permite não havendo punibilidade para seu praticante. É o caso típico do aborto necessário e do aborto sentimental. O aborto criminoso é uma prática vedada por lei; ocorre à interrupção da gravidez em qualquer fase evolutiva, havendo, ou não, expulsão do feto.<sup>30</sup>

Há que se dizer, também, que, sob o ponto de vista jurídico, admite-se o aborto na modalidade culposa, em que o médico possa ter agido com negligência ou imperícia.

O CFM (conselho federal de medicina) apresenta essencialmente a ampliação de excludentes de culpabilidade, quando houver interrupção de gravidez, nas seguintes situações:

- a) quando "houver risco à vida ou à saúde da gestante";

---

<sup>30</sup> ESGALHA. R.M. **A Anencefalia e suas Discussões no Mundo Jurídico**. 2007 115f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) Faculdade de Direito de Presidente Prudente. [Orientador: Prof. Dr. Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos]. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/591-707-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 08 maio de 2016, p. 38.

b) se “a gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”;

c) se for “comprovada à anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos”; e

d) se “por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação”. Essa última possibilidade, que implica a mulher não precisar justificar a sua opção, é, de longe, a mais ousada.

O que se discute não é só risco à vida da gestante que autorizaria o aborto, mas também o risco à saúde, uma vez que isso pode acarretar em anomalias irreversíveis.

## **2.4 Aborto no Código Penal Brasileiro**

O código Penal prevê apenas duas modalidades de aborto na forma da lei, que são eles:

Aborto necessário

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

### **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.<sup>31</sup>

Os artigos 124, 125, 126, 127 trazem as formas de aborto:

Art. 124. Provocar aborto em si mesmo ou consentir que outrem lhe provoque:

---

<sup>31</sup> BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2014, art. 128.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127. As penas cominadas nos artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou um dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte.<sup>32</sup>

O auto aborto, tipificado no artigo 124, é a interrupção da gravidez provocada pela própria gestante, que se utiliza de meios físicos, mecânicos ou até químicos para a prática do aborto, o que leva à morte do feto.

### **3. ANENCEFALIA**

#### **3.1 Conceito**

A anencefalia é conhecida como uma má formação, defeito encontrado no fechamento do tubo neural durante a gestação, com isso ocorre à inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, sobrando apenas

---

<sup>32</sup> BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2014, arts. 124, 125, 126 e 127.

às funções inferiores, estas incapazes de dar suporte as funções superiores.<sup>33</sup>

É uma condição caracterizada pela má formação ou ausência da calota craniana. Embora o termo sugira a falta total de cérebro, nem sempre é isso que acontece e muitas vezes há falta de partes importantes do cérebro, mas a presença de algumas estruturas do tronco cerebral, o que sustenta a sobrevivência do feto.

É uma alteração no fechamento do tubo neural, a estrutura que virá a formar o cérebro e a espinha, expondo os hemisférios cerebrais ao líquido amniótico que dissolve toda ou a maioria da massa encefálica, impedindo seu desenvolvimento. Constata-se que a anencefalia é muito mais que a mera ausência do cérebro, até porque, partes dele, ainda que irrisórias, podem estar presentes.<sup>34</sup>

O feto portador de anencefalia por preservar o tronco encefálico ou parte dele, mantém as funções vitais, tais como o sistema respiratório e o cardíaco, sendo também capaz de reagir a estímulos, de manter a temperatura corporal e de realizar os movimentos de sucção e de deglutição, reações exclusivamente reflexas e, assim, típicas do estado vegetativo.<sup>35</sup>

Por ser responsável pelas funções vitais e intelectuais o sistema nervoso central coordena todas as manifestações além de vitais, intelectivas, também as sensitivas e as vegetativas e as malformações nesse sistema geram inúmeras doenças, dentre elas, a anencefalia.

Os autores, pesquisados conceituam anencefalia dando ênfase,

---

<sup>33</sup> DINIZ, Débora, et all. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

<sup>34</sup> FRANCISCO, Davi, Fernandes, Peixoto, **Direito, Anencefalia e Antecipação Terapêutica do Parto**: uma análise da realidade brasileira. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 02.

<sup>35</sup> SOUSA G. V. **Anencefalia: O Direito da Gestante de Interromper a Gravidez**. 2013, 29 fls., Faculdades Integradas Promove de Brasília. [Orientador: Prof. Dr. Benigna Araújo Teixeira]. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/28-30-PB.pdf>. Acesso em: 02/09/2016, p. 12.

principalmente, ao fato de que o feto não tem vida extrauterina, ou seja, não sobreviverá após o parto, e que o feto não possui cérebro, ou esse é muito reduzido. Pode-se dizer que há consenso pelo menos na conceituação da referida patologia, senão vejamos:

[...] uma má-formação fetal incompatível com a vida extrauterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais em virtude de um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não se fecha e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face. Em linguagem coloquial, os fetos com esta má formação são chamados de "fetos rãs".<sup>36</sup>

Assim, anencefalia nada mais é que uma malformação do feto, que pode ser representada pela ausência completa de cérebro, por ser este muito reduzido o que inviabiliza sua vida extrauterina.

Contudo a anencefalia não envolve apenas o cérebro, ou a ausência deste, envolve também todo o sistema nervoso.

A anencefalia gera muitas discussões, em torno desse questionamento se a mãe teria, ou não, o direito de optar por interromper a gravidez, ou se ela seria obrigada a levar a termo essa gravidez de feto anencefálico. O presente trabalho vai se desenvolver a partir de agora em torno dessa discussão.

### **3.2 Anencefalia no Brasil: Repercussões Junto ao Poder Judiciário**

O Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF número 54 no ano de 2012. Nos dizeres do Ministro Ayres Britto, o julgamento da ADPF 54 revelou-se um dos "mais importantes julgamentos que o Supremo Tribunal Federal já realizou, em toda

---

<sup>36</sup> DINIZ, Débora, et all. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 91.

a sua história republicana”.<sup>37</sup> Trata-se de ação que busca a conformidade da interpretação dos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

A confederação nacional dos trabalhadores na saúde ofereceu a arguição de descumprimento de preceito fundamental, previsto no Art. 1º, IV (A dignidade da pessoa humana) e o Art. 5º (princípio da legalidade e autonomia da vontade) e Art. 6º (direito a saúde) e todos da Constituição da República.

Desse modo o tribunal poderá valer-se de alguns dispositivos do código penal para proibição de efetuar a antecipação terapêutica do parto em hipóteses de fetos anencefálicos. Patologia de torna absolutamente inviável a vida extrauterina.

A interpretação a respeito deverá ser feita de conforme com a Constituição Federal, de tais normas, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência das disposições de código penal na hipótese aqui descrita reconhecendo a gestante portadora do feto anencefálico o direito subjetivo de submeter – se aos procedimentos médico adequado.

O que vem sendo discutido é em relação à interrupção da gestação em caso de fetos anencefálicos, se essa conduta caracteriza aborto. Como muito já foi dito a anencefalia é ausência de grande parte de ambos os hemisférios cerebrais, do córtex, dos ossos que compõem a calota craniana e da pele que a reveste, com a consequente exposição do tecido nervoso e fibrótico. Sendo assim o feto considerado pela medicina um “natimorto”.

No Brasil, o aborto é tipificado pelo Código Penal como crime contra a vida, todavia o artigo 128 do Código Penal, até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 54 em abril de 2012, vigia no sentido de não existir punição em dois casos, a saber: Quando não há

---

<sup>37</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/54, Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 25/08/2016.

outro meio para salvar a vida da mãe e, ainda, quando a gravidez resulta de estupro.<sup>38</sup>

A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consideram que a antecipação do parto de fetos anencefálicos não é caracterizada como aborto, tipificados no código penal. O aborto é descrito pela doutrina como interrupção da gravidez com a consequência de morte do feto em produção, não é o que ocorre na antecipação no parto de um feto anencefálico. Nesse caso, decorrente da má formação cognitiva não haverá viabilidade da manutenção do neófito ainda que decorridos os nove meses de gestação.

A discussão jurídica acerca da interrupção da gravidez de um feto anencefálico envolve algumas ponderações, de um lado a potencialidade de vida do nascituro e de outro, a liberdade e autonomia individuais da gestante. O Supremo Tribunal Federal afirma que a prática do aborto de fetos anencefálicos, não é considerada antijurídica, já que o aborto se relaciona a interrupção de uma vida em curso, não sendo o feto anencefálico dotado de vida.

A gestante portadora do feto anencefálico tem o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, que não sobreviverá de maneira autônoma por longo prazo, causando-lhe dor, angustia frustração, e ainda afeta sua integridade física, moral. A tortura psicológica nessas hipóteses é evidente. A Constituição Federal, como sabe, veda toda forma de tortura (5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental, seja ela causada intencionalmente ou que possa ser evitada.<sup>39</sup>

Nessa interpretação a antecipação do parto em situação de gravidez de feto anencefálico não se verifica a antijuridicidade de acordo com o ordenamento

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/54, Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 25/08/2016.

<sup>39</sup> DINIZ, Débora, et all. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

jurídico. O fundamento das decisões judiciais que tem proibido sua realização, não é de ordem jurídica vigente no Brasil, mais sim de cunho moral ou ideológico. A restrição da liberdade de escolha da gestante não se justifica sob um aspecto de direito positivo, em razão da ponderação de valores.<sup>40</sup>

Para alguns o Aborto era considerado algo absurdo, com a possibilidade da ADPF 54 ser aprovada, nossa Justiça deveria ser mais sensata e evitando o desgaste para mães e pais, mas as decisões mais recentes mostram o oposto. Em dois acórdãos de 2013 em São Paulo, o de Aline Amélia de Souza e Bruna Sousa de Mendonça, as gestantes tiveram a autorização para fazer o aborto, mas tiveram que recorrer em 2ª Instância.<sup>41</sup>

### **3.3 Direitos da Mãe Portadora de Feto Anencefálico**

Os direitos humanos fundamentais já foram especificados neste trabalho. Sendo que os principais direitos, que estariam envolvidos nessa questão são o direito à vida da gestante, os direitos do feto anencefálico, além dos direitos à dignidade, à liberdade (autonomia) e a saúde.

Há um constante conflito de direitos, de um lado o feto e de outro a mãe, até que ponto a gestação deve ser levada em consideração, uma vez que os médicos consideram os fetos anencefálicos natimortos, por não serem dotados de vida extrauterina.

No caso de gravidez extrauterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir

---

<sup>40</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/54, Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 25/08/2016, p. 17.

<sup>41</sup> OLIVEIRA A.P. **Os Limites do Poder Judiciário nos casos de antecipação do parto de fetos Anencefálicos**. 2013, 46 fls. Universidade Tuiuti do Paraná, curso de direito [Orientadora: Prof. Helena de Souza Rocha]. Disponível em <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2014/02/OS-LIMITES-DO-PODER-JUDICIARIO-NOS-CASOS-DE-ANTECIPACAO-DO-PARTO-DE-FETOS-ANENCEFALOS.pdf>> Acesso em 02/09/2016, p. 25.

o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.<sup>42</sup>

A interrupção da gestação de um feto anencefálico não é aborto, pois não recai na esfera de aplicação do Código Penal. Isso porque o aborto, tal como regido pelo Código, pressupõe a potencialidade de vida extrauterina do feto. E o feto anencefálico não viverá fora do útero materno, ele não tem essa potencialidade de vida.

No Direito brasileiro não existe uma definição para o momento do início da vida. Mas existe uma definição para o momento em que ocorre a morte: é quando o cérebro para de funcionar. Está na Lei de Transplante de Órgãos. Morte é a morte encefálica, a morte cerebral.

[...] O feto anencefálico não chega sequer a ter início de vida cerebral. Não há sensibilidade, dor ou qualquer rudimento de consciência. Mesmo quem tenha uma posição de absoluta inaceitação do aborto pode apoiar a interrupção da gestação nessa hipótese, porque ela não caracteriza aborto.<sup>43</sup>

A proibição da interrupção da gestação de feto anencefálico nesse caso está negando os direitos fundamentais da gestante, como direito de liberdade, de autonomia, estaria pondo vida e sua saúde em risco, além disso, a gestante deve esperar por nove meses uma criança que não terá vida é submetê-la a tratamento desumano, e isso fere o princípio de todos os princípios,

---

<sup>42</sup> BRASIL, conselho regional de medicina do Estado da Bahia. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 05.

<sup>43</sup> DINIZ, Débora, et all. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

principalmente da dignidade da pessoa humana, sendo equiparado à tortura.<sup>44</sup>

Obrigar a mulher a manter a gestação que ela não deseja, quando o feto não tem viabilidade fora do útero viola a sua autonomia da vontade, a sua liberdade existencial. Alguém poderia insistir no argumento da potencialidade de vida do feto, independentemente da sobrevivência que ele venha a ter, mas a verdade é que se o feto não tem viabilidade sem o corpo da mãe, e se a mãe não deseja tê-lo, obrigá-la a levar a gestação a termo significa funcionalizá-la, instrumentalizá-la a um projeto de vida que não é o seu. Ela estará sendo tratada como um meio e não como um fim em si, em violação à sua dignidade.<sup>45</sup>

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os Direitos fundamentais tiveram uma longa caminhada para conquistar a proteção do Estado, e fornecer as pessoas condições dignas de vida. Esses direitos fundamentais, especialmente o direito a vida e a saúde tiveram seu espaço na Constituição Federal vigente, que hoje prevê também direitos como liberdade, solidariedade, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Ao analisar os direitos fundamentais de saúde, vida, liberdade e dignidade da pessoa humana passamos a falar do aborto seguido a anencefalia, a repercussão desta no mundo jurídico e por fim os direitos da mãe.

---

<sup>44</sup> ESGALHA, R.M. **A Anencefalia e suas Discussões no Mundo Jurídico**. 2007 115f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) Faculdade de Direito de Presidente Prudente. [Orientador: Prof. Dr. Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos]. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/591-707-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 08 maio de 2016, p. 57.

<sup>45</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF/54, Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 25/08/2016.

A anencefalia gera muitas discussões, em relação se a mãe teria o direito de optar por interromper a gravidez, ou se ela é obrigada a levar a diante, sob pena de incorrer crime de aborto.

O fato é que não basta só permitir a interrupção da gestação nesses casos e entender como uma solução do problema, o que seria mais viável e também seria um amadurecimento da nossa legislação é dar a escolha para a mãe, pois só ela sabe o quanto é difícil carregar 09 (nove) meses uma criança que sabe nascer sem vida.

De acordo com as ponderações até o momento em que se constatou clinicamente a anencefalia, o mesmo era merecedor da tutela penal, pelo pressuposto da existência de vida, mais a partir do momento em que comprovou a morte encefálica, deixou de ser amparado pelo artigo 124 do Código Penal.

Não está caracterizada um conflito de princípios fundamentais, pois apenas uma das partes é detentora de direito, a outra parte, nem vida possui. Dessa forma não seria ilegal permitir a antecipação do parto em casos de anencefalia. Os direitos fundamentais, principalmente os direitos de liberdade e de autonomia de escolha, estariam sendo aplicado de tal forma que não auferisse a Constituição Federal.<sup>46</sup>

O problema decorrente da anencefalia tem grande responsabilidade do Estado, que não do suporte básico para as mães que tenham um acompanhamento com medico especialista que possa passar o tratamento correto para ter uma gestação saudável, tomando alguns cuidados e remédios de suma importância, como o ácido fólico responsável pelo

---

<sup>46</sup> ESGALHA. R.M. **A Anencefalia e suas Discussões no Mundo Jurídico**. 2007 115f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) Faculdade de Direito de Presidente Prudente. [Orientador: Prof. Dr. Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos]. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/591-707-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 08 maio de 2016, p. 94/95.

fechamento da calota craniana.

Conclui-se com isso que a mãe deve ter reconhecido seu direito de optar por interromper ou não a gestação, certo que não há conflito de interesses, o feto anencefálico não possui propriamente uma vida, e assim não incorreria em crime de aborto se a gestante optasse por interromper a gestação de feto anencefálico.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva 2007. V.2.

BOBBIO, Norberto. **Direitos Humanos**: A era dos direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho. 7º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 17 ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

Acesso em: 10/06/2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental, ADPF/54, Distrito Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>.

Acesso em 25/08/2016.

BRASIL, conselho regional de medicina do Estado da Bahia. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte Especial**, 12º ed. São Paulo: Saraiva 2012.

DINIZ, Débora, et all. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva 2001. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/789/971>>. Acesso em: 02/09/2016.

ESGALHA. R.M. **A Anencefalia e suas Discussões no Mundo Jurídico**. 2007 115f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) Faculdade de Direito de Presidente Prudente. [Orientador: Prof. Dr. Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos]. Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Downloads/591-707-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/591-707-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 08 maio de 2016.

FERREIRA, Filho, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 38. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 1991.

FRANCISCO, Davi, Fernandes, Peixoto, **Direito, Anencefalia e Antecipação Terapêutica do Parto**: uma análise da realidade brasileira. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

MENDES, Oliveira, Carlos Renato, **Discurso acerca do aborto de anencefálicos no julgamento pelo supremo tribunal federal da ADPF 54 em face da supremacia do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro**, Salvador-Bahia, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, volume 3, 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000.

OLIVEIRA A.P. **Os Limites do Poder Judiciário nos casos de antecipação do parto de fetos Anencefálicos.** 2013, 46 fls. Universidade Tuiuti do Paraná, curso de direito [Orientadora: Prof. Helena de Souza Rocha]. Disponível em <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2014/02/OS-LIMITES-DO-PODER-JUDICIARIO-NOS-CASOS-DE-ANTECIPACAO-DO-PARTO-DE-FETOS-ANENCEFALOS.pdf>> Acesso em 02/09/2016.

RAMGIS, Amag. **Tipos de Aborto e suas Consequências.** Disponível em: <[http://bvespirita.com/Tipos%20de%20Abortos%20e%20Suas%20Consequencias%20\(Amag%20Ramgis\).pdf](http://bvespirita.com/Tipos%20de%20Abortos%20e%20Suas%20Consequencias%20(Amag%20Ramgis).pdf)>. Acesso em 02/09/2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2001.

SOUSA G. V. **Anencefalia: O Direito da Gestante de Interromper a Gravidez.** 2013, 29 fls., Faculdades Integradas Promove de Brasília. [Orientador: Prof. Dr. Benigna Araújo Teixeira]. Disponível em <<file:///C:/Users/User/Downloads/28-30-PB.pdf>>. Acesso em: 02/09/2016.

VERALDO, Tereza Maria; SOUZA, Jucinete Maria. **ABORTO: Interrupção voluntária da gravidez. Aborto terapêutico e aborto eugênico.** Disponível em: <<http://docplayer.com.br/3782665-Aborto-interruptao-voluntaria-da-gravidez-aborto-terapeutico-e-aborto-eugenico.html>> Acesso em 02/09/2016.

## **CIDADES PARA PESSOAS E O CONFLITO ENTRE A SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO**

**Alan Felipe Provin<sup>1</sup>**

**Yury Augusto dos Santos Queiroz<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Por muito tempo, o meio ambiente não tomou o foco das preocupações sociais e políticas, enquanto o desenvolvimento econômico, a contraponto, intensificava suas atividades em busca de riquezas, ainda que custasse a continuidade da natureza e a própria sobrevivência humana no planeta.

Por este motivo os objetivos deste trabalho são aclarar o que vem a ser uma cidade sustentável, bem como, o que está sendo feito ou quais os modelos de gestão necessários para que ocorra um desenvolvimento urbanístico sustentável.

A abordagem se dará por uma visão mais social, na tentativa de demonstrar como a sociedade pode contribuir para o alcance de uma cidade sustentável.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Derecho Ambiental y Sostenibilidad pela Universidade de Alicante na Espanha. Mestrando do curso de Ciência Jurídica no programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bolsista do Fundo de Apoio à Manutenção e ao Desenvolvimento da Educação Superior – FUMDES. Pós-graduando *lato sensu* em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Especialista *lato sensu* em Direito Civil e Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Bacharel em Direito pela UNIVALI. Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e Tabela de Notas e Protestos da Comarca de Modelo/SC. E-mail: alanprovin@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestrando em Derecho Ambiental y Sostenibilidad pela Universidade de Alicante na Espanha. Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bolsista CAPES. Pós-graduando *lato sensu* em Direito Empresarial e dos Negócios pela UNIVALI. Bacharel em Direito pela UNIVALI. Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Direito Previdenciário. E-mail: yury.queiroz@hotmail.com. Balneário Camboriú, estado de Santa Catarina, Brasil.

Primeiramente, buscou-se demonstrar de que forma as cidades chegaram ao estado em que estão, com duas realidades, a da área central e da área periférica.

A partir disso, adentra-se no estudo do conceito de desenvolvimento sustentável e de como a população, ou seja, a sociedade pode e deve atuar em conjunto com o poder público ou cobrando deste soluções aos problemas que atinge as cidades e não permitem o alcance do desenvolvimento sustentável.

Partindo desse estudo, levantam-se os questionamentos a serem desfragmentados no decorrer do terceiro item, o que vem a ser uma cidade sustentável? O que está sendo feito ou quais os modelos de gestão necessários para que ocorra um desenvolvimento urbanístico sustentável? Por fim, enfrentando a problemática proposta, elucidar-se-á que se faz necessário uma atuação em conjunto para o alcance do desenvolvimento urbano sustentável.

A importância do tema pode ser constatada quando visualizado que a atividade humana sobre o planeta tem o poder de se autodestruir, motivo pelo qual devem ser tomadas as medidas cabíveis para que o desenvolvimento sustentável ocorra de forma a conciliar o crescimento econômico e a sustentabilidade do meio em que se consubstancia.

Quanto à metodologia empregada no presente, este se realizou pela base lógica Indutiva<sup>3</sup>, e foram utilizadas as Técnicas do Referente<sup>4</sup>, da Categoria<sup>5</sup>,

---

<sup>3</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

<sup>4</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 53.

<sup>5</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. p. 25.

do Conceito Operacional<sup>6</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>7</sup>.

## **1. A CONSTRUÇÃO DO MEIO AMBIENTE SOCIAL DE MANEIRA SUSTENTÁVEL**

Os fatores ambientais são determinantes para que ocorram migrações, o homem como qualquer outro animal depende essencialmente de três coisas: comida, água e procriar. Esses três elementos sempre estiveram presentes em toda a história das migrações, esta que por seu turno surge, ou melhor, acontece quando um desses fatores deixa de existir em determinada região habitada.

Por exemplo, no Brasil nas décadas de 70 até 90 as migrações eram devido as enormes e longas secas que atingiam a região nordeste, não é que estes eventos nunca aconteceram, mas passaram a ser cada vez mais longos e a "castigar" ainda mais o homem que naquela região possuía uma economia de subsistência, mas devido às secas já não tinha mais água e comida suficiente para que pudesse procriar e manter-se naquelas regiões.

Assim, buscando melhores condições esses migrantes saem do meio rural e passam a tomar lugar nos grandes centros onde os requisitos para a sobrevivência são mais "fáceis" de se localizar. Ocorre que o Capital não quer seus centros tomados por pessoas que não possuam o mesmo poder aquisitivo que aqueles que já viviam ali. Conforme explica Grostein<sup>8</sup>, a urbanização imprimiu às metrópoles uma forma de expansão desorganizada,

---

<sup>6</sup> "[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]". PASOLD, Cesar Luis. Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática. p. 37.

<sup>7</sup> "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luis. Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática. p. 209.

<sup>8</sup> GROSTEIN, Marta Dora. Metrópole E Expansão Urbana: A Persistência De Processos "Insustentáveis". **São Paulo Perspec.**, São Paulo , v. 15, n. 1, p. 13-19, Jan. 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392001000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000100003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 17 Out. 2016.

isto é

[...] não resultou de determinações ou projetos articulados visando a extensão da cidade, mas, ao contrário, prevaleceu a difusão do *padrão periférico*, condutor da urbanização do território metropolitano, perpetuando, assim, o loteamento ilegal, a casa autoconstruída e os distantes conjuntos habitacionais populares de produção pública, como seus principais propulsores.

Como consequência, a autora segue explicando que o padrão de expansão “periférico” acabou criando significativa concentração da pobreza nas metrópoles brasileiras e tem como expressão um espaço *dual*: de um lado, a *cidade formal*, que concentra os investimentos públicos e, de outro, o seu contraponto absoluto, a *cidade informal* relegada dos benefícios equivalentes e que cresce exponencialmente na ilegalidade urbana que a constitui, exacerbando as diferenças socioambientais.

Como consequência desta divisão, ou segundo Nigro<sup>9</sup> dessa forma de urbanização excludente, inúmeras consequências nocivas atingem a todos, primeiro no que tange as questões ambientais, depois políticas, jurídicas, econômicas e culturais. Mas como seria possível solucionar ou no mínimo minimizar esses problemas, que estão presentes no sistema aberto e vivo que é uma cidade?

Segundo Harvey<sup>10</sup> um dos fatores responsáveis pelo agravamento dos problemas nas cidades é de responsabilidade do meio acadêmico, pois acaba estudando apenas os fenômenos e não as causas ou mesmo estuda a possibilidade da ocorrência de eventos futuros que poderiam vir a afetar as cidades. Segundo o autor os estudos também são feitos de formas individualizadas e não interdisciplinares, por este motivo seria importante e

---

<sup>9</sup> NIGRO, Carlos Domingos. **(In) sustentabilidade Urbana**. Ed. Ibepex. Curitiba. Brasil. 2007. p.68.

<sup>10</sup> HARVEY, David. **Urbanismo y desigualdade Social**. 7. Ed. Editora Siglo XXI. Madrid. Espanha. p.15.

necessário a integração entre diferentes métodos de pesquisa.

Considerando a ideia do autor citado no parágrafo anterior, é possível dizer que ainda que o direito venha a estudar a criação de legislações voltadas para solução de problemas, não pode olvidar o contexto histórico e também as estruturas urbanas que foram se formando ao longo do tempo, tendo em vista que cada uma possui uma característica própria, mas que estão essencialmente interligadas, assim é necessário que o pesquisador tenha duas visões, primeiro a sociológica e depois a geográfica. Harvey diz *in verbis*:

[...] La distinción entre imaginación geográfica y la sociológica es artificial cuando lo que buscamos es ver los problemas cuando examinamos nuestros modos de pensar acerca de la ciudad. Podemos citar muchos investigadores que poseen una enorme imaginación sociológica (C. Wright Mills entre ellos) que, sin embargo, parecen vivir y trabajar en un mundo en el que el espacio no existe. Hay también otros que, dotados de una gran imaginación geográfica o conciencia espacial, no llegan a ver o modo en que está modelado el espacio puede tener profundos efectos sobre los procesos sociales, y de aquí los numerosos ejemplos de bellos diseños en la ambientación moderna que resultan inhabitables<sup>11</sup>.

Nesse contexto, um dos instrumentos para solucionar os problemas urbanos seria o exercício de uma gestão interdisciplinar. Ainda que alguns autores como Nigro, apresentem um modelo de gestão "matemático" no sentido de que o estudo da soma de fatores pode prever possíveis consequências do modelo de desenvolvimento das cidades atualmente, ele reconhece que

[...] a fusão dessas variáveis, que se constituem como parâmetros analíticos complexos, muitas vezes se concretiza através de políticas públicas, focalizadas e emergenciais, e não estruturantes, pois falta de indicadores ou outros modelos de instrumentos analíticos de gestão, e pela urgência e pressão para

---

<sup>11</sup> HARVEY, David. **Urbanismo y desigualdade Social**. 7. Ed. Editora Siglo XXI. Madrid. Espanha. p.16-17.

serem implementadas, essas políticas tornam-se superficiais, não atingindo a raiz do problema<sup>12</sup>.

Logo, é necessário que sejam formulados, sobre tudo, políticas públicas e estudos que permitam harmonizar e integrar distintas estratégias para solução dos problemas sociais, levando em consideração o complexo conjunto de processo sociais, mas também os elementos espaciais, da mesma forma dificilmente haverá um desenvolvimento urbanístico sustentável sem a percepção social ser considerada para a estruturarão da cidade.

## **2. A ATUAÇÃO DA POPULAÇÃO PARA O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE**

O conceito de Desenvolvimento Sustentável teve lugar a partir do informe "Nosso Futuro Comum" mais conhecido como Relatório *Bruntland*, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial para o meio ambiente e desenvolvimento, da Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>13</sup>:

[...] El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

Nas palavras de Mateo, o Desenvolvimento sustentável pode ser entendido como uma política e uma estratégia de desenvolvimento econômico e social contínuo que não vai a detrimento do Meio Ambiente, sendo necessário para que os comuns e seus descendentes possam viver dignamente em um meio físico adequado<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> NIGRO, Carlos Domingos. **(In)sustentabilidade Urbana**. Ed. Ibplex. Curitiba. Brasil. 2007. p.62.

<sup>13</sup> GARCÍA, José Francisco Alenza. **Manual de Derecho Ambiental**. Editora Universidade Pública de Navarra. Impreso por Litografía IPAR S.L. Pamplona. Espanha. 2001. p.42.

<sup>14</sup> MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. 1º Ed. Editora Trivium. Madrid. 1995. p.41-42.

Todavia, o termo 'desenvolvimento' traz também a ideia de que se deve estar sempre seguindo para frente, sempre desenvolvendo. A Sustentabilidade por outro lado, se apresenta de forma mais ampla e 'flexível', sobrepesa os fatores e verifica qual é a conduta mais adequada a ser tomada, se é possível continuar ou se deve parar até que se possa seguir<sup>15</sup>. Enquanto que o Desenvolvimento Sustentável passa apenas a visão de crescimento constante.

Segundo Cruz e Ferrer <sup>16</sup>, a sustentabilidade é um processo mediante o qual se tenta construir uma cidade global capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana. Após isso, quando atingido o objetivo de construir essa sociedade, será sustentável aquilo que contribua para esse processo, e, da mesma forma, insustentável o que se afasta dele.

Tendo como base o que vem a ser Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade, é possível dizer que o modelo de crescimento urbano atual ainda está voltado para um modelo de Desenvolvimento Urbano Sustentável do que para cidades Sustentáveis, ainda que nem mesmo se verifique elementos suficientes para indicar um desenvolvimento realmente sustentável da maioria das cidades.

O maior problema para a implementação de políticas e projetos voltados para a garantia de um Desenvolvimento Sustentável ou até mesmo para que opere nas cidades uma consciência sustentável é o conflito entre o interesse daqueles que possuem o "poder de decisão" e aqueles que querem a

---

<sup>15</sup> MAFRA, Juliete Ruana. VIEIRA, Ricardo Stanziola. A Sustentabilidade no Contexto Global e no Brasil: compreendendo a experiência no cumprimento dos objetivos do milênio apazados para 2015. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, XXIV, 2015, Belo Horizonte/MG. **Direito e Sustentabilidade II**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/t9513697>>. Acesso em 26 jan. 2016.

<sup>16</sup> CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. In: **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 254, dez. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

mudança.

Na realidade brasileira, ainda que ao longo dos últimos três anos a consciência da população e seu ativismo em vários assuntos, principalmente no campo político, tenha se alterado para melhor, ainda falta voltar-se mais para o tema da sustentabilidade e preservação dos recursos.

Por outro lado, em algumas cidades em situações isoladas já é colocado em prática algumas condutas sustentáveis, por exemplo, em Balneário Camboriú, já existe a coleta seletiva, ainda que a maioria da população não a utilize.

Agora temos o segundo problema para a implementação de políticas para o desenvolvimento sustentável, a falta de informação da população. Somente a existência de mecanismos sustentáveis não fará a mudança ocorrer, é preciso que o Estado atue junto a população para que uma vez informados possam por em pratica as ações sustentáveis disponíveis. Sobre esta necessidade Manresa diz que:

[...] lo cierto es que para que los ciudadanos, individual o colectivamente, puedan participar em esa tarea de protección de forma real y efectiva, em cumplimiento del mencionado mandato constitucional, es imprescindible disponer de los medios instrumentales adecuados, cobrando especial significación la participación em el proceso de toma de decisiones públicas para garantizar el funcionamiento democrático de las sociedades e introducir mayor transparencia em la gestión de los asuntos públicos, máxime desde la consideración de que la potestad de planeamiento tiene carácter driscrecional, como se expone seguidamente<sup>17</sup>.

Nesse contexto, retomamos a ideia de que o pensamento para o desenvolvimento sustentável urbano deve ter em mente não só o geográfico, mas também o social. Ocorre que, as mudanças são ainda mais demoradas

---

<sup>17</sup> MANRESA, Maria Fuensanta Gómez. **Planeamiento Urbanístico y Desarrollo Sostenible**. Editora Dykinson S.L. Madrid. 2015. p.58-59.

quando são obrigadas a ocorrer em todo um estado, ao invés de iniciar em uma cidade e ir expandindo-se aos poucos.

Essa dificuldade deve-se ao fato de que conhecer os diversos problemas ambientais regionais, analisar em cada caso e situação a vulnerabilidade dos recursos e também as suas potencialidades, limitações e riscos possíveis a que se encontram expostos<sup>18</sup>, não é uma tarefa simples, principalmente quando há a necessidade de utilização dos recursos financeiros em outras áreas como saúde e educação. Por outro lado uma implementação local específica

[...] se proyecta sobre intereses locales y competências municipales, desde la consideración de que el urbanismo es un asunto de interés local sobre el que los Ayuntamientos ejercen sus competências, pero sin olvidar que tanto em el urbanismo como em la ordenación del territorio confluyen intereses de diferente naturaleza, intensidad y ámbito territorial, que pueden legitimar el control de otras Administraciones em los casos em ocurran intereses públicos que rebasan el ámbito puramente local<sup>19</sup>.

O estudo individualizado também proporciona a mitigação ou até mesmo impedem que as populações sofram impactos causados pela implementação de políticas sustentáveis no local, como deslocamento de pessoas, perda de biodiversidade, perda de benefícios econômico em longo prazo, maior risco de incêndios e perda de conhecimento tradicional<sup>20</sup>.

Já no que tange especificamente as cidades, o estudo deve ser feito para que não seja beneficiada somente a população que habita o centro das cidades, ou somente as áreas mais próximas a ele, principalmente considerando que

---

<sup>18</sup> SARLAT, Rosalia Ibarra. **El Mecanismo del Desarrollo Limpio**. 1.ed. Aranzadi. 2012. Pamplona. P.415.

<sup>19</sup> MANRESA, Maria Fuensanta Gómez. **Planeamiento Urbanístico y Desarrollo Sostenible**. 2015. p.61.

<sup>20</sup> SARLAT, Rosalia Ibarra. **El Mecanismo del Desarrollo Limpio**. 1.ed. Aranzadi. 2012. Pamplona. P.417.

a maior carência em relação aos mecanismos inerentes a cidades sustentáveis se encontra nas margens das cidades, em favelas, em bairros afastados, que recebem atenção apenas a cada quatro anos quando ocorrem as eleições municipais no Brasil.

Mas, que mecanismos podem ser implementados para o alcance de cidades, no mínimo, sustentáveis? Segundo explica Cutanda,

[...] La participación de los ciudadanos em la política de defensa del medio ambiente no se reduce ya, como hemos expuesto, a los cauces ordinarios de participación política que ofrece um sistema democrático, sino que incluye diversas formas de la denominada participación administrativa, esto es, aquella que permite a los ciudadanos uma intervención directa em la actuación de la Administración para la defensa del medioambiente<sup>21</sup>.

Segundo a autora a participação da população e sensibilização desta em relação aos problemas ambientais, sem dúvida, em países com maior consciência ambiental como a Alemanha, acabou por fomentar a criação de partidos políticos “verdes”, ainda que minoritários, que tendem a incrementar e utilizar seu peso político para contribuir de forma importante na incorporação de questões ambientais nas agendas dos governos e na atividade parlamentar<sup>22</sup>. Assim, além da atuação consciente a população passa a ter representantes atuantes e com poder de decisão acerca de matéria ambiental.

Pois enquanto o desenvolvimento das cidades não for pensado de forma social e geográfica, enquanto as políticas criadas forem apenas emergenciais, os problemas de estrutura urbana continuarão a se espalhar impossibilitando o alcance de cidades sustentáveis, e ainda que ocorram o desenvolvimento, crescimento e expansão de seus territórios, as consequências futuras podem

---

<sup>21</sup> CUTANDA, Blanca Lozano. **Derecho Ambiental Administrativo**. 2010. p. 343.

<sup>22</sup> CUTANDA, Blanca Lozano. **Derecho Ambiental Administrativo**. 11º. Ed. Editora La Ley. Espanha. Madri. 2010. p. 343.

ser catastróficas tanto na estrutura quanto no social.

Portanto é fundamental que haja participação da sociedade em relação aos projetos e desenvolvimento de atividades que irão tornar as cidades mais sustentáveis, essa integração por sua vez deve considerar todos os grupos de pessoas de diferentes idades, culturas, profissões e rendas, para que assim possa haver um efeito estabilizador das diferenças urbanas o que significa alcançar um equilíbrio entre os atores da vida urbana e logicamente um equilíbrio nos fatores que impossibilitam o alcance de um desenvolvimento urbanístico sustentável<sup>23</sup>.

### **3. A CIDADE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Ao longo do presente trabalho se falou muito sobre “cidades sustentáveis”, alcance da sustentabilidade, participação da sociedade para criação de uma cidade sustentável, foram também apresentados alguns conceitos do que é sustentabilidade e também desenvolvimento sustentável. Todavia, não ficou ainda nítido o que vem a ser uma cidade sustentável ou o que está sendo feito ou quais os modelos de gestão necessários para que ocorra um desenvolvimento urbanístico sustentável, logo, o objetivo do presente item é justamente elucidar estes últimos questionamentos.

Como visto anteriormente o desenvolvimento sustentável não necessariamente implica na conservação da natureza no seu estado atual, paralisando o desenvolvimento, é na verdade o contrário, o desenvolvimento sustentável visa utilizar a natureza e seus recursos de maneira que conduza a um desenvolvimento econômico, mas que não impossibilite a viabilidade

---

<sup>23</sup> IGLESIAS, Miguel Ángel Gonzáles. **La Accesibilidad, la cohesión e integración social.** In: LÓPEZ, Tomás Quintana. MARCOS, Ababelén Casares. Urbanismo Sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Editora. Tirant lo Blanch. Valência. 2016. p.312-313.

ambiental do futuro.

Para as cidades esse desenvolvimento sustentável se traduz em utilizar o solo e os recursos naturais de forma mais racional. Atualmente as cidades possuem um modelo de desenvolvimento disperso e muito pouco funcional, prolifera ainda forma de urbanização e edificações de pouca densidade e que geram por sua vez uma enorme repercussão ambiental<sup>24</sup>. Para fazer frente a esse modelo, segundo Rerat<sup>25</sup> *“por mucho que sea objeto de crítica, la ciudad compacta representa el modelo de urbanización más respetoso con el desarrollo sostenible y, en consecuencia, el más deseable”*.

Outro componente que deve estar presente nas cidades sustentáveis é a reutilização de áreas e edifícios, lutando contra a deterioração material desses locais, essa ação se traduz em um urbanismo de sustentável e também de conservação, que poderia ser impulsionado mediante políticas públicas, essas ações voltadas principalmente para as cidades que detêm material urbano histórico como prédios, praças, mercados e etc.

Essas ações de reabilitação, renovação e regeneração de edifícios, áreas e tecidos urbanos, garantiriam o objeto maior de uma cidade sustentável que é assegurar aos seus cidadãos uma adequada qualidade de vida e a efetividade do direito de desfrutar de uma vida digna e adequada, para essa geração e principalmente para as futuras.

No decorrer dos anos foram criados vários projetos, diferentes legislações nos três âmbitos do Estado, a bem da verdade esses instrumentos são importantes para a gestão urbanística, pois tem com objeto estabelecer as bases técnicas e econômicas para utilização dos recursos, e traz previsões de

---

<sup>24</sup> LÓPEZ, Tomás Quintana. **Hacia un modelo de urbanismo sostenible**. In: LÓPEZ, Tomás Quintana. MARCOS, Ababelén Casares. *Urbanismo Sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*. Editora. Tirant lo Blanch. Valência. 2016. p.17-21.

<sup>25</sup> RETRAT, Patrick. *Apud*. YANES, Luis Miguel Arroyo. *El papel de la Administración local em el impulso y fomento de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas*. In: LÓPEZ, Tomás Quintana. MARCOS, Ababelén Casares. **Urbanismo Sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas**. Editora. Tirant lo Blanch. Valência. 2016. p.112-113.

atuações integradas. Todavia a palavra chave para o alcance de cidades sustentáveis é: Gestão.

[...] Es la administración competente la que ha de velar por el cumplimiento de este conjunto de deberes que exige la conservación de "los terrenos, instalaciones, construcciones y edificaciones", de acuerdo siempre con lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable<sup>26</sup>.

Por outro lado, os sistemas de governo e logo a forma de gestão atual refletem a visão ultrapassada, mas ainda coletiva de uma comunidade ou de uma sociedade narcisista que creem que os seres humanos são excepcionais, superiores ao resto dos seres da natureza e que não estão sujeitos as suas leis da mesma forma que estão os outros seres. Em outras palavras, os modelos de governo e gestão atuais ainda passam uma ideia de que os recursos são infinitos.

[...] Por ejemplo, el sistema político puede promover la sobreexplotación de una población de peces, el legal puede autorizarla y el económico puede incentivarla, pero todos estos sistemas son incapaces de evitar el colapso definitivo de la población de peces que viene dictado por las leyes de la naturaleza. La sostenibilidad depende de que los sistemas de gobierno se aseguren de que la gente comprenda y cumpla con estas leyes de la naturaleza<sup>27</sup>.

Ainda críticos à citação acima, não há como negar que os fatores naturais e as mudanças que ocorrem dificilmente estão sobre o controle do ser humano, óbvio que este influencia para que ocorram com mais frequência ou para que sejam mais graves. Por isso um modelo de gestão é fundamental,

---

<sup>26</sup> YANES, Luis Miguel Arroyo. *El papel de la Administración local em el impulso y fomento de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas*. In: LÓPEZ, Tomás Quintana. MARCOS, Ababelén Casares. **Urbanismo Sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas**. Editora. Tirant lo Blanch. Valência. 2016. p.115.

<sup>27</sup> CULLIMAN, Cormac. **El Gobierno de las personas como miembros de la comunidad de la tierra**. In: RENNERT, Michael. PRUGH, Tom. Organizadores. *Gobernar para la sostenibilidad*. Editora Icaria editorial S.A. Barcelona. 2014. p.122.

principalmente a gestão local.

A cidade de Bombay na Índia possui um governo local que administra mais pessoas do que os 150 Estados menores que são membro das Nações Unidas, segundo Zimmermann<sup>28</sup> esta urbanização cada vez mais intensa requererá a construção durante os próximos 40 anos de capacidade urbana, edifícios e infraestruturas equivalentes a todas as construídas nos últimos 4 mil anos. Ainda segundo Zimmermann<sup>29</sup>:

[...] Los gobiernos locales y regionales forman una potente coalición de entidades afectadas y no constituyen en absoluto simples brazos subordinados a los gobiernos nacionales. A pesar de sus sistemas políticos y económicos diversos y de su rango de responsabilidades a menudo limitado, gobiernos locales de diversos países actúan localmente y argumentan globalmente. Su colaboración global está libre em gran medida de los patrones habituales de la política, intereses y enforques nacionales; praticamente todos los gobiernos locales que participan em procesos de cooperación internacional lo hacen com una mentalidade relativamente aberta y priorizando objetivos conjunto, como la protección del clima, la conservación de la biodiversidad y la gestión sostenible de recursos.

Diferente do que possa parecer, agir localmente não implica em não pensar globalmente ou mesmo deixar de contribuir para o todo, quando os governos locais fazem uma gestão voltada para determinado município, estado, região isso não implica em ignorar os efeitos de suas ações no restante do país. Pelo contrário, significa praticar ações e estratégias locais especificadas e criadas para atingir os problemas de determinada região, pois como vimos, nem sempre a política pública criada para uma determinada cidade poderá ser

---

<sup>28</sup> ZIMMERMANN, Monika. **Sobre como los gobiernos locales se han convertido en um fator de sostenibilidad global.** In: RENNER, Michael. PRUGH, Tom. Organizadores. Gobernar para la sostenibilidad. Editora Icaria editorial S.A. Barcelona. 2014. p.231-233.

<sup>29</sup> ZIMMERMANN, Monika. **Sobre como los gobiernos locales se han convertido en um fator de sostenibilidad global.** In: RENNER, Michael. PRUGH, Tom. Organizadores. Gobernar para la sostenibilidad. 2014. p.234.

utilizada em outra, alcançando o mesmo nível de satisfação.

No mesmo sentido, Costa e Diz<sup>30</sup> dizem:

[...] o Município tem plena competência para estabelecer as políticas públicas voltadas para a proteção ambiental numa perspectiva de que o meio ambiente não pode ser considerada como pertencente exclusivamente a nenhuma das esferas estatais, o que possibilita a criação de normas municipais que venham a atender o interesse difuso de proteção do meio ambiente, mesmo que numa abrangência local.

Portanto é imprescindível compreender este enorme potencial e estabelecer condições para que os governos possam atuar dentro de seus mecanismos de mudança, adoção de decisões e desencadeiem e desenvolvam este potencial para lograr melhorar o meio ambiente e o bem estar dessa e das futuras gerações.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a presente pesquisa, pôde-se averiguar a amplitude da discussão acerca da atuação local tanto da população como do poder público para o alcance do desenvolvimento sustentável das cidades, pois nem sempre o Estado atua com a diligência necessária na solução dos problemas em longo prazo, vezes por atuar somente de forma emergencial e outras por não conhecer a realidade local.

Verificou-se também que um desenvolvimento sustentável das cidades só poderá ser alcançado quando analisado tanto o contexto social quanto o

---

<sup>30</sup> COSTA, Beatriz Souza. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. A Proteção do Meio Ambiente no Brasil e a Atuação dos Municípios: a responsabilidade objetiva. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, XXIV, 2015, Belo Horizonte/MG. **Direito e Sustentabilidade II.** p. 531-548. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/t9513697>>. Acesso em 26 jan. 2016. p. 536.

estrutural, com a finalidade de beneficiar a ambos e também à todas as camadas da sociedade.

Por fim, apurou-se que uma cidade sustentável é aquela que possui uma gestão que aplica políticas públicas voltadas a solução de problemas, mas sem deixar de atender ao equilíbrio entre utilização e recursos. Todavia se faz necessário uma atuação em conjunto para o alcance do desenvolvimento urbano sustentável, pois uma atuação local nem sempre possui todos os recursos financeiros para estudos de solo, área e demais necessários, portanto, estados, municípios e União devem colaborar entre si para que a presente geração e as futuras possam viver em uma cidade sustentável e com dignidade.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

COSTA, Beatriz Souza. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. A Proteção do Meio Ambiente no Brasil e a Atuação dos Municípios: a responsabilidade objetiva. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, XXIV, 2015, Belo Horizonte/MG. **Direito e Sustentabilidade II**. p. 531-548. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/t9513697>>. Acesso em 26 jan. 2016.

CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. In: **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 254, dez. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

CULLIMAN, Cormac. ***El Gobierno de las personas como miembros de la comunidad de la tierra***. In: RENNERT, Michael. PRUGH, Tom. Organizadores. Governar para la sostenibilidad. Editora Icaria editorial S.A. Barcelona. 2014.

CUTANDA, Blanca Lozano. **Derecho Ambiental Administrativo**. 11º. Ed. Editora La Ley. Espanha. Madri. 2010.

GARCÍA, José Francisco Alenza. **Manual de Derecho Ambiental**. Editora Universidade Pública de Navarra. Impresso por Litografia IPAR S.L. .Pamplona. Espanha. 2001.

GROSTEIN, Marta Dora. Metrópole E Expansão Urbana: A Persistência De Processos "Insustentáveis". **São Paulo Perspec.**, São Paulo , v. 15, n. 1, p. 13-19, Jan. 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-8839200100010003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-8839200100010003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 17 Out. 2016.

HARVEY, David. **Urbanismo y desigualdade Social**. 7. Ed. Editora Siglo XXI. Madrid. Espanha.

IGLESIAS, Miguel  ngel Gonzáles. **La Accesibilidad, la cohesión e integración social**. In: LÓPEZ, Tomás Quintana. MARCOS, Ababelén Casares. Urbanismo Sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Editora. Tirant lo Blanch. Val ncia. 2016.

LÓPEZ, Tomás Quintana. **Hacia un modelo de urbanismo sostenible**. In: LÓPEZ, Tomás Quintana. MARCOS, Ababelén Casares. Urbanismo Sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Editora. Tirant lo Blanch. Val ncia. 2016.

MAFRA, Juliete Ruana. VIEIRA, Ricardo Stanziola. A Sustentabilidade no Contexto Global e no Brasil: compreendendo a experiência no cumprimento dos objetivos do mil nio aprezados para 2015. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, XXIV, 2015, Belo Horizonte/MG. **Direito e Sustentabilidade II**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/t9513697>>. Acesso em 26 jan. 2016.

MANRESA, Maria Fuensanta Gómez. **Planeamiento Urbanístico y Desarrollo Sostenible**. Editora Dykinson S.L. Madrid. 2015.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. 1º Ed. Editora Trivium. Madrid. 1995.

NIGRO, Carlos Domingos. **(In)sustentabilidade Urbana**. Ed. Ibpe. Curitiba. Brasil. 2007.

PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

RETRAT, Patrick. *Apud*. YANES, Luis Miguel Arroyo. *El papel de la Administración local em el impulso y fomento de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas*. In: LÓPEZ, Tomás Quintana. MARCOS, Ababelén Casares. **Urbanismo Sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas**. Editora. Tirant lo Blanch. València. 2016.

SARLAT, Rosalia Ibarra. **El Mecanismo del Desarrollo Limpio**. 1.ed. Aranzadi. 2012. Pamplona.

YANES, Luis Miguel Arroyo. *El papel de la Administración local em el impulso y fomento de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas*. In: LÓPEZ, Tomás Quintana. MARCOS, Ababelén Casares. **Urbanismo Sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas**. Editora. Tirant lo Blanch. València. 2016.

ZIMMERMANN, Monika. **Sobre como los gobiernos locales se han convertido en um fator de sostenibilidad global**. In: RENNERT, Michael. PRUGH, Tom. Organizadores. *Gobernar para la sostenibilidad*. Editora Icaria editorial S.A. Barcelona. 2014. p.231-233.

## **O ESTRANGEIRO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

**Karlon Ferreira de Paula<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal da República de 1988 assevera os direitos fundamentais a todos que habitam no território brasileiro. Desta forma, a legislação ordinária institui direitos imprescindíveis aos estrangeiros, citando a lei nº 6.815 de 19 de Agosto de 1980, o Estatuto do Estrangeiro, por meio de uma conjuntura muito abalada no período da ditadura militar, criou-se com o propósito de atuar como segurança nacional e observar a organização institucional, os interesses políticos, sócios econômicos e culturais brasileiros, e a tutela do trabalhador nacional.

Esta Lei O Estatuto do Estrangeiro demanda um questionamento arrojado, desassociando a imigração da segurança nacional para um panorama dos direitos humanos. Trata-se de um primordial mecanismo para a salvaguarda dos direitos dos Estrangeiros. Os artigos da Lei detêm os direitos e garantias individuais do estrangeiro; a autorização de residência, os vistos, a entrada e os impedimentos; a condição de exilado; o registro e suas possíveis alterações; a expulsão; a extradição, os deveres e proibições do estrangeiro; naturalização; infrações, crimes e respectivas penalidades; conselho nacional de imigração.

Destaca-se também que, com as marchas das pessoas entre nações diversas, originou fatores que na visão do Direito Internacional carecem de ser ponderados. Desta forma, refere-se sobre as controvérsias de nacionalidade. O pressuposto inicial é resultante do indivíduo possuir mais de uma

---

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação Strcito Sensus em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

nacionalidade, ou seja, “esta se dá quando o indivíduo, filho de pais estrangeiros, nasce em Estado que adota o critério do *jus soli*, enquanto que o Estado de origem dos pais obedece ao do *jus sanguinis*”<sup>2</sup>. É factível a possibilidade do indivíduo polipátrida, e este terá seu devido amparo pelo Ordenamento Internacional. A definição do caso apátrida é quando o indivíduo não possui laço com nenhum Estado, é vista como inconveniente para à sociedade e ao próprio indivíduo.<sup>3</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos considera que o direito a nacionalidade é um preceito primordial e têm o Estado a prerrogativa de doutrina-lo. Pode-se afirmar que existem na esfera internacional diversas Convenções, Tratados e Acordos, expondo a relevância dos Estados submeterem critérios para obter nacionalidade e em consequência a ausência em casos que reflitam contra o interesse nacional.

Sendo a nacionalidade uma conexão jurídica e político do indivíduo no âmbito Estatal, passa a ser parte integrante do seu povo, apresentando direitos e deveres a exemplo dos direitos políticos – ligação de cidadania de votar e ser votado – o exercício do serviço militar – a resenha de exemplos, possuindo também vinculação de caráter perene do Estado para com o nacional – sendo então o vínculo de natureza pública de direito interno.

No cenário brasileiro devido aos fatos após abolição da escravatura o que se notava nas legislações eram observações que concediam a abertura da imigração. Com o passar dos anos, este fato ficou mais evidente, com o advento do atual Estatuto do Estrangeiro criado pela lei nº 6.815 de 1980 alterada pela lei 6.964/1981. Apesar que a CF/88 se refira apenas os estrangeiros residentes aos de caráter permanente, imigrantes a tutela também é fundamental.

---

<sup>2</sup> MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 616.

<sup>3</sup> CAHALI, Y. S. **Estatuto do Estrangeiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 20

## **1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

O princípio da igualdade é desde a antiguidade até os dias atuais, um dos assuntos de maior multiplicidade da humanidade, tanto sob as percepções político, filosófico, econômico, social e jurídico.

Afirma Ferreira Filho<sup>4</sup>, “A igualdade é uma das ideias-força da modernidade. A três séculos ela excita os espíritos e move os homens pela mudança das condições Políticas, econômicas e sociais”. E que ainda foi “o principal motivo das revoluções ‘liberais’ como a francesa de 1.789 e das revoluções ‘socialistas’, como a russa de 1917.

Na sociedade, independentemente de sua forma e organização, a igualdade é objeto de ponderação, indagação e discussão. Sua essência volta-se sempre a abrangência de uma maior equidade ou, de uma diminuição das desigualdades.

Desta forma, fica claro que Igualdade *jurídica* significa que todos serão tratados da mesma forma perante a lei. Em nossa atual Constituição, a igualdade jurídica constitui um dos objetivos fundamentais do país, conforme disposto em seu artigo 3º. Apesar de ser tipicamente um Direito Individual, a igualdade também dá apoio a vários dos Direitos Sociais, como disposto no artigo 7º, XXX, XXXI, XXXIII, com a proibição de diversas discriminações por motivo de sexo, idade, cor, deficiência física etc.

### **1.1 Aspectos Históricos**

A percepção primordial da igualdade dos seres humanos advém da Antiguidade. A igualdade como premissa jurídico-filosófico, disseminou-se a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII. Sendo sustentáculo primordial da democracia moderna e parte fundamental da percepção de

---

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2 ed. Saraiva. São Paulo, 2011. p.199.

justiça, torna-se cada vez mais importante no constitucionalismo dos países democráticos, dentre os quais o Brasil. É motivo de pretensão das minorias, que, ainda hoje, após mais de dois séculos dos primeiros clamores pela igualdade, se mostram discriminadas, carregando o estigma imbuído na cultura do povo<sup>5</sup>.

O constitucionalismo foi iniciado pelas revoluções liberais ocorridas no século XVIII, das quais a Revolução Francesa é o exemplo mais evocado, as quais resultaram com a passagem do Estado Absolutista para o Estado Moderno. Incorporado nos registros constitucionais dos Estados então embrionários estava inevitavelmente o princípio da igualdade, não com a idealização constante hoje em dia, mas, sem dúvida, inserido de forma revolucionária para a lei vigente até então, beneficiando visivelmente uns poucos em prejuízo da maioria<sup>6</sup>.

A igualdade, provinda das revoluções sucedidas há mais de dois séculos, fora idealizada, segundo Gomes<sup>7</sup>, com a intenção própria de eliminar os privilégios auferidos pelas classes da nobreza – muito comuns no Antigo Regime e que haviam se tornado inadmissíveis, e liminar definitivamente com as desigualdades fundada na etnia e na posição social. Sendo originária de um novo modelo de Estado, o Estado Liberal de Direito, emergido com a ascendência econômica e política da burguesia, que objetivava ao livre desenvolvimento de seus anseios individuais. As características deste novo modelo, resignação da soberania estatal à lei, a divisão dos poderes e a garantia dos direitos individuais<sup>8</sup>.

Tratava-se, de um Estado com ação e interferência substanciada aos termos

---

<sup>5</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1.

<sup>6</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA.** p. 2.

<sup>7</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA.** p. 2.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 112-113.

da lei, em que o Direito segurava uma conduta de substancial relevância como conciliador da separação entre Estado e sociedade civil e no cumprimento dos direitos do homem, então consagrados como árbitros das relações entre indivíduos e Estado<sup>9</sup>.

Como se observa, o Estado então nascente, levando-se em consideração suas características fundamentais e a classe cujos interesses visava assegurar, não se preocupava em garantir instrumentos de realização da igualdade de oportunidades, da igualdade econômica e de boas condições de vida a todos. Esse não era seu desiderato. Salienta-se, assim, uma noção individualista de cidadania, limitada à proteção jurídica dos direitos dos indivíduos, sem qualquer interferência do Estado na vida econômica e social<sup>10</sup>.

Desta forma, a equidade idealizada centro do Estado Liberal não passava de uma isonomia formal. Fundava-se em leis generalistas, que apenas visavam expurgar os privilégios auferidos até então pelas classes da nobreza e conceder igualdade de tratamento perante a lei para, em especial, a burguesia nascente. Não se detinha em aspectos específicos da realidade social para mudá-los.

Conforme Ferreira Filho<sup>11</sup>,

à reivindicação igualitária encarnou-se nos partidos de esquerda, por toda a segunda metade do século XIX. Inspirou certamente em 1.917 a revolução Russa, quando se editou a declaração dos Direitos do Povo trabalhador e Explorado, de janeiro de 1.918.

Em grau atenuado, essa reivindicação inspirou, no período imediatamente posterior ao final da Primeira Guerra Mundial, o Estado intervencionista no chamado Ocidente. Esse estado interfere na vida econômica e social para atenuar as desigualdades de fato, procurando instaurar a igualdade de oportunidades, estabelecendo a

---

<sup>9</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 90.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 213.

<sup>11</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. p. 201.

proteção para os idosos, os jovens, as crianças, os trabalhadores, etc. Acompanhou-se isto da consagração dos direitos sociais que são direitos de crédito do indivíduo oponíveis à sociedade e ao Estado.

## **1.2 Aspectos Sócio Políticos**

Na atualidade, as reivindicações por igualdade continuam em voga. Mesmo após a tentativa fracassada da extinta URSS, que se propôs a implantar uma igualdade absoluta, perseverou-se na busca por igualdade. Podemos afirmar que houve mudança no cerne para outras desigualdades como: cor, sexo e cultura.

Destaca-se a intolerância que domina o cenário político internacional atualmente no que se refere ao refugiado, principalmente de países em conflito e a grande celeuma que se avolumou com a posse do atual Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump. Através de decreto, determinou o fechamento temporário das fronteiras dos Estados Unidos aos imigrantes de sete países de maioria muçulmana e a refugiados de todo o mundo. A decisão, anunciada no Pentágono, ocorre dois dias depois de o novo presidente ordenar a construção de um muro na fronteira com o México para frear a entrada de imigrantes latino-americanos indocumentados.

Observando ações como estas de Tramp e de políticos Europeus, questionamos se o Brasil e outros países não estariam próximos a reproduzir o que Hanna Arendt analisou na obra *As Origens do capitalismo*. Nesta obra, destaca do incidente do nazismo e do stalinismo como manifestações do igualitarismo totalitário que esbraveja: "Se você não é igual a mim, não tem direito a existir".

Esta forma de igualitarismo prevê a supremacia de uns sobre outros e conclui nas possibilidades de eliminar as diferenças de posição social e estilo de vida. Considera-se uma forma de nivelar por baixo.

Diz Hanna Arendt<sup>12</sup>:

As massas surgiram dos fragmentos da sociedade atomizada, cuja estrutura competitiva e concomitante solidão do indivíduo eram controladas quando se pertencia a uma classe. O fato de que o 'pecado original' da acumulação primitiva de capital tenha requerido novos pecados para manter o sistema em funcionamento foi eficaz para persuadir a burguesia alemã a abandonar as coibições da tradição ocidental... Foi esse fato que a levou a tirar a máscara da hipocrisia e a confessar abertamente seu parentesco com a ralé.

A forma de resolver, no entender de Trump é, no caso da imigração, trancar a entrada até que os Estados Unidos aprimorem seus sistemas de vigilância. O presidente quer "manter terroristas islamistas radicais" fora dos EUA, conforme disse num ato solene em que o general James Mattis tomou posse como secretário de Defesa, no Pentágono. "Só queremos aqueles que apoiem o nosso país e amem profundamente o nosso povo."

A intenção, segundo Trump, é "proteger o povo norte-americano de ataques de estrangeiros admitidos nos Estados Unidos". Recorda ainda que alguns dos terroristas do 11 de Setembro haviam obtido vistos legalmente. A ordem executiva acrescenta que, depois dos atentados de 2001, "numerosos" cidadãos nascidos no exterior estiveram relacionados com ataques terroristas nos EUA. A realidade é que alguns dos últimos atentados no país foram cometidos por cidadãos de ascendência estrangeira, mas nascidos nos EUA, como o massacre de Orlando em junho do ano passado.

## **2. DIREITOS POLÍTICOS, NACIONALIDADE E CIDADANIA**

Conforme explicito no art. 90 da Constituição do Império<sup>13</sup>, expressava em

---

<sup>12</sup> ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras. 2001. p. 361.

<sup>13</sup> ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição política do império do Brasil de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso 12 mar. 2017.

cidadão ativo para discernir do cidadão, em geral, se misturava com o nacional. Cidadão ativo era titular dos direitos políticos que admitia a Constituição. As Constituições posteriores misturavam mais ainda as definições. A de 1937 iniciou a diferenciação que as de 1967/1969 consumaram, abrindo capítulos separados para a nacionalidade e para os direitos políticos.

Na atualidade, não se utiliza esta nomenclatura, com a intenção de diferenciar o nacional cidadão, pois não mais se confundem nacionalidade e cidadania. Nacionalidade se trata de uma relação território estatal por nascimento ou naturalização; e cidadania é condição inerente ao regime político. Enquanto cidadania considera os membros da vida do estado, é predicado das pessoas constituídas na sociedade estatal, atributo político resultante do direito de Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que se titular dos direitos políticos de votar e ser votado e seus resultados. Nacionalidade é uma definição conceito mais abrangente que cidadania, e é dedução desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão.

José Afonso da Silva citando Pimenta Bueno, esclarece como sendo direitos políticos: "as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade de gozo desses direitos"<sup>14</sup>.

Nesse sentido, prescreve o artigo 1º da Constituição Federal<sup>15</sup>: "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Os direitos políticos compreendem os institutos constitucionais relativos ao direito de sufrágio, aos sistemas eleitorais, às hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos e às regras de inelegibilidade.

Nacionalidade é um vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um

---

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 344.

<sup>15</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2016.

determinado Estado, ao passo que, integrando ao povo, adquirindo direito e obrigações.

## **2.1 Espécies de Nacionalidade**

Primária ou originária: é decorrente do fato gerado pelo nascimento do indivíduo, independentemente da vontade deste. Há dois critérios distintos para a observância deste instituto:

*ius sanguinis*: tem como fato gerador, o vínculo de sanguíneo, decorrente de filiação, ascendência, não importando qual o local onde o indivíduo nasceu. A título de ilustração, é muito comum nos países europeus devido à emigração, com o intuito de manter o vínculo com os seus descendentes.

*ius solis*: observa-se o vínculo de territorialidade, como o local de nascimento.

É importante afirmar que nosso país adotou o critério do *ius solis*, como observa-se na Constituição Federal de 1988<sup>16</sup>, no art. 12, I,: “os nascidos no República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país”.

Desta forma, afirma-se, que a cidadania se obtém com a obtenção da qualidade de eleitor, que documentalmente se manifesta na posse do título de eleitor válido. O eleitor é cidadão, é titular de cidadania, embora nem sempre possa exercer todos os direitos políticos, é que a utilização completa destes depende do preenchimento de condições que somente de forma gradativa será adquirido pelo cidadão.

Todavia, podemos considerar “Cidadania” como a utilização dos Direitos Fundamentais estabelecidos, por serem estes inseparáveis.

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

### 3. O ESTRANGEIRO NO DIREITO INTERNACIONAL

Defende-se no Direito Interno, se predomina o Direito do Estado de nacionalidade ou do Estado que o cidadão se estabelece. No Direito Internacional, destinam-se a averiguar que se trata de tema do Direito Internacional Público ou Privado.

Desta forma, elucidou-se que o Direito Privado Nacional, no momento do cumprimento, empenha-se externamente, e o Direito Privado Estrangeiro, acatando dentro do território nacional que institui argumento de certas regras e aplicação ao conjunto das quais deu-se o nome de Direito Internacional Privado.

Segundo Jose Maria Rossani Garcez<sup>17</sup>,

O Direito Privado Nacional, quando tem de ser obedecido ou aplica-se fora das fronteiras e o Direito Estrangeiro, quando se obedece ou aplica-se dentro do território nacional, constituem conteúdo de certas regras de obediência e aplicação, ao conjunto dos quais se deu o nome de Direito internacional Privado.

Atualmente doutrinadores e legisladores se posicionam quanto ao problema, em função do ponto de vista que adota com referência á razão que serve de base a aplicação do direito estrangeiro e á própria definição do referido direito.

Com relação ao Direito Brasileiro, diz o artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro<sup>18</sup>, ordena que: "A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família".

Conforme artigo 14 do mesmo decreto: "Não conhecendo a lei estrangeira,

---

<sup>17</sup> GARCEZ, Jose Maria Rossani. **Curso de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 8

<sup>18</sup> ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto lei 4.657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso 12 mar. 2017.

poderá o juiz exigir de quem a invocar prova do texto e da vigência". Conforme o texto, o juiz aplicará de ofício a lei estrangeira, somente não o fazendo no de não conhecer a o direito estrangeiro.

Em destaque a apreciação da lei do direito estrangeiro, a norma para nós existente é a definida pelo Código de Bustamante, que aplica a lei estrangeira com a interpretação e a jurisprudência do país de que procede. Ficando indiscutível que predominara nos conflitos entre a lei brasileira e a dos Estados que sancionaram o Código.

Destaca José Afonso da Silva<sup>19</sup>,

O princípio fundamental é o de que os estrangeiros, residente no País, gozem dos mesmos direitos e tem os mesmos deveres dos brasileiros. Essa paridade de condição jurídica é quase total no que tange a aquisição e gozo dos direitos civis. Há, no entanto, limitações, dada a sua ligação com o Estado e nacionalidade de origem, que lhes condicionam o estatuto especial, que lhes definem a situação jurídica, quanto aos direitos e aos deveres.

A maioria dos Estados constituintes modernos, declaram o estrangeiro passível de direitos e obrigação em seus territórios quer seja na condição de turista, trabalhador contratado ou investidor, sendo estendido inúmeros vistos de entrada de acordo com o caso, também como pode usufruir dos direitos e liberdades fundamentais concedidos aos nacionais ou demais residentes no país, como livremente circular, contrair matrimônio, adquirir bens, celebrar contratos e ingressar em juízo. Também é disponibilizado ao estrangeiro o direito de asilo, quando esse é vítima de perseguição política, nos termos do artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Conforme a Constituição Federal, é reconhecido o Princípio da Igualdade de direitos entre os estrangeiros e brasileiros, conferindo-lhes as garantias fundamentais da inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança e propriedade, conforme artigo 5º da Constituição Federal. Simultaneamente, o artigo 3º do Código Civil, determina que a lei não diferencie entre nacionais

---

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 298.

e estrangeiros quanto à aquisição e ao uso de direitos civis.

### **3.1 O Estatuto do Estrangeiro**

Estrangeiro é todo aquele que não auferir a nacionalidade brasileira, usufruem dos mesmos direitos e deveres dos brasileiros.

A Constituição Brasileira assegura o consentimento de asilo político sem ressalvas, não podendo o asilado sair do país sem prévia autorização do governo brasileiro.

Conforme a Lei 9.474<sup>20</sup> de 1997, não poderão ser refugiados no Brasil, os que cometeram crime de guerra, contra a humanidade, contra a paz, crime hediondo, ser participe de atos terroristas e tráfico de drogas.

A Lei nº 6.815<sup>21</sup>, de 19 agosto de 1980, o Estatuto do Estrangeiro ordena a condição jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de imigração e dá outra providência. O estatuto do Estrangeiro foi regulamentado pelo Decreto nº 86.715<sup>22</sup> de 10 de Dezembro de 1981, positivou o Ordenamento Jurídico Nacional a tradição brasileira de liberdade no tratamento aos estrangeiros, turistas e imigrantes, e o respeito do Brasil aos costumes internacionais.

O Estatuto do Estrangeiro estabelece também as condições para admissão, nas suas diferentes modalidades de entrada, permanência saída e retorno.

Ademais, o Estatuto do Estrangeiro efetivou no ordenamento jurídico nacional

---

<sup>20</sup> BRASIL. Lei 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm). Acesso: 12 mar. 2017.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm). Acesso: 12 mar. 2017.

<sup>22</sup> BRASIL. Decreto nº 86.715 de 10 de Dezembro de 1981. Regulamenta a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d86715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d86715.htm). Acesso 20 mar. 2017.

a herança brasileira de liberalidade na abordagem aos estrangeiros, turistas ou imigrantes, e o imigrante do Brasil aos costumes internacionais. Desta forma estabelece o art. 1º quando prevê que em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, se satisfeitas as condições desta lei, entrar no Território Brasileiro e nele permanecer e sair, resguardados os interesses nacionais.

Importante destacar que o Brasil adapta a prerrogativa de direitos, vantagens ou facilidades a estrangeiros à existência de correlação de tratamento concedido aos brasileiros no exterior. Assim sendo, a exemplo do artigo 10 do Estatuto do Estrangeiro, poderá ser dispensada a exigência de visto ao turista nacional de país que dispense ao brasileiro idêntico tratamento.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Norma Constituinte brasileira estabelece as formas de aquisição da nacionalidade originária. Nestes casos, não há que se falar em discricionariedade do Poder Público em conceder a nacionalidade, pois será admissível esta discricionariedade na aquisição da nacionalidade brasileira nos casos de naturalização previstos no Estatuto do Estrangeiro, pois nenhum Estado é obrigado a atribuir a nacionalidade ao estrangeiro, mesmo que este preencha os requisitos legais, segundo o artigo 122, da Lei 6815/80.

A legislação corrente, Lei nº 6815/80 é um crucial dispositivo de garantia dos direitos dos estrangeiros, todavia, assim como toda lei, deve estar em conformidade com os princípios constitucionais, razão pela qual há necessidade de revisão deste Estatuto do Estrangeiro.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos do Homem assegurou a personalidade da natureza humana, sendo legitimado tais direitos e nivelados aos próprios nacionais.

Nossa Constituição Federal garante aos estrangeiros residentes no País isonomia com os brasileiros natos. Este assunto é o que decorre dos "Direitos e Garantias Fundamentais".

O estado brasileiro considera a dignidade do homem é um de seus fundamentos, onde atingiu como uma aclamação Universal, que não se vincule ao sexo, credo, origem, cor e etc.

Vale ressaltar, a existência, a existência de uma sequência de divisões e oposições entre a legislação constitucional, o direito Público e o Direito Internacional.

### **REFERENCIA DAS FONTES CITADAS**

ARENDDT, Hannah, **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras. 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2016.

BRASIL. Decreto nº 86.715 de 10 de Dezembro de 1981. Regulamenta a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d86715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d86715.htm)>.

Acesso 20 mar. 2017.

BRASIL. Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm). Acesso: 12 mar. 2017.

BRASIL. Lei 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm). Acesso: 12 mar. 2017.

CAHALI, Y. S. **Estatuto do Estrangeiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição política do império do Brasil de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso 12 mar. 2017.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto lei 4.657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso 12 mar. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2 ed. Saraiva. São Paulo. 2011.

GARCEZ, Jose Maria Rossani. **Curso de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

# DIREITO AMBIENTAL E OS MECANISMOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE ECONÔMICA: APONTAMENTOS ACERCA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Emerson Rodrigo Araújo Granado<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A tomada de consciência da crise ambiental é famigerada. Principalmente a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade globalizada estão em conflito com o equilíbrio natural e com a qualidade de vida<sup>2</sup>.

O uso desenfreado dos recursos naturais pelo homem, “[...] como se fosse o último inquilino deste planeta miserável, como se por trás dele não se anunciasse futuro”<sup>3</sup>, culminou na crise ambiental.

Reconhecer a existência de uma crise ambiental deu início a uma reformulação do conceito tradicional de desenvolvimento, antes despreocupado com a regulação do uso dos recursos naturais, agora disposto a enxergar a necessidade de preservar aquilo que viabiliza o próprio desenvolvimento: o meio ambiente.

Já não é mais possível ao homem interagir com a natureza como se esta fosse uma fonte inesgotável. As catástrofes ambientais ocorridas nos últimos séculos despertaram na comunidade internacional a necessidade de repensar

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Itajaí. Santa Catarina. Brasil. Advogado. Especialista em Direito Notarial e Registral. Taxista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: emersonrodrigo@granado.adv.br

<sup>2</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 23.

<sup>3</sup> “[...] el hombre de hoy usa y abusa de la naturaleza como si hubiera de ser el último inquilino de este desgraciado planeta, como si detrás de él no se anunciara un futuro. La naturaleza se convierte así en el chivo expiatorio del progreso”. Com livre tradução. In: MATEO, Ramon Martin. **Tratado de derecho ambiental**. v.1. Madrid: Trivium, 1991. p. 27.

a forma que se utiliza os recursos naturais.

Nesta toada, o Direito Ambiental se firma como instrumento jurídico regulatório, repressivo, compensatório e preventivo, fornecendo ao Estado os mecanismos necessários ao cumprimento de seus fins.

Assim, a presente pesquisa analisará a contribuição do Licenciamento Ambiental como mecanismo de controle da atividade econômica poluidora no cumprimento do Princípio da Prevenção.

Portanto, o objeto da presente pesquisa é análise do licenciamento como instrumento preventivo e de controle da atividade econômica. O objetivo geral é compreender a aplicabilidade do Princípio da Prevenção na proteção ao meio ambiente, efetivando-se através do instrumento do Licenciamento Ambiental. Os objetivos específicos são: a) traçar a construção evolutiva do Direito Ambiental; b) compreender o regime jurídico do Direito Ambiental constitucional e a consagração do Princípio da Prevenção; c) identificar a contribuição do Licenciamento Ambiental como mecanismos de prevenção e de controle da atividade econômica.

O artigo está dividido em três momentos: No primeiro momento se fará um esboço historiográfico do desenvolvimento do Direito Ambiental, passando por suas fases. Na segunda etapa, adiante, estudar-se-á o regime jurídico do Direito Ambiental constitucional brasileiro, verificando os valores e princípios consagrados na Magna Carta. No terceiro momento, por derradeiro, dedicar-se-á à apreciação do Licenciamento Ambiental como mecanismo preventivo e de controle da atividade econômica poluidora.

Quanto à Metodologia, foi utilizado método Indutivo por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, compreende o método cartesiano quanto a coleta de dados e no relatório final o método Indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma

## **1. ASPECTOS DESTACADOS DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO AMBIENTAL**

O surgimento e o desenvolvimento do Direito Ambiental está intrinsecamente atrelado ao despontamento da crise ambiental no contexto local e global.

Para o homem, a conquista da natureza tem sido o seu grande desafio. Tradicionalmente, esta conquista não foi marcada pelo desejo de proteção do meio ambiente, ao revés, o homem dominou a natureza, subjugando-a e explorando-a, sem qualquer temor com a escassez de recursos naturais<sup>5</sup>.

Esse domínio desenfreado pela exploração dos recursos naturais, firmado sobre a falácia do inesgotável, foi propulsado pela revolução industrial, que marca o desencadeamento de uma sociedade fundada no consumo.

À medida que o crescimento econômico tomou proporções demasiadas acabou por repercutir, cada vez mais forte, em catástrofes ambientais e consequenciais degradantes.

Aponta Gabriel Real Ferrer<sup>6</sup>, que a presença do homem sobre a terra passa, inexoravelmente, pela interação com a natureza, sendo que a ação daquele sobre esta cresce à medida em que se desenvolve três fatores, a saber: a demografia, a capacidade técnica e as novas necessidades, denominada de "artificial" ou "intelectual" em contraposição as biológicas e as de mera subsistência.

No dizer de Ramon Martin Mateo<sup>7</sup>: "[...] O homem de hoje usa e abusa da

---

percepção ou conclusão geral [...]". PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

<sup>5</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. "Tradução de Sebastião Nascimento". São Paulo: Ed. 34, 2010. Título original: Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne. p. 7-10.

<sup>6</sup> FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 21, n. 02, p. 347-368, mai./ago. 2016. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>. Acesso em 19/08/2016.

<sup>7</sup> "[...] el hombre de hoy usa y abusa de la naturaleza como si hubiera de ser el último inquilino de este desgraciado planeta, como si detrás de él no se anunciara un futuro. La naturaleza se convierte así en el chivo expiatorio del progreso". Com livre tradução. In: MATEO, Ramon

natureza como se fosse o último inquilino deste planeta miserável, como se por trás dele não se anunciasse futuro. A natureza torna-se assim o bode expiatório do progresso".

Para Ferrer<sup>8</sup>, a compreensão do desenvolvimento do Direito Ambiental passa pela análise de três enfoques fundamentais: pelo enfoque do progresso cronológico, designado de "*Las olas*"; pelo enfoque do progresso técnico-jurídico, atribuído de "*los estratos*"; e pelo enfoque do progresso conceitual, chamado de *La evolución conceptual*.

Sobre o primeiro enfoque – progresso cronológico – aponta Ferrer<sup>9</sup> que o Direito Ambiental passou por três ondas/fases, correspondente aos momentos políticos organizados pela comunidade internacional no afimco de alcançar qualidade ambiental.

Na primeira onda, o evento marcante foi a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, que produziu a Declaração sobre Ambiente Humano, no qual restou estabelecido princípios para questões ambientais internacionais, a saber: direitos humanos, gestão de recursos naturais e prevenção da poluição<sup>10</sup>.

A segunda onda é marcada pela a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cnumad), realizada em 1992 no Rio de Janeiro, a qual abalizou a forma como a humanidade encarava sua relação

---

Martin. **Tratado de derecho ambiental**. v.1. Madrid: Trivium, 1991. p. 27.

<sup>8</sup> FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 21, n. 02, p. 347-368, mai./ago. 2016. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>. Acesso em 19/08/2016.

<sup>9</sup> FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 21, n. 02, p. 347-368, mai./ago. 2016. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>. Acesso em 19/08/2016.

<sup>10</sup> SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>. Acesso em 2015.

com o planeta.

A Rio-92, Eco-92 ou Cúpula da Terra<sup>11</sup> foi ocasião em que a comunidade política internacional admitiu que era preciso conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização dos recursos da natureza, pensando no conceito de desenvolvimento sustentável e começando a moldar ações com o objetivo de proteção ambiental<sup>12</sup>.

Em que pese a grande apelo midiático e os consensos teóricos firmados, aponta Ferrer<sup>13</sup> que os resultados práticos colhidos foram pequenos, isto diante da resistência dos países ricos em financiar as medidas de preservação necessárias, importando-se mais com os "interesses nacionais".

Por fim, a terceira onda é caracterizada pelos esforços em conseguir que a comunidade internacional assuma, de forma efetiva, os desafios ambientais, porém adverte Ferrer<sup>14</sup> que ainda são muito escassos.

No ano de 2002, a Rio+10 ou Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável ocorrida em Joanesburgo, passa a ter maior adequação para a expressão 'Sustentabilidade', conquanto consolidou a ideal que nenhum dos

---

<sup>11</sup> Nesta ocasião, 179 países participantes da Rio 92 acordaram e assinaram a Agenda 21 Global, um programa de ação baseado num documento de 40 capítulos, que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, denominado "Desenvolvimento Sustentável". O termo "Agenda 21" foi usado no sentido de intenções, desejo de mudança para esse novo modelo de desenvolvimento para o século XXI. A Agenda 21 pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. In: Organização das Nações Unidas - ONU. **Agenda 21**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em 2015.

<sup>12</sup> SENADO FEDERAL. Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países. **Revista em discussão**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>. Acesso em 2015.

<sup>13</sup> FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 21, n. 02, p. 347-368, mai./ago. 2016. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>. Acesso em 19/08/2016.

<sup>14</sup> FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 21, n. 02, p. 347-368, mai./ago. 2016. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>. Acesso em 19/08/2016.

elementos (ecológico, social e econômico) deveria ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor <sup>15</sup>.

No ano de 2012, ocorreu a Rio+20 ou Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS) no Rio de Janeiro que teve a missão de renovar compromissos com o desenvolvimento sustentável em meio a urgências ambientais, sociais, econômicas e políticas, entrando na definição de metas para evitar a degradação do meio ambiente<sup>16</sup>.

Em 25 de setembro de 2015, diversos líderes mundiais se comprometeram com dezessete Metas Globais (*The Global Goals*)<sup>17</sup> para alcançar três objetivos extraordinários nos próximos 15 anos, os quais são: erradicar a pobreza extrema; combater a desigualdade e a injustiça; conter as mudanças climáticas. Isto na busca por convencer os líderes mundiais em efetivar o desenvolvimento pelo viés sustentável<sup>18</sup>.

Nota-se na análise cronológica do desenvolvimento do Direito Ambiental que os compromissos teóricos foram pródigos neste período, no entanto, a efetividade das medidas esbarra no desinteresse dos países ricos em financiar as medidas necessárias para implementação de uma política ambiental global. Por outro norte, não desejam também implementar medidas que *a priori* comprometeriam o crescimento econômico.

---

<sup>15</sup> BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. Revista **Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 11, n. 1, jan./jun. 2011. p. 329-330. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica>. Acesso em 2015.

<sup>16</sup> CENTRO DOM HELDER DE CONVENÇÕES. **Gabriel Real Ferrer apresenta palestra sobre as dimensões da sustentabilidade.** Disponível. <http://www.institutosocioambientaldhc.com.br/artigos/n-a/>. Acesso em 2015.

<sup>17</sup> 1 Erradicação da pobreza; 2 Erradicação da Fome; 3 Saúde de qualidade; 4 Educação de qualidade; 5 Igualdade de gênero; 6 Água limpa e saneamento; 7 Energias renováveis; 8 empregos dignos e crescimento econômico; 9 Inovação e infraestrutura; 10 Redução das desigualdades; 11 Cidades e comunidades sustentáveis; 12 Consumo responsável; 13 ; 14V; 15; 16 Paz e Justiça; 17 Parcerias pelas metas;

<sup>18</sup> **The Global Goals.** Disponível em <http://www.globalgoals.org/pt/>. Acesso dezembro de 2015.

Ao que tange ao prisma do progresso técnico-jurídico, para Ferrer<sup>19</sup> o desenvolvimento do Direito Ambiental pode ser entendido sob cinco estratos. O primeiro estrato é nominado da fase repressiva, na qual a reação jurídica é se valer da mais simplória da técnica jurídica, a repreensão, mediante a fixação de normas proibitiva e sancionatória.

No segundo estrato, fase preventiva, constata-se que o mecanismo repressivo é insuficiente ao atendimento do caráter protetivo ao meio ambiente, conquanto ainda que seja severa a punição pelo dano, o que se busca é evitar a ocorrência do mesmo. Surge assim, a necessidade de implementar instrumentos de estudo de impacto ambiental, os quais atuaram no âmbito preventivo.

Na fase participativa, terceiro estrato, nota-se que o dever de preservação do meio ambiente não incumbe somente aos poderes públicos. Todos devem adotar medidas que assegurem a conservação, de sorte que o Direito Ambiental deve adotar mecanismos que reforcem a participação da população e implemente o princípio da responsabilidade solidária.

Uma verdade insofismável é o estabelecimento da economia de mercado como modelo econômico presente quase que na totalidade dos países. Assim, o quarto estrato, busca se valer da lógica e mecanismo de mercado para a implementação de medidas que otimizem as decisões e ações a médio prazo favoráveis ao meio ambiente.

O quinto estrato, envolve a fase das técnicas abrangentes, na qual estabelece a aplicação do princípio da gestão ambiental em todas as fases do processo de produção até no alcance do seu destino final.

Por fim, o último aspecto tratado pelo professor Ferrer se refere a *la evolución conceptual*, a qual se traduz na análise da “evolução conceitual”,

---

<sup>19</sup> FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 21, n. 02, p. 347-368, mai./ago. 2016. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>. Acesso em 19/08/2016.

abrangências de significados, objetivos e finalidades do Direito Ambiental.

Assim, o Direito Ambiental se encontra no ponto de compreender “*dónde estamos, para qué nos sirve, cuál es el sustento*”.<sup>20</sup>

## **2. REGIME JURÍDICO DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL**

A questão do meio ambiente, como relatado, tem seu desenvolvimento acelerado diante da importância que o tema assume na agenda internacional, especialmente em face da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972).

Na oportunidade, o Direito Ambiental emerge como um direito fundamental do homem. O homem tem direito ao desenvolvimento de uma vida em condições adequada.

Nesta toada, o direito ao meio ambiente equilibrado surge no contexto dos direitos de 3º geração, “[...] estando suas regras vinculadas à proteção do *coletivo desprotegido, do elemento geral sem posse*”, como aponta Luís Carlos Silva de Moraes<sup>21</sup>.

Os direitos de 3º geração são decorrentes dos movimentos sociais do pós-guerra, no qual se passa a admitir a existência de direitos não pertencentes ao indivíduo em particular, mas a coletividade como um todo.

Neste grupo está inserido o direito ao meio ambiente, conquanto, como leciona Hamilton Alonso Jr.<sup>22</sup> “[...] inegável a inserção do meio ambiente sadio entre os direitos fundamentais dentro da concepção da evolução

---

<sup>20</sup> FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 21, n. 02, p. 347-368, mai./ago. 2016. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>. Acesso em 19/08/2016.

<sup>21</sup> MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 16.

<sup>22</sup> ALONSO JR., Hamilton. **Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 36.

histórica dos direitos humanos [...]”.

Logo, não é forçoso se afirmar que o direito ao meio ambiente se insere como um direito fundamental, malgrado não esteja especificado como tal no rol do art. 5º, da CRFB/88.

Corroboram José Rubens Morato Leite<sup>23</sup> afirmando que “Apesar de não estar inserido no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, não é possível afastar o seu conteúdo de direito fundamental”.

Vale afirmar, que os modelos constitucionais contemporâneos têm equiparado a proteção ambiental como um direito fundamental. Logo, acrescenta Canotilho<sup>24</sup> e Morato Leite que “[...] o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, logram conquistar”.

Como dito, o art. 225 da CRFB/88 “[...] estabeleceu pela primeira vez na história do direito constitucional brasileiro o *direito ao meio ambiente*, restando, pois, no plano normativo mais elevado, os fundamentos do Direito Ambiental constitucional”, como destaca Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>25</sup>.

Da análise do art. 225 da CRFB/88<sup>26</sup> se constata que “a proteção do meio

---

<sup>23</sup> LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 86

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito ambiental constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

<sup>25</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípio do direito processual ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 33

<sup>26</sup> “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: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a

ambiente existe, antes de tudo, para *favorecer o próprio homem e, senão por via reflexa e quase simbiótica, proteger as demais espécies*<sup>27</sup>.

A visão do *caput* do art. 225 da CRFB/88 é antropocêntrica, como destaca Álvaro Luiz Valery Mirra<sup>28</sup>, para quem o direito ao meio ambiente “É um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a ‘vida e a dignidade das pessoas’ – núcleo essencial dos direitos fundamentais [...]”, haja vista a impossibilidade de uma existência digna para a humanidade sem a preservação do meio ambiente.

Pelo conteúdo do artigo supracitado, destaca Fiorillo<sup>29</sup> que é possível extrair quatro aspectos fundamentais, quais sejam: a uma, “a existência de um direito material constitucional caracterizado como ‘direito ao meio ambiente’, cujos destinatários são ‘todos’”; a dois, a constatação na ordem constitucional de que “[...] aludido direito ao meio ambiente diz respeito à existência de uma relação jurídica que envolve um bem (*o bem ambiental*)”, consistente naqueles indispensáveis à sadia qualidade de vida e um bem de uso comum do povo; a três, a obrigação solidaria do Poder Público e da coletividade em defender os bens ambientais como também preservá-los; a quatro, “a defesa assim como a preservação por parte do Poder Público e da coletividade antes referida têm por finalidade assegurar o uso do bem ambiental não só para as

---

conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

<sup>27</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

<sup>28</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Fundamentos do direito ambiental no Brasil**. RT 706/7-29. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto/1994.

<sup>29</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípio do direito processual ambiental**. p. 33.

presentes mas também para as futuras gerações”.

Afirma-se, assim, que a definição jurídica de meio ambiente “[...] é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, obriga e rege a vida em todas as suas formas”<sup>30</sup>.

Desta forma, a CRFB/88 “[...] define o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como essencial ao futuro da humanidade, estabelecendo direitos e deveres para a sociedade civil organizada e para o Estado”<sup>31</sup>, mediante o estabelecimento de rol de princípios orientadores da conduta humana.

Por princípio, entende-se “[...] aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”. Ou seja, “Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa”, como bem destaca Josef Asser *apud* Humberto Ávila<sup>32</sup>.

Na seara dos princípios ambientais constitucionalmente consagrados, para o cumprimento do objetivo da pesquisa, importa destacar o princípio da precaução/prevenção.

Sobre o Princípio da Prevenção, Marcelo Abelha Rodrigues<sup>33</sup> ensina que:

Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irreversível, pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais

---

<sup>30</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípio do direito processual ambiental**. p. 34.

<sup>31</sup> MACHADO, Auro de Quadros. **Licenciamento Ambiental: atuação preventiva do Estado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 79.

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35.

<sup>33</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 203.

em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam.

Tem-se, assim, que melhor do que reparar os danos ambientais é prevenir sua ocorrência. Portanto, a atuação do Poder Público deve ser acautelatória, mediante a adoção de políticas e instrumentos que previnam a ocorrência de danos ambientais.

Desta feita, a CRFB/88 firmou no art. 225 o núcleo central do Direito Ambiental brasileiro, firmando regras, valores e instrumentos que assegurem a tutela do meio ambiente equilibrado.

### **3. OS MECANISMOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE ECONÔMICA: APONTAMENTOS ACERCA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

Pelo conteúdo desenvolvido, constatou-se que o Direito Ambiental evoluiu a ideia de proteção ambiental integral, isto é, que engloba tanto as atividades de reparação, quanto as ações de prevenção.

Destaca-se que a etapa preventiva ganha contornos mais importante na tutela da proteção do meio ambiente, logicamente, diante do ideal mais eficiente do que a reparação.

Neste sentido, o princípio preventivo desponta como o principal núcleo informativo da tutela ambiental, pois como destacou Marcelo Abelha Rodrigues, a reparação integral do dano ambiental é quase que impossível. Logo, prefere-se a prevenção do dano a reparação do dano.

A tomada de consciência da existência de uma grave crise ambiental, despertou a comunidade internacional para a urgente necessidade de se firmar uma agenda reparatória e preventiva dos danos ambientais.

O princípio da precaução foi expressamente firmado na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, reunida no Rio de Janeiro em 1992, no entanto, já se encontrava presente no Direito Alemão

desde os anos 70 ao lado do princípio da cooperação e do princípio do poluidor-pagador.

Por prevenção, não se quer impedir o desenvolvimento econômico, mas viabilizar a realização do mesmo mediante adoção de medidas que mitigue os danos ambientais.

Machado diferencia perigo ambiental de risco ambiental, adotando as lições de Gerd Winter. Para ele "se os perigos são geralmente proibidos, o mesmo não acontece com os riscos. Os riscos não podem ser excluídos, porque sempre permanece a probabilidade de um dano menor. Os riscos podem ser minimizados" , ou seja, "Se a legislação proíbe ações perigosas, mas possibilita a mitigação dos riscos, aplica-se o 'princípio da precaução', o qual requer a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano"<sup>34</sup>.

Assevera, ainda o mesmo autor que:

Os riscos são `reais e irreais ao mesmo tempo. De um lado, existem ameaças e destruições que são já bem reais: a poluição ou a morte das águas, a desapareção de florestas, a existência de novas doenças etc. Do outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside justamente nos perigos que se projetam para o futuro. Na sociedade de risco, o passado perde sua função determinante para o presente. É o futuro que vem substituí-lo e é, então, alguma coisa de inexistente, de construído, que se torna a `causa' da experiência e da ação no presente'.<sup>35</sup>

Dessa forma, os riscos são reais e estão presentes no desenvolvimento de uma atividade econômica, em maior ou menor grau, sendo necessário a adoção de instrumento jurídico que assegurem a preservação do meio ambiente.

Se de um lado a CRFB/88 tutela o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, de outro assegura o livre desenvolvimento econômico-social.

---

<sup>34</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. P. 95.

<sup>35</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. P. 95.

É sabido que numa economia de mercado o livre desenvolvimento é a base do sistema econômico, sendo necessário compatibilizar os riscos ambientais da atividade com o direito ao empreendimento da mesma.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil, Lei n. 6.938/81, consagrou dentre os objetivos dessa política pública a convivência harmônica entre o direito/dever de preservação e o livre desenvolvimento econômico, assegurando a utilização racional e a disponibilidade permanente dos recursos naturais, como se observa dos incisos I e VI, do art. 4<sup>a</sup><sup>36</sup>.

Assim, dentre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente estão a avaliação de impactos ambientais e o Licenciamento Ambiental.

A Lei n. 6.938/81, recepcionada pela CRFB/88, regulamenta o inciso IV, do § 1º, do art. 225, da CRFB/88, para o qual deve o Poder Público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

O estudo prévio de impacto ambiental é gênero, do qual comporta, dentre outros estudos, o Licenciamento Ambiental.

Édis Milaré<sup>37</sup> conceitua o Licenciamento Ambiental como uma ação de gestão ambiental, típica e indelegável do Poder Público, por meio do qual realiza efetivo controle sobre as atividades humanas capazes de gerar impactos ao meio ambiente.

Já Daniel Roberto Fink, Hamilton Alonso Jr. e Marcelo Dawalibi<sup>38</sup> discorrem que o Licenciamento Ambiental é “[...] procedimento colocado à disposição

---

<sup>36</sup> “Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: **I** - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; [...] *omissis*. **VI** - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida”. IN: BRASIL. Lei n. 6.938/81, de 31 de agosto de 1981.

<sup>37</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 482.

<sup>38</sup> FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 66

dos interessados, por meio do qual o Poder Público, mediante controles prévios – *licenças* – verifica a regularidade técnica e jurídica de determinadas atividades efetiva ou potencialmente causadoras [...]” de impactos ambientais.

Por seu turno, o conceito legal do Licenciamento Ambiental foi balizado pelo inciso I, do art. 1º da Resolução n. 237/97, do CONAMA, que o define como:

**Art. 1º** - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

**I** - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Recentemente, o inciso I, do art. 1º, da LC n. 140/2011 estabeleceu que o Licenciamento Ambiental é “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

Destaca Fiorillo<sup>39</sup> que a licença ambiental é o resultado do Licenciamento Ambiental, sendo que este se afigura no procedimento administrativo que busca ao seu término conceder a licença correspondente.

Constata-se pelos conceitos expostos, que a finalidade do Licenciamento Ambiental é “[...] compatibilizar proteção de recursos naturais com o atendimento às necessidades da sociedade, potencializada pelo surgimento da sociedade de consumo”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65.

<sup>40</sup> FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do**

Antônio Inagê de Assis Oliveira<sup>41</sup> ensina que a finalidade do Licenciamento Ambiental é viabilizar a utilização racional dos recursos ambientais, de sorte que se afigura no principal instrumento de que o Poder Público dispõe para tanto.

Desta forma, o licenciamento é um mecanismo de controle da atividade econômica, que a um só tempo consagra o livre desenvolvimento e o dever de proteção ao meio ambiente.

Não se pode deixar de consignar, que o exercício dos controles prévios pelo Poder Público por meio do Licenciamento Ambiental, não dispensa o exercício de fiscalização no curso da vigência da licença.

Outro aspecto a se destacar se refere as atividades sujeitas ao Licenciamento Ambiental. Como já relatado, “[...] não é toda atividade econômica que está sujeita ao licenciamento, e sim apenas aquelas capazes de causar algum tipo de poluição que não seja insignificante”<sup>42</sup>.

O art. 10 da Lei n. 6.938/81 prevê que o Licenciamento Ambiental se aplica somente “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio Licenciamento Ambiental”.

Dito de outro modo, a exigência do Licenciamento Ambiental só se aplica as atividades que utilizarem recursos ambientais e capazes de gerar poluição ao meio ambiente.

Por seu turno, entende-se por recurso naturais, na esteira do inciso V, do art. 3º, da Lei n. 6.938/81 “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos

---

**licenciamento ambiental.** p. 66

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 29.

<sup>42</sup> FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos.** Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 43.

da biosfera, a fauna e a flora”.

Já por poluição, o inciso III, do art. 3º, da Lei n. 6.938/81 entende ação capaz de gerar “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

Na prática, aponta Talden Farias<sup>43</sup>, que é difícil realizar a distinção das duas hipóteses legalmente contempladas, conquanto “[...] somente por utilizar recursos ambientais a atividade já pode ser enquadrada como pelo menos potencialmente poluidora”.

Assim sendo, o licenciamento deve ser exigido de qualquer atividade que de alguma forma afete a qualidade do meio ambiente.

Com efeito, analisou-se e concluiu-se que o instituto do Licenciamento Ambiental é caracterizado como o principal instrumento de controle da atividade econômica poluidora no cumprimento da Política Nacional do Meio Ambiente, a possibilitar a efetividade do Princípio da Prevenção na proteção ao meio ambiente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A tomada de consciência da crise ambiental foi deflagrada a partir da década de 70 quando começou a ser questionada a visão ambiental da época de que o meio ambiente seria fonte inesgotável de recursos. Desde então, inúmeros pactos ambientais e metas (objetivos globais) foram firmados buscando a proteção ambiental e o ideal de sustentabilidade.

---

<sup>43</sup> FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos.** p. 44.

O desenvolvimento do Direito Ambiental foi fortemente impulsionado, ainda que de forma tardia, pela adoção de uma agente internacional em prol do meio ambiente equilibrado.

A medida que a comunidade internacional passou a tomar consciência da necessidade de alterar a forma como o homem interage com o meio ambiente, as reuniões de cúpula das Nações Unidas fomentaram o surgimento de instrumento técnico-jurídicos capazes de auxiliar nesta nova visão.

Como se observou no desenvolvimento da pesquisa, a evolução técnica do Direito Ambiental galgou cinco fases, nominadas de: fase repressiva, fase preventiva, fase participativa, fase das técnicas de mercado e a internacionalização dos custos e a fase das técnicas abrangentes.

Neste ínterim, o direito ao meio ambiente equilibrado se firma como um direito humano fundamental de 3ª geração, caracterizado como direito de todos, bem de uso comum do povo e indispensável a uma vida de qualidade.

Ao enfatizar a fase preventiva, a presente pesquisa destacou o Licenciamento Ambiental como mecanismo de controle da atividade econômica poluidora, o qual assegura a compatibilização do direito ao livre desenvolvimento econômico e a efetivação do Princípio da Prevenção.

Assim, o Licenciamento Ambiental é “[...] procedimento colocado à disposição dos interessados, por meio do qual o Poder Público, mediante controles prévios – *licenças* – verifica a regularidade técnica e jurídica de determinadas atividades efetiva ou potencialmente causadoras [...]” de impactos ambientais<sup>44</sup>.

Desse modo, foi apresentado o Licenciamento Ambiental como mecanismo capaz de trazer efetividade para a prevenção ambiental, uma vez que se afigura em procedimento administrativo avaliativo das circunstâncias

---

<sup>44</sup> FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 66

concretas da atividade a ser empreendida.

Com efeito, analisou-se e concluiu-se que o Licenciamento Ambiental é principal instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente que possibilita a consecução da efetividade do Princípio da Prevenção na proteção do meio ambiente.

## **REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS**

ALONSO JR., Hamilton. **Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. “Tradução de Sebastião Nascimento”. São Paulo: Ed. 34, 2010. Título original: Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. Revista **Jurídica Cesumar** - Mestrado, v. 11, n. 1, jan./jun. 2011. p. 329-330. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica>. Acesso em 2016.

BRASIL. Lei n. 6.938/81, de 31 de agosto de 1981.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito ambiental constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CENTRO DOM HELDER DE CONVENÇÕES. **Gabriel Real Ferrer apresenta palestra sobre as dimensões da sustentabilidade**. Disponível. <http://www.institutosocioambientaldhc.com.br/artigos/n-a/>. Acesso em

2016.

**The Global Goals.** Disponível em <http://www.globalgoals.org/pt/>. Acesso dezembro de 2015.

EQUIPE BRASIL ESCOLA. **O acidente de Chernobil.** Por Rainer Sousa, graduado em História. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historia/chernobyl-acidente-nuclear.htm>>. Acesso em 2016.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental.** In: Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 21, n. 02, p. 347-368, mai./ago. 2016. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>. Acesso em 2016.

FERREIRA, Helini Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FERNANDES, Paulo Victor. **Impacto Ambiental: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípio do direito processual ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunal, 2010.

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

MACHADO, Auro de Quadros. **Licenciamento Ambiental: atuação preventiva do Estado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MATEO, Ramon Martin. **Tratado de derecho ambiental**. v.1. Madrid: Trivium, 1991.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Fundamentos do direito ambiental no Brasil**. RT 706/7-29. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto/1994.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** 1921. "Tradução de Francisco Morás". Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. Título original: *Ôu va Le monde?*

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008.

RIOS, José Arthur. A tutela do ambiente: dúvidas e dificuldades. p. 244-245. **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 117, jan./mar. 1993. p. 231-250. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176108> >.

Acesso em 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental:** Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental:** constituição, direitos fundamentais e proteção do Ambiente. 3. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2013.

SENADO FEDERAL. Da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, à Rio-92: agenda ambiental para os países e elaboração de documentos por Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Revista em discussão.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-das-nacoes-unidas-para-o-meio-ambiente-humano-estocolmo-rio-92-agenda-ambiental-paises-elaboracao-documentos-comissao-mundial-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.aspx>. Acesso em 2016.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). **Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente** (Estocolmo, 1972), parágrafo 6. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>. Acesso em 2015.

Organização das Nações Unidas - ONU. **Agenda 21.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em 2016.

## **DIREITO À INFORMAÇÃO NO RÓTULO DE ALIMENTOS TRANSGÊNICOS**

**Vanusa Murta Agreli<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Os estudos anotados no presente artigo científico foram iniciados quando, na qualidade de Presidente da Comissão de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros, fui designada relatora da matéria tratada no Projeto de Lei da Câmara - PLC 34/2015, que pretende promover alteração no art.40 da Lei da Biossegurança, segundo o qual, *'Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.'*

Inicialmente, a pesquisa dedicou-se a perquirir os efeitos da proposta legislativa no direito sedimentando. Ocorre que, na medida que os estudos avançaram, constatou-se a relevância de incluir no exame, a investigação sobre o atual (des) cumprimento da obrigação de informar. Nesse passo, os estudos foram empreendidos com o fito de diagnosticar a qualidade da informação disponibilizada e a qualidade da informação que se pretende disponibilizar para o cidadão.

---

<sup>1</sup> Advogada especializada em gestão ambiental pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com ampla experiência na consultoria preventiva e no contencioso ambiental. Professora de Direito Ambiental convidada da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro -EMERJ, Escola Superior de Administração Judiciária-ESAJ, UNIVALI e Escola Superior de Advocacia-ESA/RJ. Coordenou a Especialização em Direito do IBMEC-RJ. Foi Professora da Especialização em Educação Ambiental da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (Projeto Programa de Despoluição da Baía de Guanabara) e do Mestrado em Meio Ambiente da Universidade Federal Fluminense -UFF (Projeto PETROBRAS). Foi Diretora da ABAA e da APRODAB. Palestrante no Encontro Mundial de Juristas de Meio Ambiente para a Rio + 20. Em 2014 tomou posse como Presidente da Comissão de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, mandato renovado em 2016 com validade até 2018. Em 2015 tomou posse como Diretora das Comissões, Legislação e Pesquisa do IAB, permanecendo até a presente data, com endereço na Av. Marechal Câmara, n. 210, 5 andar, Rio de Janeiro, CEP 20.020-080, RJ, Brasil. Email: <vanusa@murtaagreli.adv.br >.

A delimitação da pesquisa inclui a análise da qualidade (sob a ótica da suficiência) da informação atualmente disponibilizada, e da informação que se pretende levar para o consumidor, no âmbito dos rótulos de alimentos à base de transgênicos, realizando-se o diálogo das fontes, considerando o Direito Ambiental, o Direito do Consumidor e a Constituição da República.

O produto jurídico edificado imprime visibilidade para o modelo da informação, sob o prisma do conteúdo informativo, nos rótulos de alimentos à base de transgênicos, concluindo-se que, a despeito da flagrante timidez da atual publicidade, a proposição legislativa pretende impor uma ruptura com o ordenamento, instituindo para o consumidor, um padrão inferior de tratamento, desafiando o sistema legal.

A considerar a relevância das conclusões alcançadas, que revelam a fotografia da deficiência da publicidade, e as consequências da proposição legislativa, que numa primeira leitura passa a impressão de pouca interferência na vida das pessoas, cuidamos de trazer o Parecer para a pauta acadêmica, com vistas a contribuir para a implementação do direito à informação, diminuindo a vulnerabilidade do cidadão.

## **1. O PROJETO DE LEI DA CÂMARA – PLC 034/2015**

O PLC 34/2015 em tramitação no Senado Federal, aspira variar o direito à informação, mediante alteração do art.40<sup>2</sup>da Lei nº11.105/05 (Lei da Biossegurança). Conforme consta no Senado, o projeto aguarda Parecer da Comissão de Agricultura e Reforma Agrária, destacando-se que em 2015, a Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática aprovou Parecer pela rejeição, apontando a inconstitucionalidade e a ilegalidade da matéria, enriquecendo a análise com os conhecimentos

---

<sup>2</sup> Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.

técnicos externados na Audiência Pública realizada no Senado<sup>3</sup>.

## **2. A ANÁLISE DO PROJETO DE LEI DA CÂMARA – PLC 034/2015**

A proposição refere-se a transgênicos e a organismos geneticamente modificados - OGMs, sem apontar qualquer dessemelhança entre ambos. Sem a pretensão de estabelecer qualquer elucidação conceitual, consignamos conceitos disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor- IDEC e pela Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG. Segundo o IDEC, alimentos transgênicos podem ser entendidos da seguinte forma:

são alimentos modificados geneticamente com a alteração do código genético, isto é, é inserido no organismos genes proveniente de outro. Esse procedimento pode ser feito até mesmo entre organismos de espécies diferentes (inserção de um gene de um vírus em uma planta, por exemplo). O procedimento pode ser realizado com plantas, animais e micro-organismos.<sup>4</sup>

No tocante aos organismos geneticamente modificados - OGM, salientamos o conceito adotado pelo Centro de Genética Molecular da UFMG:

---

<sup>3</sup> A Audiência Pública realizada nas reuniões conjuntas das Comissões Permanentes de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, e de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, realizada nos dias 11 e 12 de agosto de 2015, foram registradas as seguintes presenças: Adriana Brondani, Diretora-Executiva do Conselho de Informações sobre a Biotecnologia - CIB; Ana Paula Bortoletto Martins, Pesquisadora em Alimentos do Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC; Andiará Maria Braga Maranhão, Coordenadora da Escola Nacional de Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça - ENDC/Senacom/MJ; André Dallagnol, Membro da Organização Terra de Direitos; Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, Procurador da República - Ministério Público Federal - MPF; Cássio Trovatto, Secretário Executivo da Câmara Interministerial de Agroecologia e Produção Orgânica da Secretaria da Agricultura Familiar do Ministério do Desenvolvimento Agrário - Ciapo/SAF/MDA; Edivaldo Domingues Velini, Presidente da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio; Edmundo Klotz, Presidente da Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação - ABIA; João Tavares Neto, Superintendente de Correlatos e Alimentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; Juliana Ribeiro Alexandre, Coordenadora do Gabinete da Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - SDA/MAPA; Marijane Vieira Lisboa, Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Maurício Guetta, Advogado do Instituto Socioambiental - ISA; e Paulo Kageyama, Professor da Universidade de São Paulo - USP.

<sup>4</sup> Disponível em <<http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/saiba-o-que-sao-os-alimentos-transgenicos-e-quais-os-seus-riscos>> Acesso em 07 set. 2015.

Um organismo geneticamente modificado foi submetido a técnicas laboratoriais que, de alguma forma, modificaram seu genoma, enquanto que um organismo transgênico foi submetido a técnica específica de inserção de um trecho de DNA de outra espécie. Assim, o transgênico é um tipo de OGM, mas nem todo OGM é um transgênico. Devido a relação existente entre esses termos, frequentemente, eles são utilizados de forma equivocada como sinônimos. A sigla OGM é muito utilizada, mas hoje vem sendo simplificada para GM, ou seja, geneticamente modificado. Outro termo muito utilizado é PGM que significa planta geneticamente modificada.<sup>5</sup>

Após a breve noção conceitual, introduzimos os trabalhos avisando que a análise crítica disposta no presente estudo, além de identificar a repercussão lesiva da aprovação do PLC 34/2015, visa imprimir maior visibilidade para a deficiência da informação acerca dos alimentos à base de transgênicos, em descompasso com a Lei 8.078/99 e a Constituição da República Federativa do Brasil.

Numa leitura superficial do PLC 34/2015<sup>6</sup>, confia-se que o dispositivo que sofrerá acréscimos legislativo restringe-se ao art.40 da Lei da Biossegurança. Na aparência, a proposição limita-se a excluir a necessidade de rótulo

---

<sup>5</sup> Consulta realizada em 07.9.2015, às 19h21, no site: <http://www.cgm.icb.ufmg.br/oquesao.php>

<sup>6</sup> Projeto de Lei da Câmara 34 de 2015: O Congresso Nacional decreta: Art.1º. O caput do artigo 40 da Lei nº11.105, de 24 de março de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação: Art.40. Os rótulos dos alimentos destinados ao consumo humano, oferecidos em embalagem de consumo final, que contenham organismos geneticamente modificados, com presença superior a 1% de sua composição final, detectada em análise específica, deverão informar o consumidor, a natureza transgênica do alimento. Art.2º. Acrescenta-se ao artigo 40 da Lei nº11.105, de 24 de março de 2005, os §§ 1º, 2º e 3º, com a seguinte redação: § 1º. A informação estabelecida neste artigo deve constar nos rótulos dos alimentos embalados na ausência do consumidor, bem como nos recipientes de alimentos vendidos à granel ou in natura diretamente ao consumidor, devendo ser grafada, em destaque, de forma legível, utilizando-se uma das seguintes expressões, dependendo do caso: "(nome do produto) transgênico" ou "contém (nome do ingrediente) transgênico". § 2º. Aos alimentos que não contenham organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem "livre de transgênicos", desde que tenham similares transgênicos no mercado brasileiro e comprovada a total ausência no alimento de organismos geneticamente modificados, *através de análise específica*. § 3º. O direito à informação para os alimentos que envolvam organismos geneticamente modificados está disciplinado exclusivamente neste artigo e a sua não observância implicará na aplicação das penalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor e demais normas aplicáveis. Art.3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

informando a origem transgênica dos alimentos que contenham em sua composição até 1% de OGM. O exame apurado denota que a proposição embala pretensões enormes em desfavor do consumidor. Bem distante da aparência que envolve a proposição, caminhou o legislador ao desenhar o texto em apreço, que rompe o pacto social estabelecido, abusando da condição de vulnerabilidade técnica, social e ambiental do cidadão. *In casu*, o PLC dá a medida do desrespeito ao direito à informação.

É de se sublinhar que no tocante aos transgênicos, o direito à informação jamais foi inaugurado na sua completude, posto que o rótulo utilizado não atende ao dever de informar de maneira clara e precisa, sendo incompreendido pela maioria, o que reclama regularização. E o legislador, na contramão da regularização, está propugnado por uma reforma pautada na eliminação do dever de informar, desprezando a natureza pública e social da informação afiançada ao consumidor.

Com vistas a marcar os nefastos efeitos de eventual aprovação do Projeto de Lei da Câmara, diversos pontos que repercutem elisão de direitos do consumidor, devem ser mapeados para uma digressão acerca de sua graveza, quais sejam: (i) Exclui o dever de estampar no rótulo, o símbolo da transgenia, independentemente da concentração de OGMs no alimento; (ii) Impõe a substituição do método de análise da presença de OGMs, reconduzindo a análise do quantum de OGM da matéria prima (critério da rastreabilidade) para a composição final (critério da detectabilidade), o que se traduz num mecanismo que desvirtua a identificação de OGMs utilizado na composição do produto, tendo em vista que a análise da composição final não é suficiente para visualizar a presença de OGMs, ocasionando resultados falso negativo; (iii) Exclui o dever de rotulagem nas embalagens de alimentos que contenham até 1% de OGM em sua composição final, o que na prática, em se adotando o critério da detectabilidade, significaria a supressão da informação para a quase totalidade ou totalidade de alimentos que contenham OGMs; (iv) Eliminação da Lei 8.078/1990 para toda gama de consumidores de transgênicos, inclusive os consumidores por equiparação.

À limine, antes de avançarmos no exame dos pontos acima demarcados, importante trazer à colação, o perfil do sujeito que acolherá os impactos da medida proposta. É o que passamos a dispor, eis que essencial para delimitar acertadamente a premissa sobre a qual deve ser mensurada a suficiência da informação.

### **3. O PERFIL DO SUJEITO QUE ACOLHERÁ OS IMPACTOS DA MEDIDA PROPOSTA**

O cidadão, independentemente do estabelecimento da relação efetiva de consumo é o sujeito que será submetido aos impactos do produto. Trata-se do cidadão vulnerável, portador de fragilidade técnica decorrente da falta de conhecimento relativo à especificação e aos efeitos do produto, sofrendo impacto desde a fase negocial, no momento da aquisição do produto, até a fase pós consumo. Portanto, ainda que não consumam efetivamente o produto, a Lei 8.078/90 os considera como consumidores por equiparação, estendendo para todos, a proteção destinada ao consumidor, valendo transcrever parte de um julgado do STJ (RE 540.235):

esse alargamento do âmbito de abrangência do Código do Consumidor para todos aqueles que venham a sofrer os efeitos danosos dos defeitos do produto ou do serviço decorre da relevância social que atinge a prevenção e a reparação de eventuais danos. E a equiparação de todas as vítimas do evento aos consumidores, na forma do citado artigo 17, justifica-se em função da potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço.<sup>7</sup>

Sob tal ângulo, vulnerável é todo aquele que não tem acesso às informações precisas sobre circunstâncias e fatores que possam afetar ao meio ambiente, à saúde e à qualidade de vida. Notadamente, para efeito de produtos formados a partir de transgênicos, a Lei do Consumidor deve ser aplicada indistintamente. Com esmero, o art.29 da Lei 8.078/90 prevê que basta que

---

<sup>7</sup> Recurso Especial nº540.235 – SP, DJ, 06.03.2006.

o produto seja oferecido, para que o cidadão receba a proteção dos ditames da Lei do Consumidor. Apesar da natureza pacífica de tal conclusão, a rotulagem atualmente adotada para os produtos com configuração transgênica não atende ao comando exarado pela Lei 8.078/1990, além de não observar o direito à informação assegurado pela Constituição Federal e presente em toda a essência da legislação ambiental.

Isto posto, assumindo que todos são tratados como consumidores frente ao produto transgênicos, e conseqüentemente abraçados pela proteção do Direito Consumerista, embrenhamos na decomposição do PLC 34/2015.

#### **4. A UTILIDADE/INDISPENSABILIDADE DO CONTEÚDO AMBIENTAL DA INFORMAÇÃO, COM VISTAS A DAR PUBLICIDADE SOBRE OS EFEITOS DOS TRANSGÊNICOS NO MEIO AMBIENTE E NA SAÚDE HUMANA**

Em diversos pronunciamentos proferidos na citada Audiência Pública realizada no Senado Federal, verificamos entendimentos de que o debate decorrente do PLC 34/2015, restringe-se ao direito de informação não alcançando o efeito dos transgênicos no meio ambiente e no organismo humano<sup>8</sup>. Ainda que entenda que a matéria ambiental não integre o conteúdo da informação de que trata a proposição, o Senador Cristovam Buarque acenou a necessidade de futuro debate acerca dos efeitos dos transgênicos na saúde do homem:

Como o próprio Maurício veio aqui e disse, nós aqui não estamos discutindo se os transgênicos fazem ou não mal, porque esse é um ponto de outra discussão. Eu, pessoalmente, tenho muitas dúvidas se não há hoje indicações de problemas criados pelos transgênicos, sobretudo nas pessoas que moram no lugar em que eles são produzidos.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Maurício Guetta, Deputado Randolfe Rodrigues, Deputado Cristovam Buarque.

<sup>9</sup> Ata da 10ª reunião conjunta das comissões permanentes, realizada pela comissão de ciência, tecnologia, inovação, comunicação e informática (29ª reunião) com a comissão de meio

Questão controvertida que pode surgir, e desde já deve ser equacionada, consiste em estabelecer qual a profundidade da informação, necessária para que ela se realize de forma clara, nos moldes como determina a Lei. Com todo o respeito ao entendimento do Senador Cristovam Buarque, parece-nos que o efeito do produto no meio ambiente e na saúde humana, integra o núcleo da informação, sem o qual, o consumidor não terá plenas condições para decidir.

Dando mostras da amplitude da informação que deve ser prestada ao cidadão, a Constituição da Ucrânia que sitiou um emblemático desastre tecnológico (Usina Nuclear de Chernobyl), foi profundamente alterada, inaugurando o direito de livre acesso à informação sobre a situação de meio ambiente, a qualidade dos alimentos e dos bens de consumo, marcando a prevalência do acesso à informação sobre interesses comerciais, industriais e até mesmo sobre razões de segurança do Estado. Em moldes similares, a Corte Europeia dos Direitos Humanos já decidiu que o direito à devida informação é público e integra o direito à vida, sendo imprescindível para que o cidadão avalie riscos e tome decisões.<sup>10</sup>

Com acerto Kiwonghi Bizawu e André Luiz Lopes fazem uma explanação sobre o tema, ampliando o debate ao registrar que o rótulo é demanda ambiental de saúde pública:

A rotulagem de produtos, conforme leciona Rocha (2008, p.229-230), é uma demanda ambiental de saúde pública, que visa atender a conscientização do consumidor quanto ao produto que está consumindo, não apenas quanto à sua composição e possíveis consequências, mas, inclusive, em relação aos processos de elaboração do produto.

O desenvolvimento de uma política de rotulagem parte da premissa de que o consumidor tem o direito de saber o que está comprando e, conseqüentemente,

---

ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle (32ª reunião) da 1ª sessão legislativa ordinária da 55ª legislatura, realizada em 11 de agosto de 2015 no Senado Federal.

<sup>10</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme *in* **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.90, 94.

consumindo ou usando. A maior fonte de informação a esse respeito encontra-se na rotulagem dos produtos. O consumidor, baseando-se na informação que existe nos rótulos dos produtos, adota uma decisão melhor e mais informada na hora de exercer seu direito de opção entre os produtos oferecidos no mercado.

Esta capacidade de escolha pode vir motivada por razões de natureza econômica, sanitária, religiosa, ética, moral ou por outro tipo de necessidade, motivo pelo qual a rotulagem constitui um mecanismo de mercado que pode contribuir para aceitação ou não de um determinado produto ou de uma determinada tecnologia utilizada para sua produção.[...] A rotulagem de organismos geneticamente modificados e de seus derivados devem atender às seguintes funções: a) liberdade de escolha do consumidor final; b) liberdade de escolha da empresa que adquire o produto como insumo; c) segurança no manuseio, utilização e descarte do OGM ou de seu derivado; d) prevenir práticas comerciais enganosas e nocivas ao consumidor; e) garantia da saúde do consumidor; f) educar o consumidor ao consumo consciente. (2008, p.231).

A justificação da rotulagem dos OGMs e produtos deles derivados está na noção de que estes são distintos dos outros alimentos normais produzidos por métodos convencionais, informando o consumidor de possíveis afetações à sua saúde, além de lhe auxiliar na identificação da origem de um suposto problema, bem como identificar seu responsável.

Também a partir das informações contidas no rótulo, o consumidor tem o direito de escolher que produtos consumir, escolha esta por razões que não só de segurança alimentar do produto, mas, por motivos de religião, moral, gosto, estilo de vida, crenças culturais ou meramente razão de opinião pessoal.<sup>11</sup>

Nessa esteira, Leonardo Estevam Zanini noticia os rumos da Comunidade Europeia quanto aos impactos dos transgênicos no ambiente e na saúde:

Na visão da União Europeia, a justificação para a rotulagem está não somente na gestão de riscos

---

<sup>11</sup> BIZAWU, Kiwonghi, LOPES, André Luiz *in* Manipulação genética e organismos geneticamente modificados à luz do direito à informação do consumidor. **Revista Thesis Juris**. São Paulo, v. 3, n.1, pp.166-190, jan./junho 2014. DOI-10.5585/rtj.v3i1.39.

derivados da incerteza, mas também na observância dos direitos do consumidor à informação e à escolha. [...] Nesse contexto, encontrou espaço a Diretiva 2001/18/CE, que substituiu a Diretiva 90/220/CE e regulamentou a colocação de OGMs no mercado, impondo não só a autorização inicial, baseada na valoração dos riscos relacionados ao meio ambiente e à saúde do consumidor, mas também o monitoramento dos efeitos pós-introdução no mercado, a necessidade de rotulagem e a aplicação de procedimentos para o rastreamento.<sup>12</sup>

A postura europeia está em harmonia como princípio da precaução adotado no Brasil para toda e qualquer atividade econômica. Ocorre que, ao arripio de toda a sistemática nacional, decidiu-se excetuar a produção dos alimentos transgênicos, do império do princípio da precaução, que exige a certeza científica antes do início da atividade. Melhor dizendo, para os alimentos transgênicos foi concedido pelo Estado brasileiro, tratamento flexibilizado, posto que autorizado ainda que não se tenha certeza científica quanto aos malefícios.

E a comunidade científica não chegou a um consenso sobre os efeitos maléficos dos transgênicos na saúde do homem e no meio ambiente. E esta falta de consenso deve ser informada ao consumidor, de modo que ele exerça a livre escolha, ciente da natureza não conclusiva quanto aos riscos à saúde, ressaltando-se a necessidade de informações quanto aos riscos ambientais, posto que o meio ambiente contaminado funciona como um vetor a transmitir doenças ao homem.

---

<sup>12</sup> Zanini, Leonardo Estevam de Assis *in* Os direitos do consumidor e os organismos geneticamente modificados. (Disponível em <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Leonardo\\_Zanini.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Leonardo_Zanini.html)> Acesso em 20 agos. 2015)

## **5. A PRETENSÃO LEGISLATIVA DE ELIMINAR O DEVER DE ROTULAR O SÍMBOLO DO TRANSGÊNICO, INDEPENDENTEMENTE DE SUA CONCENTRAÇÃO NO ALIMENTO:**

A matéria 'O medo não pegou' publicada pela Revista Época, mostra importante realidade:

Uma pesquisa da Ipsos encomendada pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação (Abia), feita em fevereiro em 70 cidades brasileiras, mostrou que 74% dos 1.000 entrevistados nunca ouviram falar em transgênicos ou organismos geneticamente modificados. Ao ver o símbolo impresso numa folha de papel, 22% pensaram que era um sinal de trânsito. Mais da metade (56%) não tinha a menor ideia do significado da figura e 10% achavam que era um alerta ou indicava algo perigoso. Apenas 8% deram a resposta certa.<sup>13</sup>

A pesquisa prestada pelo Instituto IPSOS<sup>14</sup> apresenta dados que refletem a deficiência da informação destinada aos produtos à base de transgênicos, evidenciando que o direito à informação não é adimplido corretamente. Tecendo considerações acerca da perquirição IPSOS, "o pesquisador Victor Augustus Marin, vice-presidente do Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde da Fundação Oswaldo Cruz, a falta de conhecimento da população não é surpresa. 'Tem de haver um esclarecimento maior.'"<sup>15</sup>

Da mesma forma, o Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia do Senado argumentou a insuficiência do símbolo. No entanto, a despeito de ser insuficiente, traduz-se em importante meio para transmitir a informação para um significativo grupo de vulneráveis, o grupo composto pelos analfabetos,

---

<sup>13</sup>Consulta realizada em 07.9.2015 as 17h54 no site: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI164863-15259,00-O+MEDO+NAO+PEGOU.html>

<sup>14</sup> É a terceira maior empresa de pesquisa e de inteligência de mercado do mundo. Fundada na França em 1975, a Ipsos conta hoje com 16.000 funcionários e está presente em 87 países. Com suas ações negociadas na Bolsa de Paris desde 1 de julho de 1.999, a empresa de capital aberto é ainda administrada por profissionais da pesquisa, o que garante a sua independência. (Disponível em <<http://www.ipsos.com.br/>> Acesso em 07 set. 2015)

<sup>15</sup>Disponível em <<http://www.bv.fapesp.br/namidia/noticia/39255/74-populacao-sabe-transgenico/>> Acesso em 07 set. 2015

incluindo-se os analfabetos funcionais, ou seja, aqueles que não compreendem o significado das letras e dos números que consegue ler.

É irrefutável a importância da manutenção do símbolo (denominação abreviada) e de forma adjuvante, necessário se faz instituir campanhas para esclarecer o mesmo e deslindar seu significado. Providências a serem promovidas pelo empreendedor como forma de buscar a implementação do dever de informar, devendo também ser levada a efeito pelas concessionárias do serviço de comunicação, em atendimento à Lei de Educação Ambiental (Lei nº9.795/99). Inadmissível é a eliminação do símbolo, atualmente definido pela Portaria nº2658/2003, do Ministério da Justiça, a pretexto de que o mesmo macula a imagem do produto e potencializa prejuízos financeiros.

## **6. A PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO CRITÉRIO DA RASTREABILIDADE (NA MATÉRIA PRIMA) PARA O CRITÉRIO DA DETECTABILIDADE (NA COMPOSIÇÃO FINAL), PARA EFEITO DE VERIFICAR A PRESENÇA DE ELEMENTO TRANSGÊNICO NO ALIMENTO**

A proposição retira os ingredientes do foco da análise, e estabelece que somente deve ser considerado o produto final. Impõe a substituição do método de análise da presença de OGMs, reconduzindo a análise do quantum de OGM da matéria prima, que adota o critério da rastreabilidade (critério também utilizado na União Europeia conforme Diretiva constante no art.2º do Regulamento 1830/2003/CE)<sup>16</sup> para a composição final, através do critério da detectabilidade. Tal alteração, empresta para o empreendedor, um mecanismo que desvirtua a identificação de OGMs utilizado na composição

---

<sup>16</sup> Segundo o pós doutor em Direito Civil, Juiz Federal Leonardo Estevam de Assim Zanini *in* Os direitos do consumidor e os organismos geneticamente modificados, "[...] a normatização europeia exige o amplo rastreamento e a rotulação do produto, ainda que em sua composição final não haja nenhum vestígio de OGM, o que certamente os custos de sua produção." (Disponível em <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Leonardo\\_Zanini.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Leonardo_Zanini.html)> Acesso em 20 agos. 2015

do produto, tendo em vista que a análise da composição final não é razoável para avistar os OGMs, ocasionando resultado falso negativo.

Cabe sublinhar que o momento proposto para o teste não é adequado para identificar os transgênicos, eis que posterior ao processamento industrial, no qual o DNA dos OGMs sofre quebra, aniquilando assim a visibilidade de tais organismos no alimento. Nesse passo, os resultados apontariam um percentual menor do que 1% de OGM no produto final, favorecendo o anonimato dos OGMs. Consequentemente o modelo proposto (análise pelo critério da detectabilidade) legitimaria a isenção da rotulagem posto que praticamente representa a absolvição da informação ambiental nos alimentos disponibilizados para o consumidor<sup>17</sup>.

A assertiva supra registrada, encontra apoio nas conclusões publicadas pelo IDEC, que através de Renata Amaral, pesquisadora em Consumo Sustentável assim assenta: a 'Presença do DNA transgênico não é detectável por análise em alimentos processados. Isso significa que, caso a proposta seja aprovada, muitos produtos hoje rotulados passarão a não ser.'<sup>18</sup> *In casu*, o mesmo trilha percorreu o Parecer da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado:

[...] dada a impossibilidade técnica de se identificar a presença ou não de matéria-prima provida de OGM através de análise laboratorial do produto final acabado,

---

<sup>17</sup> A pesquisadora do Idec e engenheira ambiental Renata Amaral afirma que impedir a distinção entre produtos transgênicos e não transgênicos fere o direito do consumidor à informação. "Dentro do Código de Defesa, o consumidor tem esse direito como um dos básicos. A partir do momento em que você retira o símbolo, que é um elemento de fácil identificação de que aquele produto foi produzido a partir de organismos geneticamente modificados, isso acaba não informando o consumidor de um modo mais amplo, impedindo também que ele exerça seu direito de escolha", afirma. Amaral aponta ainda outra questão a ser levantada sobre o PL 4.148/2008. "É uma sacada muito inteligente que passa despercebida: a obrigatoriedade de rotulagem somente após análise específica. Isso significa pegar o produto final, já processado e industrializado, levar para um laboratório e tentar analisar seu DNA, verificar se tem ou não transgênico e se está acima de 1%. A questão é que, nos produtos processados, o DNA original já está tão desconfigurado que não se consegue detectar e muito menos quantificar a taxa de transgenia. Dessa forma, muitos produtos, principalmente os processados, que hoje são rotulados, deixarão de sê-lo", sublinha. (Disponível em <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/06/entenda-por-que-o-projeto-que-altera-a-rotulagem-de-transgenicos-e-um-retrocesso/>> Acesso em 06 set. 2015)

<sup>18</sup> Disponível em <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/identificar-transgenico-da-ao-consumidor-poder-de-escolha>> Acesso em 07 set. 2015

o resultado nefasto da eventual aprovação do PLC nº34, de 2015, seria a ausência de rotulagem sobre a origem transgênica para a grande maioria dos produtos transgênicos, o que representaria forma de ocultar do consumidor a informação sobre a presença de OGMs no produto que consome. Dessa forma, mais do que deixar de informar o consumidor, violando o seu direito fundamental à informação, o Congresso Nacional, com a eventual aprovação do PL nº4.148/2008, estaria permitindo que a sociedade brasileira seja ludibriada sobre a presença ou não de transgênicos nos produtos que consome diariamente.

Não se pode olvidar que tanto a exiguidade (omissão) quanto a ausência (omissão) da publicidade da informação, expande a vulnerabilidade. Com propriedade Paulo Affonso Leme Machado<sup>19</sup> leciona que a informação deve veicular aptidão para a reflexão do informado. Conforme se depreende na leitura do livro *Direito à Informação e Meio Ambiente*, ainda que não se recuse a informação, quando ela é selecionada pelo interesse do informante, assim como quando não é transmitida na sua integralidade, e nem é aprofundada, surge a manipulação através do viés dos artifícios ou das manobras contidas na falha da informação. A informação selecionada funciona como uma avalanche submergindo os informados.

Determinante o Julgado, que teve como relator o Desembargador Rui Fortes:

Aquele que consome, independentemente de índices ou quaisquer outros óbices existentes, tem o direito de conhecer e optar pelo produto que irá comprar e consumir, não podendo ser induzido em erro na hora de adquiri-lo, pois a ausência de menção na rotulagem da existência de organismos geneticamente modificados (OGM), hodiernamente, influenciará na compra do produto<sup>20</sup>

Diante o exposto, que faz ver que a alteração não se amolda à Constituição Federal, e que mais do que deixar de informar ao consumidor a composição

---

<sup>19</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.30.

<sup>20</sup> Agravo de Instrumento n. 2003.029271-3, Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Rui Fortes, 13 de abril de 2004.

transgênica do alimento ofertado, legitima e autoriza informação enganosa ao facultar o uso da rotulagem 'livre de transgênicos' (§2º, art.1º, PLC 34) em alimentos que sabidamente tem origem transgênica, mas cujo anonimato é preservado em razão da pretensa adoção da análise da detectabilidade. Neste particular, não é impróprio concluir que o legislador tenta discriminar o crime tipificado no art.66 da Lei 8.078/99, que trata a informação incompleta sobre a origem e a composição do produto, como informação enganosa.

## **7. O DIÁLOGO DAS FONTES NO SISTEMA LEGAL E CONSTITUCIONAL VIGENTE**

O arcabouço jurídico é muito bom, prevê sistemas de controle pautados no princípio da informação. Normas de ordem pública e interesse social são grifadas pelo Código de Defesa do Consumidor, em especial no art.4º, IV, art.6º, III, art.8º e no art.31. Ressalte-se que o art.6º, III da Lei 8.078/90 estabelece como direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos com especificação correta das características e composição, bem como sobre os riscos que apresentem. Nesse rumo, o art.31 assegura que a oferta e a apresentação de produtos devem assegurar informações precisas e ostensivas sobre suas características, composição e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores. Conforme previsto no parágrafo único do art.8º cabe ao fabricante prestar as informações através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

A malsinada pretensão de alteração da redação do art.40 da Lei da Biossegurança, destina-se a estreitar o alcance do direito à informação, esvaziando a obrigação estabelecida, posto que elimina o uso do símbolo da transgenia, exclui o dever de rotulagem nas embalagens de alimentos ou ingredientes alimentares que contenham até 1% de OGM<sup>21</sup> - transgênicos em

---

<sup>21</sup> Art. 3, VII do Decreto 5591/2005: organismo geneticamente modificado - OGM: organismo

sua composição final.

Inverossímil o disposto no § 3º, do art.2º do PLC 34/2015, que assim prevê: 'o direito à informação para os alimentos que envolvam organismos geneticamente modificados está disciplinado exclusivamente neste artigo e a sua não observância implicará na aplicação das penalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor e demais normas aplicáveis.' Em suma, propõe a blindagem do alimento transgênico contra os efeitos do CDC, admitindo apenas que o descumprimento do direito à (des)informação de que trata a proposição, sujeitará o infrator às penas do CDC, o que se mostra absolutamente inócuo, posto que pela redação pretendida não haverá obrigação a ser descumprida.

A considerar o texto do art.37 e parágrafo do CDC que trata como publicidade enganosa ou abusiva a omissão de informação sobre a origem e composição do produto, não é impróprio concluir que o teor do Projeto de Lei almeja legitimar tal prática. Note-se que ao alterar a Lei da Biossegurança, gravemente se pretende apagar, por vias transversas, a vigência da Lei 8.078/90 e do art.5º, XIV do Pergaminho Constitucional.

Consoante Renata Amaral, pesquisadora em Consumo Sustentável do IDEC:

Essa proposta que tramita no Senado é uma violação ao direito à informação, à alimentação saudável e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previstos no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal. Além disso, o projeto passa por cima dos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil no âmbito do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, um acordo ratificado por 150 países que se comprometeram a adotar medidas de identificação da presença de transgênicos.<sup>22</sup>

Inolvidável que não é dado ao legislador remover do cidadão consumidor o

---

cujo material genético - ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética.

<sup>22</sup> Disponível em <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/identificar-transgenico-da-ao-consumidor-poder-de-escolha>> Acesso em 07 set. 2015.

direito de decidir sobre a composição do alimento a ser consumido, sobretudo hodiernamente, momento em que a população cada vez mais busca o consumo de alimentos orgânicos. A partir do momento que os alimentos são autorizados, compete exclusivamente ao cidadão escolher as opções alinhadas nas prateleiras dos mercados onde são comercializadas. Cabe salientar que a opção somente se realiza quando a verdade substancial, relativa à origem e à composição do alimento, é adequadamente rotulada na embalagem.

Conforme bem observa Jorge J. Zaffaroni<sup>23</sup>:

O direito a receber informação veraz protege cada pessoa, já que é a base sobre a qual tomará decisões que vão afetar seus interesses e necessidades, seja de natureza individual ou como integrante da comunidade. Chegado a esse ponto, é necessário esclarecer que a veracidade exclui a manipulação da informação, o dolo, a má-fé e a negligência, porque é sabido que, ainda que se preserve a verdade formal, pode-se ocultar a verdade substancial, com o quê o Direito à informação transforma-se em mera aparência, numa mera formalidade.

Inconteste que para efeito de produtos produzidos a partir de transgênicos, as regras consumeristas aplicam-se indistintamente, sendo indeclinável sua exigência. A despeito da natureza pacífica de tal conclusão, a rotulagem atualmente adotada para os produtos transgênicos não atende ao comando externado pela Lei 8.078/1990, o que reclama reformulação das práticas.

Não obstante as regras que marcam o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor, noutra trilha segue o Projeto de Lei. Ao tempo em que é órfão do desejo de propugnar pelo imprescindível aprimoramento da Lei da Biossegurança, anseia por subtrair da sociedade a plenitude ao direito à informação de que trata o CDC. Registros anotados no site da Câmara noticiam que a matéria foi aprovada com 320 votos favoráveis e 135 contrários, valendo ainda destacar que num país em que aproximadamente

---

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Jorge j. Información social: Derecho y Regulación, p.31 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.52.

84% da população habita as cidades, questões de enorme interesse do cidadão são conduzidas pela demanda dos ruralistas, o que simboliza o contrassenso.

Lamentavelmente, a iniciativa parlamentar é distante do interesse público e próxima dos interesses privativos da classe empresarial que utiliza os transgênicos, consistindo em defesa de interesses de um setor em prejuízo do exercício da cidadania. O aspecto quantitativo dos votos é uma fotografia do descompasso da casa legislativa com o Código de Proteção do Consumidor, e o ordenamento ambiental, revelando o quanto os parlamentares mantêm-se jejunos do diálogo das fontes.

#### **8. A NECESSIDADE DE INFORMAR ADEQUADAMENTE. A INSUFICIÊNCIA DO RÓTULO ATUAL PARA A COMPLETUDE DA INFORMAÇÃO PELO VIÉS DA VERDADE SUBSTANCIAL, DETERMINADA PELO CDC**

A ausência de informação ou a falta de inteireza desta, embaraça ou até mesmo bloqueia, a capacidade de manifestar a vontade, esvaziando a autonomia, elemento essencial para o exercício do poder de decisão. Neste contexto de reflexão, razão assiste ao notável jurista Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado:

a clareza deve coexistir com a precisão, não se admitindo a incompletude da informação sob pretexto de ser didática. [...] diante das incertezas que se possam detectar nos dados ambientais transmitidos, cabe ao informante ser imparcial e dar chance de conhecimento, aos informados, de todos os ângulos da questão, sem privilegiar qualquer ponto de vista. E, quando o informante entender necessário posicionar-se, incumbe a ele justificar, com amplitude e profundidade, suas razões, apresentando, também, as razões contrárias às suas.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo:

O empreendedor não tem a faculdade de optar pela sonegação da precisão da informação. A 23ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, nos autos da Apelação nº9058892-07.2004.8.26.0000 atentamente decidiu:

[...] apenas munido de todas as informações necessárias e úteis acerca do produto ou serviço, poderá o consumidor, de maneira livre e consciente, exercer as suas opções de consumo. Essas informações, conforme assentado na primeira parte do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, para que atinjam a sua finalidade, devem ser corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa.

O elevado nível de complexidade de um transgênico exige maior observância do Código de Defesa do Consumidor. A este respeito, Paulo Luiz Netto Lôbo alerta que o direito à informação deve avançar para assegurar a proteção:

a concepção, a fabricação, a composição, o uso e a utilização dos produtos e serviços atingiram, em nossa era, elevados níveis de complexidade, especialidade e desenvolvimento científico e tecnológico cujo conhecimento é difícil ou impossível de domínio pelo consumidor típico, ao qual eles se destinam. A massificação do consumo, por outro lado, agravou o distanciamento da informação suficiente. Nesse quadro, é compreensível que o direito avance para tornar o dever de informar um dos esteios eficazes do sistema de proteção (do consumidor).<sup>25</sup>

A relação de confiança do consumidor com o rótulo, é a mesma relação de confiança que mantém com a bula dos medicamentos. Rótulo e bula são instrumentos que compensam a vulnerabilidade do cidadão, tornando-o capaz para decidir sobre a aquisição do alimento e do medicamento que serão ingeridos para fins de interações com seu organismo. Há uma particularidade, posto que no medicamento há o aval do médico que responsabiliza-se pela prescrição, enquanto no alimento a confiança é direta com o fornecedor, sem o conforto do suporte concedido pelo profissional intermediário. Daí a necessidade da boa-fé na definição do formato da informação, que deve ser

---

Malheiros, 2006, p.92.

<sup>25</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n.37, p.67-68.

veiculada de forma transparente e imparcial.

Paulo Affonso Leme Machado<sup>26</sup> destaca elementos do direito à informação, frisando-se compreensibilidade, a tenacidade, a completude, a veracidade e a imprescindibilidade, sobre a qual, apoiando-se em Nelson Nery Junior, anota:

O dever de informar tem sua imprescindibilidade destacada em situações *sui generis*, como a do desenvolvimento de novas tecnologias, o que ocorre nos alimentos transgênicos, considerando-se os aspectos ainda desconhecidos dos experimentos. Nesses casos, a informação completa nos rótulos é o único meio eficaz de diferenciar, num eventual rastreamento, um produto de outro, podendo-se chegar às causas de eventuais danos e impedir sua continuidade, cumprindo-se, ainda, o preceito constitucional e o princípio da liberdade de escolha do consumidor, a partir da identificação do produto transgênico.

Recorrendo-se aos entendimentos de Grassi e Enzo Pelosi com fundamento na Diretiva 2003/4 da Comunidade Europeia, Paulo Affonso Leme Machado salienta:

Para nenhum outro bem ou valor, como para o meio ambiente, a prévia aquisição e a circulação adequada da informação e do conhecimento, ainda que técnico, são indispensáveis para uma correta definição dos objetivos e da modalidade de tutela. Pode-se bem compreender, de fato, como um adequado desenvolvimento do instrumento do acesso à informação possa contribuir, de forma especial para sensibilizar toda uma coletividade em direção a uma consciência enraizada.<sup>27</sup>

E na defesa da informação positiva, Antônio Herman V. Benjamin<sup>28</sup> leciona:

---

<sup>26</sup> NERY JR, Nelson. Alimentos transgênicos e o dever de informar o consumidor *apud* Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.) Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel, p.574, *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme *in* **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.199-200.

<sup>27</sup> NERY JR, Nelson. Alimentos transgênicos e o dever de informar o consumidor *apud* Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.) Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel, p.574, *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme *in* **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.199-200.

<sup>28</sup> BENJAMIN, Antônio Herman *in* **Manual de Direito do Consumidor**. Coord. Antônio Herman

Para a proteção efetiva do consumidor, não é suficiente o mero controle da enganosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu dever de informação positiva. Toda a reforma do sistema jurídico nessa matéria, em especial no que se refere à publicidade, relaciona-se com o reconhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir. O art. 31 tem, na sua origem, o princípio da transparência, previsto expressamente pelo CDC (art. 4º, 'caput'). Por outro lado, é decorrência também do princípio da boa-fé objetiva, que perece em ambiente onde falte a informação plena do consumidor.

Notadamente, o símbolo desempenha importante papel neste cenário, carecendo de campanha de esclarecimento que desenvolva uma consciência crítica, o que deve ser desempenhado com a cooperação das concessionárias do serviço público de comunicação, que segundo a Lei 9.795/99, Lei de Educação Ambiental (art.3º, IV) tem o dever de educar a sociedade, de modo a fomentar o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações (art.5º, I), propugnado para o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social (art.5º, III).

Paulo Affonso Leme Machado sublinha a essencialidade da completude da informação, inclusive quanto às incertezas, o que dará ao consumidor, a chance de conhecer todos os ângulos da questão, capacitando-o para a escolha. Vejamos:

O fato de a informação ambiental transmitir dados técnicos não afasta a obrigação de a mesma ser clara e compreensível para o público receptor. A informação necessita poder ser utilizada de imediato, sem que isso demande que os informados sejam altamente especializados no assunto. [...] A clareza deve coexistir com a precisão, não se admitindo a incompletude da informação sob pretexto de ser didática. [...]

---

V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, capítulo VIII, nº13, ps. 188-189 *apud* Apelação nº 9058892-07.2004.8.26.0000 / 23ª Câmara de Direito Privado do TT/SP.

Apoiando-se em Stewart, Paulo Affonso<sup>29</sup> prossegue:

[...]as questões ambientais não são sempre simples e nem sempre tem soluções incontroversas. Parece-me que, diante das incertezas que se possam detectar nos dados ambientais transmitidos, cabe ao informante ser imparcial e dar chance de conhecimento, aos informados, de todos os ângulos da questão, sem privilegiar qualquer ponto de vista. E, quando o informante entender necessário posicionar-se, incumbe a ele justificar, com amplitude e profundidade, suas razões, apresentando, também, as razões contrárias às suas.

Logo, uma informação somente é completa quando suficiente para dotar o informado da capacidade de levar a efeito, de forma consciente e eficaz, sua liberdade de opção. E para que haja a completude, a incerteza científica quando aos impactos na saúde deve ser ensinada ao consumidor. Paulo Afonso destaca ensinança de Rizzato Nunes, que situa a informação como componente do produto. "Trata-se de um dever exigido mesmo antes do início de qualquer relação. A informação passou a ser componente necessário do produto e do serviço, que não podem ser oferecidos no mercado sem ela."<sup>30</sup>

Enquanto permanecer a falta de consenso quando aos riscos, que este fato seja informado ao consumidor. No caso em apreço, a imagem do símbolo presta auxílio na busca da informação, mas revela-se insuficiente, e considerando-se que os riscos dos OGMs são desconhecidos, inaugura-se a necessidade de utilização de mensagem advertindo sobre a ausência de certeza científica<sup>31</sup> quanto aos efeitos do produto no meio ambiente e na

---

<sup>29</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.92.

<sup>30</sup> S. Grassi. Considerazioni introduttive su libertà di informazione e tutela dell'ambiente, in AA.VV., *Nuove Dimensioni nei Diritti di Libertá*, Scritti in Onore di Paolo Barelli, Pádua, CEDAM, 1990, *apud* Enzo Pelosi in *Rafforzamento dell'accesso all'informazione ala luce dela Diretiva 2003/4/CE*, Rivista Giuridica dell'Ambiente 1/23-33 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme in **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.91.

<sup>31</sup> Até que finalmente o empreendedor apresente estudos científicos conclusivos, realizando-se o princípio da precaução, o empreendedor do ramo dos alimentos transgênicos habita patamar privilegiado em relação a outros segmentos da atividade econômica, posto que para os demais, o princípio da precaução é imposto previamente à autorização para o início da atividade, de modo que a atividade somente recebe a licença ambiental, quando for obtida pelo mesmo, toda a informação acerca dos impactos, com base em que o poder avalia a

saúde do homem. De forma coerente com nosso entendimento caminha o artigo acadêmico produzido sob orientação de Isabel Christine Silva de Gregori, que apregoa:

Devido à falta de estudos concretos que atestem e comprovem a real nocividade ou periculosidade que o consumo de produtos que contém OGM's pode causar à saúde humana e ao meio ambiente, e necessário, no mínimo, constar na embalagem/rótulo desses produtos a informação de que são desconhecidos os reais efeitos dos mesmos à saúde.<sup>32</sup>

À vista da perquisição do IPSOS, anteriormente mencionada e que constatou a desinformação acerca do símbolo da transgenia, Walter Colli, médico e bioquímico, ex-presidente da CTNBio, argumenta:

Desse modo, o que deveria ser um instrumento de informação ao consumidor acaba confundindo e gerando desinformação sobre os produtos transgênicos. Nega-se ao consumidor a informação mais importante, ou seja, a de que não existe comprovação científica de que os transgênicos façam mal à saúde ou mesmo uma explicação plausível sobre a presença de transgênicos no alimento.<sup>33</sup>

Urge focalizar o pronunciamento emitido na Audiência Pública relativa ao PLC 34/2015 por Marijane Vieira Lisboa, que na condição de especialista em Meio Ambiente e Novas Tecnologias e membro da CTNBio, alerta que estamos vivendo a situação de 'polêmica científica' relativa aos efeitos dos transgênicos, explicando que 'É aquela em que os cientistas, por mais capacitados que sejam e disponham de um mesmo, digamos, arcabouço de teorias e métodos, não são capazes de chegar a uma conclusão'. Aduz que os transgênicos foram criados 'Para permitir que os agricultores usem mais agrotóxicos em cima de certas plantas, e elas não morram. Ou, então, para

---

capacidade de tolerabilidade do meio ambiente e da saúde do homem à intervenção.

<sup>32</sup> GREGORI, Isabel Christine Silva de (Orientadora). Organismos geneticamente modificados: um estudo sob a ótica do direito do consumidor *in* **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**. Setembro de 2008, vol.3, n.3, p.43-59.

<sup>33</sup> Disponível em <<http://genpeace.blogspot.com.br/2012/02/gerando-desinformacao.html>> Acesso em\_07 set. 2015.

que os transgênicos tenham um inseticida dentro dele mesmo, e não seja necessário colocar outro fora, porque ele já é um inseticida, a planta já é um inseticida.’ Argumenta que objetivo da criação foi agrônômico, ressaltando que grande parte dos testes discutidos no CTNBio abarcam a funcionalidade agrônômica, do tipo, a lagarta morreu, a planta morreu. E finalmente nos fornece a seguinte informação: ‘E todas as fórmulas de aprovação dizem “provavelmente”, dificilmente, “quase impossível”, mas nenhuma é capaz de dizer “não vai haver risco”, por quê? Porque não se fizeram os estudos todos, de longo prazo, que era necessário fazer.’<sup>34</sup>

Em conformidade com os fundamentos de fato e de direito assinalados, além do indispensável símbolo e da mensagem indicativa da presença de transgênicos já determinada, a incerteza científica deve ser anunciada no rótulo, o que requer iniciativa do legislador.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade política precisa dialogar com os interesses da sociedade civil. O gestor público precisa inaugurar um planejamento com ferramentas que entregue ao eleitor o título de cidadania. E é este título de cidadania encarteirado pela informação, que vai retirar os eleitores das condições de vulnerabilidade técnica, social e ambiental. Enquanto não se coloca em prática as campanhas para esclarecimento do rótulo, e enquanto não se obriga a informar a incerteza científica quantos aos efeitos dos transgênicos, paira uma flagrante violação do interesse público envolvido.

Desta feita, pelos fundamentos fáticos e legais, a conclusão é no sentido da rejeição do PLC 34/2015, que pretende promover uma gravíssima ruptura com o sistema legal do país, instituindo para o consumidor, um padrão inferior

---

<sup>34</sup> Ata da 10ª reunião conjunta das comissões permanentes, realizada pela comissão de ciência, tecnologia, inovação, comunicação e informática (29ª reunião) com a comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle (32ª reunião) da 1ª sessão legislativa ordinária da 55ª legislatura, realizada em 11 de agosto de 2015 no Senado Federal.

de tratamento, desafiando o Diploma Consumerista, o que não se acomoda no Estado Democrático de Direito.

Demais disso, por entender que o tema reclama atuação maior do que a mera manifestação contrária ao PLC 34/2015, na ocasião em que sustentamos o Parecer na Tribuna do Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros -IAB, recomendamos seja encaminhado ao Senado Federal, uma Emenda Substitutiva<sup>35</sup> que determine que todo e qualquer produto alimentar que contenha matéria prima com OGM (análise pelo critério da rastreabilidade) deve ter registrado em sua embalagem, na parte frontal do produto, o seguinte texto: "Não há consenso na comunidade científica sobre os efeitos dos transgênicos (OGMs) no meio ambiente e na saúde do homem"

Para efeito de argumentação, vislumbrando-se que os produtores aleguem que a mensagem possa causar medo, insegurança, vale trazer à tona o que diz Paulo Affonso Leme Machado: "Quem detém a informação não pode distorcer os dados ou escusar-se a informar sob a alegação de que o conhecimento real dos fatos causará possível pânico aos informados."<sup>36</sup>

Frise-se que a mensagem proposta é mais branda do que as medidas adotadas no segmento tabagista, o que deflagrou a diminuição da mortalidade<sup>37</sup>. E que a mensagem proposta na Emenda pose ser revista na

---

<sup>35</sup> Emenda Substitutiva: 'Espécie de emenda apresentada como sucedânea a parte de outra proposição, que propõe substituição do texto da proposição principal por outro. Quando a emenda alterar, substancial ou formalmente, o conjunto da proposição, denomina-se substitutivo; considera-se formal a alteração que vise exclusivamente ao aperfeiçoamento da técnica legislativa.' (RICD, Art. 118).

<sup>36</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.93.

<sup>37</sup> Na indústria tabagista, a publicidade era omissa quanto aos malefícios do fumo, e induzia o consumidor a erro, eis que associava o uso do fumo à ideia de sucesso, beleza, riqueza, maior êxito na sexualidade das pessoas e à prática de atividades esportivas. A diversidade de sequelas gravíssimas, tais como câncer de pulmão, enfisema, envelhecimento acelerado, infarto etc, foi socializada por longos anos, enquanto os lucros seguiam privatizados. Consequentemente houve uma ruptura, e o Brasil passou a estabelecer regramentos firmes, tais como: (i) Portaria 490/1988 do Ministério da Saúde que impôs o seguinte rótulo: "O Ministério da Saúde adverte: fumar é prejudicial à saúde."; (ii) Medida Provisória 1814: "fumar causa câncer de pulmão", "fumar causa impotência sexual", "nicotina é droga"; (iii) Medida Provisória 2134: determinou que nas embalagens sejam impressas fotografias que mostrem as lesões causadas pelo fumo; (iv) Lei 8.069/1990: determinou que a embalagem informe a proibição de venda para menores de 18 anos; (v) Lei 9.294/1996: rotular advertência quanto aos malefícios dos produtos fumígenos, devendo variar no máximo a cada cinco meses,

medida em que o empreendedor promover investimentos em estudos que tragam a certeza científica, realizando-se o princípio da precaução.<sup>38</sup>

O Plenário do IAB, acolheu a integralidade do entendimento e das recomendações propostas, recepcionando-os como Parecer oficial do IAB, e encaminhando-os ao Presidente do Senado Federal preconizando-se que introduza mudanças, na modalidade de alteração integral do texto do PLC 34/2015, adotando-se os exatos termos da redação da Emenda Substitutiva.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BENJAMIN, Antônio Herman *in* **Manual de Direito do Consumidor**. Coord. Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, capítulo VIII, nº13, ps. 188-189

BIZAWU, Kiwonghi, LOPES, André Luiz *in* Manipulação genética e organismos geneticamente modificados à luz do direito à informação do consumidor.

---

inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em 100% (cem por cento) de sua face posterior e de uma de suas laterais; a partir de 1º de janeiro de 2016, além das cláusulas de advertência mencionadas também deverá ser impresso um texto de advertência adicional ocupando 30% (trinta por cento) da parte inferior de sua face frontal; a transmissão ou retransmissão, por televisão, em território brasileiro, de eventos culturais ou esportivos com imagens geradas no estrangeiro patrocinados por empresas ligadas a produtos fumíferos, exige a veiculação gratuita pelas emissoras de televisão, durante a transmissão do evento, de mensagem de advertência sobre os malefícios do fumo; (vi) Decreto 8.262/2014, que regulamenta a Lei 12.546/2011: extingue os fumódromos e acaba com a possibilidade de propaganda comercial de cigarros até mesmo nos pontos de venda, onde era permitida publicidade em *displays*. Fica permitida a exposição dos produtos, acompanhada por mensagens sobre os males provocados pelo fumo. Além disso, os fabricantes terão que aumentar os espaços para os avisos sobre os danos causados pelo tabaco, que deverão aparecer em 100% da face posterior das embalagens e de uma de suas laterais; (vii) Resolução ANVISA (2015): 30% da parte inferior frontal dos maços trarão os dizeres "Este produto causa câncer. Pare de fumar. Disque Saúde 136".

<sup>38</sup> Então que o produtor desocupe o confortável barco da prevenção e passe a ocupar o campo da precaução, este é o princípio adotado no Brasil, que exige a certeza científica quanto aos efeitos adversos para que a atividade seja exercida. Não se coaduna com o regime ambiental brasileiro, a mera prevenção, segunda a qual, se não existir comprovação de efeitos negativos, o produto poder ser gerado e comercializado. Pela precaução, diferentemente da prevenção, exige-se a prévia certeza científica de que o ambiente e a saúde suportarão as externalidades negativas do produto, sem ameaças à saúde e qualidade de vida. Enquanto não se alcança a certeza, cabe ao empreendedor publicar no rótulo, a informação que é pública e incondicionada aos interesses do empreendedor, sob pena de agressão ao CDC.

**Revista Thesis Juris.** São Paulo, v. 3, n.1, pp.166-190, jan./junho 2014.  
DOI-10.5585/rtj.v3i1.39.

GREGORI, Isabel Christine Silva de (Orientadora). Organismos geneticamente modificados: um estudo sob a ótica do direito do consumidor *in* **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM.** Setembro de 2008, vol.3, n.3.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n.37.

MACHADO, Paulo Affonso Leme *in* **Direito à Informação e Meio Ambiente.** São Paulo: Malheiros, 2006.

NERY JR, Nelson. Alimentos transgênicos e o dever de informar o consumidor *apud* Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.) Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel, p.574, *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme *in* **Direito à Informação e Meio Ambiente.** São Paulo: Malheiros, 2006.

S. GRASSI. Considerazioni introduttive su libertà di informazione e tutela dell'ambiente, *in* AA.VV., Nuove Dimensioni nei Diritti di Libertá, Scritti in Onore di Paolo Bareli, Pádua, CEDAM, 1990, *apud* Enzo Pelosi *in* Rafforzamento dell'accesso all'informazione ala luce dela Diretiva 2003/4/CE, Rivista Giuridica dell'Ambiente 1/23-33 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme *in* **Direito à Informação e Meio Ambiente.** São Paulo: Malheiros, 2006, p.91.

ZAFFARONI, Jorge j. Información social: Derecho y Regulación, p.31 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente.** São Paulo: Malheiros, 2006.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis *in* **Os direitos do consumidor e os organismos geneticamente modificados.** (Consulta realizada em 20.8.2015 no site: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Leonardo\\_Zanini.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Leonardo_Zanini.html))

### **Documentos consultados:**

Ata da 10ª reunião conjunta das comissões permanentes, realizada pela comissão de ciência, tecnologia, inovação, comunicação e informática (29ª reunião) com a comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle (32ª reunião) da 1ª sessão legislativa ordinária da 55ª legislatura, realizada em 11.8.15 no Senado Federal.

Recurso Especial nº540.235 – SP, DJ, 06.03.2006.

Agravo de Instrumento n. 2003.029271-3, Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Rui Fortes, 13 de abril de 2004.

### **Endereços eletrônicos consultados:**

Disponível em <<http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/saiba-o-que-sao-os-alimentos-transgenicos-e-quais-os-seus-riscos> > Acesso em 07 nov. 2015

Disponível em < <http://www.cgm.icb.ufmg.br/oquesao.php> > Acesso em 07 nov. 2015

Disponível em <<http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/saiba-o-que-sao-os-alimentos-transgenicos-e-quais-os-seus-riscos> > Acesso em 07 nov. 2015

Disponível em <[http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/saiba-o-que-sao-os-alimentos-transgenicos-e-quais-os-seus-riscos\\_](http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/saiba-o-que-sao-os-alimentos-transgenicos-e-quais-os-seus-riscos_)> Acesso em 07 nov. 2015

Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI164863-15259,00-O+MEDO+NAO+PEGOU.html> > Acesso em 07 nov. 2015

Disponível em < <http://www.ipsos.com.br/> > Acesso em 07 nov. 2015

Disponível em <<http://www.bv.fapesp.br/namidia/noticia/39255/74-populacao-sabe-transgenico/>> Acesso em 07 nov. 2015

Disponível em <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Leonardo\\_Zanini.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Leonardo_Zanini.html)> Acesso em 20 out. 2015

Disponível em <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/06/entenda-por-que-o-projeto-que-altera-a-rotulagem-de-transgenicos-e-um-retrocesso/>> Acesso em 06 nov. 2015

Disponível em <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/identificar-transgenico-da-ao-consumidor-poder-de-escolha>> Acesso em 07 nov. 2015

Disponível em <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/identificar-transgenico-da-ao-consumidor-poder-de-escolha>> Acesso em 07 nov. 2015

Disponível em <<http://genpeace.blogspot.com.br/2012/02/gerando-desinformacao.html>> Acesso em 07 nov. 2015

# O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL<sup>1</sup>

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni<sup>2</sup>

Heloise Siqueira Garcia<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

É alarmante o aumento no número de pessoas que em pleno século XXI ainda estão desprovidas de acesso à água potável. A falta de água, em determinadas regiões, ainda consiste em motivos de diversas guerras, origem de doenças e, por fim, tem levado a óbito a cada minuto milhares de pessoas.

Após séculos de exploração, concluiu-se que a água e os demais recursos ambientais são bem finitos e que, se as atitudes humanas perante tais recursos continuassem a acontecer, poderia acarretar a antecipação da extinção da raça humana, razão pela qual o Dr. Gabriel Ferrer justifica a essencialidade do estudo do Direito Ambiental.

Pretende-se, portanto, apresentar o atual cenário da água na humanidade,

---

<sup>1</sup> Partes deste artigo já foram apresentadas na seguinte publicação: BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O acesso à água potável como um instrumento para o alcance da Sustentabilidade. Data de Defesa: 14/07/2015. 143 p. **Dissertação**. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica/UNIVALI. Disponível em: <http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/mestrado/ppsscj/mestrado-em-ciencia-juridica/bancas-de-mestrado-sem-dupla-titulacao/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>2</sup> Doutoranda no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista do PROSUP – CAPES. E-mail: natammy@hotmail.com.

<sup>3</sup> Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Pesquisadora dos Grupos de pesquisa vinculados ao CNPq “Direito Prospectivo e Sustentabilidade” e “Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade”. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós-graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada. Email: heloiseagarcia@univali.br

buscando, por meio de uma conceituação histórica de seus instrumentos jurídicos de proteção, realizar uma análise do acesso à água potável como um direito fundamental.

O artigo científico em questão tem por objetivo geral analisar o direito de acesso à água como um direito humano; e como objetivos específicos, verificar a problematização da água no contexto da crise ambiental, investigar brevemente aspectos destacados a respeito da legislação internacional de águas, e, ao final, estabelecer uma relação do acesso à água como um direito humano fundamental.

A presente pesquisa, desenvolvida nos campos do direito ambiental e direito internacional, contém traduções feitas livremente pelas autoras. Quanto à metodologia empregada, registra-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, e nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

## **1. A PROBLEMATIZAÇÃO DA ÁGUA NO CONTEXTO DA CRISE AMBIENTAL**

Atualmente a “água” é necessária em diversos ramos da ciência e em inúmeras atividades diárias. Extremamente imprescindível para o desenvolvimento das necessidades básicas do indivíduo, na dessedentação dos animais e figura indispensável às indústrias, pode-se compreender que o direito de acesso à água pode ser entendido como um desdobramento do direito à vida, ultrapassando a categoria de direito fundamental de terceira geração podendo também ser classificado como de primeira geração.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni. Aspectos destacados da construção histórica da legislação internacional de águas e o seu atual cenário na humanidade. p. 155-189. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.) **Debates Sustentáveis: Análise multidimensional e governança ambiental**. Recurso eletrônico. Itajaí: UNIVALI, 2015. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

Os recentes números relacionados ao acesso à água no Brasil e em diversas nações são alarmantes e muito preocupantes. A realidade muitas vezes não é percebida, ou, talvez, não é divulgada tendo em vista que o interesse por dados verídicos muitas vezes não é o mais conveniente.

No ano 2000 foi constatado que 2,6 bilhões de pessoas não tinham acesso a saneamento básico, o equivalente a 40% da população mundial da época, enquanto 884 milhões de pessoas não tinham acesso à água potável. Considerando os dados e a importância da temática, a organização das Nações Unidas definiu o período entre 2005 e 2015 como a “Década Internacional para a Ação Água para a Vida”<sup>5</sup>. Com objetivo de contribuir na preservação das águas mundiais e com a finalidade de reduzir pela metade a proporção da população mundial sem acesso sustentável à água potável e saneamento até o ano de 2015, obteve-se como meta o fornecimento de água para 1,6 bilhão de pessoas e saneamento para 2,1 bilhões entre os anos de 2002 e 2015, sobretudo entre as famílias menos privilegiadas nos países mais pobres do mundo.<sup>6</sup>

Neste caso compete ressaltar a teoria de Malthus<sup>7</sup>, que ano após ano tem ratificado os seus resultados confirmadores através do crescimento da população e a consequente contaminação das águas devido à ação humana e que tem resultado no aprofundamento das desigualdades entre as nações. Dados comprovam que há um século, pelo menos, o consumo de água tem

---

<sup>5</sup> UNITED NATIONS. The Human Right to Water and Sanitation. **Media Brief**. Disponível em <[http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_media\\_brief.pdf](http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief.pdf)>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>6</sup> CASTRO, Liliâne Socorro de. Direito fundamental de acesso a água potável e a dignidade da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. XVI. n. 117 Rio Grande, 2013h. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13202](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13202)>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>7</sup> Reinaldo Dias destaca sobre o assunto: “Ainda nos primórdios da industrialização, um economista inglês, Thomas Robert Malthus (1766 – 1834), publicou um trabalho denominado Ensaio sobre a população: como afeta o futuro progresso da humanidade (1798), onde sistematizava um conjunto de preocupações que apontava para os problemas decorrentes do aumento populacional e para a possibilidade de esgotamento dos recursos naturais e seus reflexos no crescimento econômico. Dando destaque ao crescimento populacional, afirmava que “o poder da população é infinitamente maior que o da terra para produzir a subsistência do homem”. DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental – Responsabilidade Social e Sustentabilidade**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 35

crescido em um ritmo maior do que o crescimento populacional, sendo que nos últimos cem anos a população quadruplicou, enquanto o consumo de água cresceu sete vezes.<sup>8</sup>

A obra "A Lógica do Cisne Negro"<sup>9</sup>, escrita por Nassim Nicholas Taleb, discorre acerca da existência de fatos improváveis, cujo impacto, justamente pelo fato de ser improvável, tende a ser ainda mais avassalador. O cisne negro é conhecido por ser aquele animal em que muitos são descrentes acerca da sua existência justamente pelo fato de só se enxergar cisnes brancos, até o momento que surja um para contraditar a história.

Carlos Rydlewsky e Raquel Grisotto<sup>10</sup> expõem a correlação entre a realidade ambiental e a teoria apresentada pelo escritor libanês, utilizando como exemplo o terremoto ocorrido no Japão no ano 2011. Ao construir a usina nuclear, os japoneses realizaram os seus cálculos para que tal estrutura resistisse a qualquer terremoto. Para isso, utilizaram como base o pior terremoto que já havia atingido o país. Em outras palavras, não pensaram que, na maioria das vezes, existem muitos mais eventos no futuro do que no passado e, conseqüentemente, foram surpreendidos por um tremor mais devastador do que os seus registros já haviam apontado.

Recentemente, diversas foram as surpresas relacionadas ao grande número de desmatamentos, enchentes e secas existentes ao redor do planeta. Os tremores ocorridos no Nepal, tsunamis nas Filipinas e a seca na Califórnia<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. p. 137. Disponível em <[http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li\\_RDHGlobais](http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>9</sup> Em A lógica do Cisne Negro, um dos maiores especialistas de risco da atualidade propõe o mapeamento e a gestão do desconhecido, do pouco provável, do extremo. Para o autor, a fragilidade do conhecimento e a limitação do aprendizado baseado na observação e na experiência levam o ser humano a se defrontar com situações totalmente inesperadas. RECORD. **Grupo Editorial Record**. Disponível em <<http://www.record.com.br/logicadocisnenegro/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>10</sup> RYDLEWSKY, Carlos; GRISOTTO, Raquel. A vida sem água. **Revista Época Negócios**. São Paulo, n. 94 , p. 96-109, dez. 2014.

<sup>11</sup> O problema da água na Califórnia é histórico, remontando à chamada Guerra da Água, no início do século passado, durante a construção do aqueduto de Los Angeles. Investigações da

infelizmente têm se tornado cada vez mais recorrentes no cenário jornalístico atual. Ao citar o exemplo da seca da Califórnia, nunca se imaginou um histórico de falta de chuvas, acumulado com problemas climáticos que podem ter sido acentuados pelo efeito estufa, que pudesse afetar um dos Estados mais ricos da Nação norte-americana.

As grandes surpresas que têm surpreendido a população mundial perpassam categorias históricas e níveis jamais atingidos, levando populações inteiras a se deslocarem com a finalidade de buscar o mínimo de dignidade humana em outras culturas em razão de desastres naturais agravados pela péssima gestão humana. São exemplos dos refugiados ambientais, que segundo estimativas do Comitê Internacional da Cruz Vermelha<sup>12</sup>, mostram que hoje existem mais pessoas deslocadas por desastres ambientais do que por guerras.

Ademais, o Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados afirma que 36 milhões de pessoas haviam sido deslocadas em razão de desastres ambientais até o ano de 2009, o último ano que houve relatório. Cientistas predizem que a tendência é que este número aumente para pelo menos 50 milhões de pessoas até 2050. Alguns ainda citam a possibilidade deste número chegar a 200 milhões.<sup>13</sup>

Atualmente a caracterização da finitude da água como elemento essencial

---

NASA demonstram que desde 2002 as reservas de água do estado vêm declinando. Essa situação agravou-se nos últimos quatro anos com uma seca persistente que, segundo as autoridades, faz com que a atual seca seja considerada de "extrema seca" para 66% e de "excepcional seca" para 41% do Estado. A seca tem origem nas mudanças climáticas, e isso fica claro com a diminuição das chuvas e da neve no Estado. Outro elemento que leva à falta de água é o crescimento da população, que atingiu 38 milhões, e, por último, a maior parte da água é utilizada na agricultura. ESQUERDA. Artigos. Notícias Ambiente. **Califórnia vive seca histórica, petição exige que Nestlé pare de engarrifar água.** Disponível em: <http://www.esquerda.net/artigo/california-vive-seca-historica-peticao-exige-que-nestle-pare-de-engarrifar-agua/36733>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>12</sup> NATIONAL GEOGRAPHIC. Education. Encyclopedic Entry. **Climate Refugee.** Disponível em: [http://education.nationalgeographic.com/education/encyclopedia/climate-refugee/?ar\\_a=1](http://education.nationalgeographic.com/education/encyclopedia/climate-refugee/?ar_a=1). Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>13</sup> NATIONAL GEOGRAPHIC. Education. Encyclopedic Entry. **Climate Refugee.** Disponível em: [http://education.nationalgeographic.com/education/encyclopedia/climate-refugee/?ar\\_a=1](http://education.nationalgeographic.com/education/encyclopedia/climate-refugee/?ar_a=1). Acesso em: 24 de outubro de 2016.

não somente à cadeia alimentar animal, mas necessário para o desenvolvimento das necessidades básicas do indivíduo tem trazido diversas preocupações a renomados estudiosos acerca do assunto.

Um exemplo é a atual situação do Lago Chade, antiga referência para os astronautas em órbita da Terra. Imenso, localizado no coração do continente africano, antigamente ocupava uma área equivalente ao Estado de Alagoas e, até dezembro de 2014, já havia perdido mais de 95% de seu tamanho original. A má gestão dos recursos hídricos, aliada a seca que tomou a região poderão ocasionar o desaparecimento do então famoso Lago Chade.<sup>14</sup>

Entretanto, o Chade não é o único afetado. O Mar de Aral, também conhecido como “superlago”, localizado entre o Cazaquistão e o Uzbequistão, caminha a passos largos em direção a sua extinção. Imagens de satélite disponibilizadas pela NASA<sup>15</sup> comprovam um dos maiores desastres ecológicos da história.<sup>16</sup>

Infelizmente, problemas com relação à escassez também já podem ser sentidos em território brasileiro. No Brasil, de acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006<sup>17</sup>, os 20% mais ricos da população desfrutam de níveis de acesso à água e saneamento comparáveis ao de países ricos, enquanto os 20% mais pobres têm uma cobertura de água e esgoto inferior à do Vietnã.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> RYDLEWSKY, Carlos; GRISOTTO, Raquel. A vida sem água. **Revista Época Negócios**. São Paulo, n. 94 , p. 96-109, dez. 2014.

<sup>15</sup> IBTIMES. Technology. Science. **Aral Sea: NASA Images Reveal How Once World’s Fourth-Largest Lake Is Nearing Extinction**. Disponível em: <http://www.ibtimes.com/aral-sea-nasa-images-reveal-how-once-worlds-fourth-largest-lake-nearing-extinction-1697612>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>16</sup> RYDLEWSKY, Carlos; GRISOTTO, Raquel. A vida sem água. **Revista Época Negócios**. São Paulo, n. 94 , p. 96-109, dez. 2014.

<sup>17</sup> PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em [http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li\\_RDHGlobais.p](http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais.p). p. 50. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>18</sup> BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni. Aspectos destacados da construção histórica da legislação internacional de águas e o seu atual cenário na humanidade. p. 155-189. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.) **Debates Sustentáveis: Análise multidimensional e governança ambiental** [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2015.

O presente cenário ainda apresenta perspectivas de piora, tendo em vista o agravamento do aquecimento global e as alterações no regime de chuvas no planeta. Segundo a ONU, existe a previsão de que já em 2025 a escassez hídrica mundial atingirá 2,7 bilhões de pessoas, e ainda conclui alertando que as regiões sob maior risco são Ásia e África.<sup>19</sup>

## **2. ASPECTOS DESTACADOS A RESPEITO DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE ÁGUAS**

A partir dos anos 70, a água começou a alcançar destaque em alguns dos principais documentos internacionais relacionados à proteção ambiental, iniciando assim, um vagaroso processo de amparo ao recurso natural indispensável para uma vida digna e extremamente imprescindível para a efetivação de outros direitos.

A consciência relacionada a tutela jurídica da água destacou-se por intermédio do primeiro encontro de caráter global realizado para tratar especificamente acerca da problemática da água: a Conferência das Nações Unidas sobre a água, ocorrida em *Mar del Plata*, em 1977. O crescente consumo da água em todas as partes do mundo somado à pressão de instituições oficiais sobre os recursos hídricos, já sugeriam, em médio prazo, o surgimento de uma crise que teria a água como foco principal e que só poderia ser enfraquecida através da criação de um programa de gerenciamento desses recursos.<sup>20</sup>

Considerado o mais completo documento sobre recursos hídricos até a Agenda 21, cumpre aqui transcrever as primeiras palavras descritas no

---

Disponível em: [file:///C:/Users/2934094/Downloads/Free\\_8bb371b4-cd32-4928-81f1-c4df500d7a55%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/2934094/Downloads/Free_8bb371b4-cd32-4928-81f1-c4df500d7a55%20(2).pdf). Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>19</sup> IRVING, Marta de Azevedo; OLIVEIRA, Elizabeth. **Sustentabilidade e transformação social**. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2012. p. 55

<sup>20</sup> CAPRILES, Renê. **Meio Século de Lutas: Uma Visão Histórica da Água**. Disponível em: [http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/artigos\\_agua\\_doce/meio\\_seculo\\_de\\_lutas%3A\\_uma\\_visao\\_historica\\_da\\_agua.html](http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/artigos_agua_doce/meio_seculo_de_lutas%3A_uma_visao_historica_da_agua.html) Acesso em: 24 de outubro de 2016.

## Relatório das Nações Unidas sobre a Conferência da Água:

Cientes de que o desenvolvimento acelerado e ordenado da administração de recursos hídricos constitui um fator fundamental para melhorar as condições econômicas e sociais da humanidade, especialmente em países desenvolvidos, e que não será possível assegurar uma melhor qualidade de vida e promover a dignidade da pessoa humana e felicidade ao menos que sejam criados acordos e ações específicos com o objetivo de encontrar soluções e aplicá-las, posteriormente, em nível nacional, regional e internacional<sup>21</sup>.

Por expressa disposição, o Plano de Ação ainda estimulou a plena cooperação de todos os Estados em buscar a implementação das recomendações descritas no Relatório mediante a boa-fé de todos os cooperados<sup>22</sup>. Ademais, também declarou a Década de 1980 como a "Década Internacional do Fornecimento de Água Potável e Saneamento" sob o entendimento que "todos os povos, quaisquer que sejam seu estágio de desenvolvimento e suas condições sociais e econômicas, têm direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade à altura de suas necessidades básicas."<sup>23</sup>

A segunda grande conferência internacional organizada pelas Nações Unidas a tratar sobre o tema "água", aconteceu em janeiro de 1992 na cidade de Dublin, alguns meses antes da conferência que ocorreu no Rio de Janeiro. A Declaração de Dublin estabeleceu suas recomendações baseadas em quatro princípios que norteiam a gestão e as políticas públicas para as águas em

---

<sup>21</sup> Texto original: *Realizing that the accelerated development and orderly administration of water resources constitute a key factor in efforts to improve the economic and social conditions of mankind, especially in the developing countries, and that it will not be possible to ensure a better quality of life and promote human dignity and happiness unless specific and concerted action is taken to find solutions and to apply them at national, regional and international levels.* UNITED NATIONS. *United Nations Water Conference. Report.* Mar del Plata, 1977. Disponível em <[http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar\\_del\\_Plata\\_Report.pdf](http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar_del_Plata_Report.pdf)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>22</sup> UNITED NATIONS. *United Nations Water Conference. Report.* Mar del Plata, 1977. Disponível em <[http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar\\_del\\_Plata\\_Report.pdf](http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar_del_Plata_Report.pdf)> p. 3. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>23</sup> VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional.** Vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292000000100010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

todo o mundo, quais sejam: água como um recurso finito e vulnerável, necessário para manutenção da vida, do desenvolvimento e do meio ambiente; a gestão e o desenvolvimento dos recursos hídricos focados em uma abordagem participativa envolvendo os usuários, planejadores e governantes de todas as esferas; a mulher como uma peça fundamental no trabalho de administração e proteção da água e o tratamento da água como valor econômico e seu reconhecimento como um bem econômico.<sup>24</sup>

Alguns meses após a Conferência realizada em Dublin ocorreu a Eco 92, no Rio de Janeiro, da qual resultou na Agenda 21. Os recursos hídricos receberam um capítulo relevante na Agenda 21 o qual abrangeu sete áreas específicas que cobrem: os aspectos de desenvolvimento e manejo integrado; avaliação; proteção dos recursos hídricos, da qualidade da água e dos ecossistemas aquáticos; abastecimento de água potável e saneamento; água e desenvolvimento urbano sustentável; água para produção sustentável de alimentos e desenvolvimento rural sustentável; e impactos da mudança do clima sobre os recursos hídricos.<sup>25</sup>

De igual modo foi reconhecida a importância dos recursos hídricos transfronteiriços para os Estados ribeirinhos, termo este proposto por Habermas, destacando a importância da cooperação entre esses Estados em razão dos acordos existentes entre eles e levando em consideração o interesse de todas as nações envolvidas.<sup>26</sup>

Diversos foram os fatores que contribuíram para o estabelecimento de

---

<sup>24</sup> UNITED NATIONS. *International Conference on Water and the Environment (ICWE). The Dublin Statement on Water and Sustainable Development*. Disponível em <<https://www.wmo.int/pages/prog/hwrrp/documents/english/icwedece.html>> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>25</sup> VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292000000100010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>26</sup> VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292000000100010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

normas acerca deste elemento. Attila Tanzi<sup>27</sup> aduz que:

O direito internacional das águas trata, principalmente, se não exclusivamente, dos aspectos econômicos relacionados às reivindicações conflitantes entre os Estados ribeirinhos acerca da distribuição quantitativa de água, sem levar em consideração a qualidade da água e as questões ambientais.

Em 2000, a União Europeia<sup>28</sup> instituiu um quadro comunitário para a proteção e a gestão da água, onde “num primeiro momento, os Estados-Membros deveriam identificar e analisar as águas europeias, recenseadas por bacia e região hidrográficas, adotando então planos de gestão e programas de medidas adaptadas a cada massa de água.”<sup>29</sup>

Recentemente, com o objetivo de aumentar a conscientização e a cooperação entre os países sobre os desafios da gestão da água, o ano de 2013 foi declarado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas como o Ano Internacional de Cooperação da Água<sup>30</sup>, entretanto, diante do grau crítico em que os sistemas hídricos mundiais se encontram é notório o entendimento de que tal questão necessita ser tratada com urgência não somente pela ONU,

---

<sup>27</sup> Texto original: [...] *il diritto Internazionale delle acque si è occupato primariamente, se non esclusivamente, degli aspetti economici relativi a rivendicazioni contrapposte tra Stati rivieraschi sulla ripartizione quantitativa dell'acqua, senza prendere in considerazione la qualità dell'acqua e le questioni ambientali.* TANZI, Attila. *Il tortuoso cammino del diritto Internazionale delle acque tra interessi economici e ambientali.* In: **Il diritto All'acqua: Alcune riflessioni in prospettiva comparata.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 517.

<sup>28</sup> *La direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque (DQA), mirava a riordinare il quadro normativo del settore, affrontando in particolare alcuni aspetti centrali quali il problema della qualità ecologica delle acque.* ALÌ, Antonino. *La protezione e la gestione delle acque nell'Unione Europea.* In: **Sistema de derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Civitas, 2003. p. 73.

<sup>29</sup> UNIÃO EUROPEIA. Proteção e gestão da água (Diretiva-quadro no domínio da água). **EUROPA.** Síntese da legislação da UE. 2010. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/agriculture/environment/l28002b\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28002b_pt.htm)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>30</sup> [...] Enfatizando que a água é essencial para o desenvolvimento sustentável, inclusive para manter a integridade ambiental ea erradicação da pobreza e da fome, é indispensável para a saúde humana eo bem-estar e fundamental para alcançar o Objetivos de Desenvolvimento do Milênio [...] UNITED NATIONS. **General Assembly.** *Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010.* Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

mas por todos os países através da cooperação mútua com o intuito de trazer efetividade a todas as documentações supracitadas e minimizar os efeitos de anos de descaso.

Para tanto, necessária se faz a caracterização do acesso à água potável como um direito indispensável para o desenvolvimento das necessidades básicas do indivíduo, assunto que será abordado especificamente no tópico a seguir.

### **3. O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL**

O direito à água é refletido em todo o sistema jurídico ao se manifestar como princípio universal de Direito Humano Fundamental à vida. “O aspecto conceitual do princípio se revela na definição de que água é vida e material quando da qualificação do direito à água como fundamental do gênero humano.”<sup>31</sup> Entretanto, a caracterização defendida com tanta veemência por Clarissa Ferreira Macedo D’Isep não foi amplamente difundida com tanta facilidade no meio internacional e acadêmico.

Por volta dos anos 1980, conforme a ameaça da poluição aumentava, começou a ser cogitada a possibilidade de o acesso à água ser considerado como um direito fundamental.<sup>32</sup> No ano 2000 aconteceu em Haia a segunda edição do “Fórum Mundial da Água”, ocasião em que reuniu 5700 pessoas e teve por finalidade a discussão da água como uma necessidade humana básica ou um Direito Humano Fundamental. Após o encontro, resumidamente, algumas corporações transnacionais, apoiadas pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) assumiram ofensivamente a administração dos serviços públicos de água, aumentando drasticamente o preço dela para os residentes locais, e por consequência seus

---

<sup>31</sup> D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 59.

<sup>32</sup> D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 40

lucros.<sup>33</sup>

Em 2002, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, diante da escassez de água potável em países subdesenvolvidos e desenvolvidos, aprovou o Comentário Geral nº 15 sobre o direito à água, destacando a necessidade de um fornecimento de água suficiente, seguro, aceitável, fisicamente acessível e a preços razoáveis para usos pessoais e domésticos.<sup>34</sup> Até então, a Declaração Universal dos Direitos das Águas era o instrumento que afirmava o acesso à água como um direito fundamental, entretanto, nenhum deles apresentou força vinculante.<sup>35</sup>

Em conformidade ao relatório apresentado pela Organização das Nações Unidas no ano de 2006<sup>36</sup>, o ponto de partida e o princípio unificador da ação pública para a água e o saneamento seria o reconhecimento da água como um direito humano básico. Esse reconhecimento só chegou em 28 de julho de 2010, quando a Assembleia Geral da ONU reconheceu o acesso à água potável como um direito humano.<sup>37</sup>

Por meio da Resolução 64/292<sup>38</sup>, o reconhecimento ao saneamento e à água

---

<sup>33</sup> BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul**: Como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo: M. Books do Brasil Editora, 2003. p. 95

<sup>34</sup> UNITED NATIONS. The Human Right to Water and Sanitation. **Media Brief**. Disponível em <[http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_media\\_brief.pdf](http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief.pdf)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>35</sup> BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3172](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>36</sup> PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. p. 60. Disponível em <[http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li\\_RDHGlobais](http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>37</sup> BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni. Aspectos destacados da construção histórica da legislação internacional de águas e o seu atual cenário na humanidade. p. 155-189. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.) **Debates Sustentáveis**: Análise multidimensional e governança ambiental. Recurso eletrônico. Itajaí: UNIVALI, 2015. Disponível em: < <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>38</sup> UNITED NATIONS. **General Assembly**. *Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010*. Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292)> Acesso em: 24 de

limpa e segura foi considerado um Direito Humano essencial ao completo gozo da vida e aos outros direitos humanos. Ademais, a mesma resolução alertou que quase 900 milhões de pessoas ainda carecem do exercício desse direito e afirma que o acesso à água e ao saneamento é oriundo do direito a um padrão de vida adequado e intimamente relacionado ao direito de alcançar o mais alto nível de saúde física e mental, bem como o direito à vida e a dignidade humana.<sup>39</sup>

Para Anthony Olmo<sup>40</sup>,

Do ponto de vista jurídico, a afirmação do direito à água e saneamento básico representa o ápice de anos de debate internacional. [...] O direito à água e saneamento básico deriva do direito a um padrão de vida resguardado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 25) e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Culturais (art. 11 )<sup>41</sup>

A União Europeia, através da Diretiva 2000/60/CE, emitida pelo Parlamento e Conselho Europeu no ano de 2000, estabelece um quadro de ação comunitária para a proteção e a gestão da água. Num primeiro momento, os Estados-Membros devem identificar e analisar as águas europeias, recenseadas por bacia e região hidrográficas, adotando, então, planos de gestão e programas de medidas adaptadas a cada massa de água. A Diretiva

---

outubro de 2016.

<sup>39</sup> Texto original: *The recognizing that safe and clean drinking water and sanitation is a human right essential to the full enjoyment of life and all other human rights. [...] The General Assembly voiced deep concern that "almost 900 million people worldwide do not have access to clean water". [...] At its 15th session in September 2010, the UN Human Rights Council, in its Resolution A/HRC/RES/15/9, affirmed that the right to water and sanitation is derived from the right to an adequate standard of living and inextricably related to the right to the highest attainable standard of physical and mental health, and the right to life and human dignity.* UNICEF. *Drinking Water. Report.* Disponível em <[http://www.wssinfo.org/fileadmin/user\\_upload/resources/report\\_wash\\_low](http://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/report_wash_low)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

<sup>40</sup> Texto original: *Dal punto de vista giuridico, l'affermazione del diritto all'acqua e alle misure igieniche rappresenta il culmine di anni di elaborazioni in seno al dibattito Internazionale. [...] il diritto all'acqua e alle e alle misure igieniche deriva dal diritto ad uno atandard di vita adeguato tutelato dalla Dichiarazione universale dei diritti umani (art. 25) e dal Patto Internazionale sui diritti economici e culturali (art. 11).* OLMO, Anthony. **Diritto all'acqua potabile e alle misure igienico-sanitare.** In: *Diritti Umani e Diritto Internazionale.* Napoli: Università di Napoli, 2001. p. 178-179.

apresenta como objetivos principais a prevenção e a redução da poluição, a promoção de uma utilização sustentável da água, a proteção do ambiente, a melhoria do estado dos ecossistemas aquáticos e a atenuação dos efeitos das inundações e das secas. Desta feita, para alcançar tais intenções foi estabelecido o ano de 2015 como o limite para a “obtenção” de um “bom estado” ecológico e químico de todas as águas comunitárias.<sup>42</sup>

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que de certa forma o fato da recente Resolução ter declarado o acesso à água potável como um direito Humano não exerceu influências diretas, tendo em vista tal direito ainda não ter sido positivado e se transformado em um direito fundamental específico. Ingo Sarlet<sup>43</sup> relembra “que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupo, povos, nações, Estado)”, entretanto, a recíproca não é verdadeira.

Apesar da Constituição brasileira não fazer menção expressa ao direito à água, a Política Nacional de Recursos Hídricos e Saneamento Básico trouxe diversos mecanismos e instrumentos de efetivação do direito à água, especialmente ao relembrar no corpo da lei de sua instituição o caráter público das águas, a limitação do recurso e a preferência ao consumo humano e a dessedentação de animais em períodos de escassez.<sup>44</sup>

Muito embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não tenha incluído a água no rol de direitos fundamentais, atualmente existe uma proposta de Emenda à Constituição que dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal visando à inclusão do acesso à água como um direito

---

<sup>42</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Publicada em 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da política da água. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/agriculture/environment/l28002b\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28002b_pt.htm)>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. ed. 10. Curitiba: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L9433.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9433.htm)>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

social.<sup>45</sup>

A referida Emenda tem como objetivo a inserção da água no rol dos Direitos Sociais, sendo que esta, assim, se positivaria como um direito fundamental da pessoa humana, tais como a educação, a saúde, o trabalho e a moradia. Outrossim, em razão do Brasil deter 12% da água doce mundial (o maior potencial hídrico do Planeta), transfere aos brasileiros a responsabilidade de gerir, distribuir e preservar este recurso tão almejado por diversos povos, razão pela qual a consideração da água como um direito social seria considerada como um grande salto, buscando a disponibilização de água potável com qualidade à todos os cidadãos.<sup>46</sup>

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Há que se relevar que a água é necessária em diversos ramos da ciência e em inúmeras atividades diárias, sendo extremamente imprescindível para o desenvolvimento das necessidades básicas do indivíduo, na dessedentação dos animais e figura indispensável às indústrias.

Compreende-se nesse sentido que o direito de acesso à água pode ser entendido como um desdobramento do direito à vida, ultrapassando a categoria de direito fundamental de terceira geração podendo também ser classificado como de primeira geração.

Apesar de sua tamanha importância e a sua consideração como relevante bem ambiental e fundamento, constatou-se no ano 2000 que 2,6 bilhões de pessoas não tinham acesso a saneamento básico, o que é equivalente a 40% da população mundial da época, enquanto 884 milhões de pessoas não

---

<sup>45</sup> BRASIL. PEC. **Projeto de Emenda Constitucional**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1035378.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

<sup>46</sup> BRASIL. PEC. **Projeto de Emenda Constitucional**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1035378.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

tinham acesso à água potável. Por tais razões, a organização das Nações Unidas definiu o período entre 2005 e 2015 como a “Década Internacional para a Ação Água para a Vida”.

Contudo, há que se destacar que as grandes surpresas – negativas - que têm assolado a população mundial perpassam categorias históricas e níveis jamais atingidos, levando populações inteiras a se deslocarem com a finalidade de buscar o mínimo de dignidade humana em outras culturas em razão de desastres naturais agravados pela péssima gestão humana.

Atualmente a caracterização da finitude da água como elemento essencial não somente à cadeia alimentar animal, mas necessário para o desenvolvimento das necessidades básicas do indivíduo tem trazido diversas preocupações a renomados estudiosos acerca do assunto.

Os destaques da água em documentos internacionais relacionados à proteção ambiental tiveram seu início nos anos 70, ponto de começo para um vagaroso processo de amparo ao recurso natural indispensável para uma vida digna e extremamente imprescindível para a efetivação de outros direitos.

A consciência relacionada à tutela jurídica da água destacou-se por intermédio do primeiro encontro de caráter global realizado para tratar especificamente acerca da problemática da água: a Conferência das Nações Unidas sobre a água, ocorrida em *Mar del Plata*, em 1977, que gerou o mais completo documento sobre recursos hídricos até a Agenda 21, o Relatório das Nações Unidas sobre a Conferência da Água.

Por expressa disposição de tal Relatório, o Plano de Ação estimulou a plena cooperação de todos os Estados em buscar a implementação das recomendações descritas nele mediante a boa-fé de todos os cooperados, além de declarar a Década de 1980 como a “Década Internacional do Fornecimento de Água Potável e Saneamento”.

A segunda grande conferência internacional organizada pelas Nações Unidas a tratar sobre o tema “água”, aconteceu em janeiro de 1992 na cidade de

Dublin, alguns meses antes da conferência que ocorreu no Rio de Janeiro. A Declaração decorrente de tal conferência estabeleceu suas recomendações baseadas em quatro princípios que norteiam a gestão e as políticas públicas para as águas em todo o mundo: água como um recurso finito e vulnerável, necessário para manutenção da vida, do desenvolvimento e do meio ambiente; a gestão e o desenvolvimento dos recursos hídricos focados em uma abordagem participativa envolvendo os usuários, planejadores e governantes de todas as esferas; a mulher como uma peça fundamental no trabalho de administração e proteção da água e o tratamento da água como valor econômico e seu reconhecimento como um bem econômico.

Alguns meses após a Conferência realizada em Dublin ocorreu a Eco 92, no Rio de Janeiro, da qual resultou na Agenda 21. Em tal documento os recursos hídricos receberam um capítulo relevante que abrangeu sete áreas específicas, além de reconhecer a importância dos recursos hídricos transfronteiriços para os Estados ribeirinhos.

O direito à água é refletido em todo o sistema jurídico ao se manifestar como princípio universal de Direito Humano Fundamental à vida, entretanto tal caracterização não foi amplamente difundida com tanta facilidade no meio internacional e acadêmico.

Por volta dos anos 1980, conforme a ameaça da poluição aumentava, começou a ser cogitada a possibilidade de o acesso à água ser considerado como um direito fundamental. No ano 2000 aconteceu em Haia a segunda edição do "Fórum Mundial da Água", ocasião em que reuniu 5700 pessoas e teve por finalidade a discussão da água como uma necessidade humana básica ou um Direito Humano Fundamental.

A despeito de tudo isso, foi somente em 28 de julho de 2010 que ocorreu o reconhecimento do acesso à água potável como um direito humano pela Assembleia Geral da ONU. Por meio da Resolução 64/292, o reconhecimento ao saneamento e à água limpa e segura foi considerado um Direito Humano essencial ao completo gozo da vida e aos outros direitos humanos.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que de certa forma o fato da recente Resolução ter declarado o acesso à água potável como um direito Humano não exerceu influências diretas, tendo em vista tal direito ainda não ter sido positivado e se transformado em um direito fundamental específico.

Apesar da Constituição brasileira não fazer menção expressa ao direito à água, a Política Nacional de Recursos Hídricos e Saneamento Básico trouxe diversos mecanismos e instrumentos de efetivação do direito à água, especialmente ao relembrar no corpo da lei de sua instituição o caráter público das águas, a limitação do recurso e a preferência ao consumo humano e a dessedentação de animais em períodos de escassez.

O se observou após todo o estudo realizado, que culminou no presente artigo científico, foi que a questão da água necessita ser tratada com urgência não somente pela ONU, mas por todos os países através da cooperação mútua com o intuito de trazer efetividade a todas as documentações supracitadas e minimizar os efeitos de anos de descaso.

Para tanto, necessária se faz a caracterização do acesso à água potável como um direito indispensável para o desenvolvimento das necessidades básicas do indivíduo.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ALÌ, Antonino. *La protezione e la gestione delle acque nell' Unione Europea*. In. **Sistema de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Civitas, 2003.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3172](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul:** Como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo: M. Books do Brasil Editora, 2003.

BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni. Aspectos destacados da construção histórica da legislação internacional de águas e o seu atual cenário na humanidade. p. 155-189. *In:* GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.) **Debates Sustentáveis:** Análise multidimensional e governança ambiental. Recurso eletrônico. Itajaí: UNIVALI, 2015. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O acesso à água potável como um instrumento para o alcance da Sustentabilidade. Data de Defesa: 14/07/2015. 143 p. **Dissertação.** Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica/UNIVALI. Disponível em: <http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/mestrado/ppsscj/mestrado-em-ciencia-juridica/bancas-de-mestrado-sem-dupla-titulacao/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L9433.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9433.htm)>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

BRASIL. PEC. **Projeto de Emenda Constitucional.** Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1035378.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

CAPRILES, Renê. **Meio Século de Lutas:** Uma Visão Histórica da Água. Disponível em: <[http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/artigos\\_agua\\_doce/meio\\_seculo\\_de\\_lutas%3A\\_uma\\_visao\\_historica\\_da\\_agua.html](http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/artigos_agua_doce/meio_seculo_de_lutas%3A_uma_visao_historica_da_agua.html)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

CASTRO, Liliane Socorro de. Direito fundamental de acesso a água potável e a dignidade da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. XVI. n. 117 Rio Grande, 2013h. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13202](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13202)>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental** – Responsabilidade Social e Sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2007.

D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESQUERDA. Artigos. Notícias Ambiente. **Califórnia vive seca histórica, petição exige que Nestlé pare de engarrafar água**. Disponível em: <http://www.esquerda.net/artigo/california-vive-seca-historica-peticao-exige-que-nestle-pare-de-engarrafar-agua/36733>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

IBTIMES. Technology. Science. **Aral Sea: NASA Images Reveal How Once World’s Fourth-Largest Lake Is Nearing Extinction**. Disponível em: <http://www.ibtimes.com/aral-sea-nasa-images-reveal-how-once-worlds-fourth-largest-lake-nearing-extinction-1697612>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

IRVING, Marta de Azevedo; OLIVEIRA, Elizabeth. **Sustentabilidade e transformação social**. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2012.

NATIONAL GEOGRAPHIC. Education. Encyclopedic Entry. **Climate Refugee**. Disponível em: [http://education.nationalgeographic.com/education/encyclopedia/climate-refugee/?ar\\_a=1](http://education.nationalgeographic.com/education/encyclopedia/climate-refugee/?ar_a=1). Acesso em: 24 de outubro de 2016.

OLMO, Anthony. **Diritto all’acqua potabile e alle misure igienico-sanitarie**. In: *Diritti Umani e Diritto Internazionale*. Napoli: Università di Napoli, 2001.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. p. 137. Disponível em <[http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li\\_RDHGlobais](http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

RECORD. **Grupo Editorial Record**. Disponível em <<http://www.record.com.br/logicadocisnenegro/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

RYDLEWSKY, Carlos; GRISOTTO, Raquel. A vida sem água. **Revista Época Negócios**. São Paulo, n. 94 , p. 96-109, dez. 2014.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. ed. 10. Curitiba: Livraria do Advogado, 2010.

TANZI, Atila. *Il tortuoso cammino del diritto Internazionale dele acque tra interessi economici e ambientali*. In: **Il diritto All'acqua: Alcune riflessioni in prospettiva comparata**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Publicada em 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da política da água. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/agriculture/environment/l28002b\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28002b_pt.htm)>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Proteção e gestão da água (Diretiva-quadro no domínio da água). **EUROPA**. Síntese da legislação da UE. 2010. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/agriculture/environment/l28002b\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28002b_pt.htm)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

UNICEF. *Drinking Water*. **Report**. Disponível em <[http://www.wssinfo.org/fileadmin/user\\_upload/resources/report\\_wash\\_low](http://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/report_wash_low)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

UNITED NATIONS. **General Assembly**. *Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010*. Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

UNITED NATIONS. *International Conference on Water and the Environment (ICWE)*. **The Dublin Statement on Water and Sustainable Development**. Disponível em <<https://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/english/icwedece.html>> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

UNITED NATIONS. The Human Right to Water and Sanitation. **Media Brief**. Disponível em <[http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_media\\_brief.pdf](http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief.pdf)>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

UNITED NATIONS. *United Nations Water Conference*. **Report**. Mar del Plata, 1977. Disponível em <[http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar\\_del\\_Plata\\_Report.pdf](http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar_del_Plata_Report.pdf)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292000000100010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010)> Acesso em: 24 de outubro de 2016.

# **LICENCIAS OBLIGATORIAS, LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS Y LA NUEVA TEORÍA DE LA DINÁMICA INCLUSIVA DE DESARROLLO TECNOLÓGICO**

**Marta Carolina Giménez Pereira<sup>1</sup>**

## **INTRODUCCIÓN**

Dentro de los conceptos de la “producción” y “abastecimiento” de medicamentos, la tendencia actual en la doctrina esboza una idea de innovación inclusiva que denomino “Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico”, es decir, un desarrollo de dinámicas con miras a incluir todos los sectores que participan en la cadena productiva de la invención dentro de un política integrada y articulada, caracterizada por las premisas de eficiencia del gasto público y privado en la producción de medicamentos dentro de un conjunto amplísimo de estrategias, así como la garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones y de manera oportuna y la no menos importante distribución de fármacos dentro de una zona geográfica trazada como parte de la mencionada política.

El beneficio último de la ‘dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico’, según la experiencia internacional enfatizada en este apartado en la Argentina, país de altos índices en la PPM, es que en definitiva se logre que exista un instrumento de política pública capaz de remediar y de ser posible homogeneizar, en términos de funcionamiento adecuado, el acceso a la salud en igualdad de condiciones hacia todos los sectores de la población.

Para poder entender mejor lo que significa “suavizar” los derechos de

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho / Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México / PNPD CAPES no PPGDireito IMED. Linha de pesquisa Mecanismos de efetivação da democracia e da sustentabilidade. Grupo de pesquisa Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento / Email: magipe@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6905306640861147>>.

propiedad industrial con miras a la satisfacción de políticas públicas, comenzaremos por abarcar el concepto de licencias obligatorias, también llamadas compulsivas, figura ya más conocida dentro de la citada rama del derecho, que ha cobrado relevancia en importantes acontecimientos del derecho comparado (Brasil, entre los países a citarse).

## **1. LICENCIAS OBLIGATORIAS**

Por licencias obligatorias se entiende el permiso que se atribuye un gobierno para producir un producto o procedimiento patentado o para importarlo, sin el consentimiento del titular de la patente. Se trata de una de las flexibilidades en la protección de las patentes que contempla el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Propiedad Intelectual, a saber, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) a través de la Declaración de Doha de 2001 y sus modificaciones posteriores, en las que se suaviza el derecho de protección de que gozan los fármacos, al reconocer a los países su derecho a tomar medidas tendientes a la protección de la salud pública y la promoción del acceso a las medicinas, conforme lo han reclamado los países en desarrollo y las organizaciones no gubernamentales.

En estricto sentido, a través del contrato de licencia el licenciante autoriza a un tercero –el licenciataro–, con o sin contraprestación, a explotar una invención protegida, mediante el otorgamiento de un derecho de naturaleza personal<sup>2</sup>. Normalmente vendrá a ser la autoridad gubernamental quien concederá la licencia a empresas o personas distintas del titular de la patente a fin de que éstas hagan uso de los derechos de la patente para fabricar, usar, vender o importar el producto o procedimiento protegido sin hacerse necesaria la autorización del titular.

---

<sup>2</sup> JOLIET, René. **Der Patentreizvertrag im belgischen und französischen Zivilrecht**. Munich: GRUR Int., 1982, p. 294.

A pesar de hallarse contemplada esta figura en la normativa internacional y haber sido consecuentemente adoptada por la mayoría de los países adherentes a la OMC en su legislación interna, su puesta en marcha ha generado controversias sobre todo en el ámbito de la salud ante el caso de emergencias de salud pública.

A priori, la misma doctrina no se muestra unánime en cuanto a su naturaleza jurídica de si se trata de una mera tolerancia o de una contraprestación que asegure un goce económico para el licenciante. A posteriori, se suscitan numerosas dudas a la hora de intentar hacerla efectiva, generándose incertidumbres tanto para el licenciante como para el licenciatario, temores que incluyen hasta problemas de terminología. Por otra parte, una vez celebrado el contrato, los casos de éxito resultan escasos, por lo que la jurisprudencia aún es insuficiente para brindar soluciones sólidas y a largo plazo y, en consecuencia, se regresa errónea e irremediablemente a los principios generales del derecho contractual, en la intención de llegar a solucionar en forma íntegra el problema concreto que se plantea.

De hecho, la doctrina especializada indica el caso de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología como un caso típico de incertidumbre en el derecho privado ante la falta de normativa directamente aplicable al tema<sup>3</sup> que además resulte adecuada y correcta en el sentido de ajustarse a la realidad del país de que se trata, más allá de a los requerimientos del marco legal internacional, que se limita a estipular conceptos básicos de manera similares y homogénea para todos los países miembros de la OMC. Es que el derecho comparado ofrece soluciones limitadas en la materia pues habrá de tenerse en cuenta la específica y particular estructura económica del país en que se celebre el contrato.

---

<sup>3</sup> DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994, p. 12.

## **2. EL CASO DE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN EL CAMPO DE LA SALUD.**

### **LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL Y LA PROPIA MEXICANA**

En septiembre de 2009 se ha formulado en México una propuesta de reforma del segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial, en el sentido de acortar el plazo estipulado para la resolución de la concesión de licencias por la autoridad. La iniciativa no prosperó.

El artículo ya había sido reformado en el año 2004 y anteriormente en 1994. La iniciativa de reforma del segundo párrafo del artículo 77 hecha por el Senador Adolfo Toledo Infanzón del Partido Revolucionario Institucional (PRI), de fecha 8 de septiembre de 2009, rezaba textualmente: En los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, el Consejo de Salubridad General hará la declaratoria de atención prioritaria, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria, en esta se ordenará el otorgamiento de licencias de utilidad pública. Publicada la declaratoria del Consejo en el Diario Oficial de la Federación, las empresas farmacéuticas podrán solicitar la concesión de una licencia de utilidad pública al Instituto y éste la otorgará, en un plazo no mayor a tres días, a partir de la fecha de presentación de la solicitud ante el Instituto<sup>4</sup>.

La intención de la propuesta era darle mayor aplicabilidad a la figura de la licencia obligatoria por causa de emergencia nacional y específicamente de enfermedades graves, reduciendo el plazo previsto por el actual segundo párrafo del aludido artículo.

La propuesta establecía un plazo máximo de 3 días para que la autoridad se pronuncie, dejando sin efecto la disposición vigente, que es su parte pertinente reza: ...a la brevedad que el caso lo amerite de acuerdo con la opinión del Consejo de Salubridad General en un plazo no mayor a 90 días... y que además exige que sea audita

---

<sup>4</sup> Cfr. segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

parte. Cabe destacar que el texto vigente extrañamente tampoco incluye la frase expresamente propuesta en la iniciativa de reforma de que en los casos aludidos el objetivo de la orden será el "otorgamiento de licencias de utilidad pública".<sup>5</sup>

La exposición de motivos daba especial relieve a la emergencia sanitaria con motivo del brote del virus de la influenza, advirtiendo además la presencia de otras enfermedades como el dengue, que ameritan la posibilidad de importar medicamentos patentados bajo el régimen de licencias obligatorias, al no contar con capacidad de fabricación suficiente a nivel local, una problemática repetida en países en vías de desarrollo.

Cabe acotar que la esencia de la licencia obligatoria supone hacer siempre subsistir el requisito que establece el primer párrafo del referido artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial mexicana de que las licencias se otorgarán mientras dure la causa de emergencia o de seguridad nacional que haya motivado su celebración pero olvida el caso de los medicamentos huérfanos, que trataremos más adelante en el capítulo de Unidades Productoras de Medicamentos (UPM) en la Producción Pública de Medicamentos (PPM).

Artículo 77 LPI México, primer párrafo : Por causas de emergencia o seguridad nacional y mientras duren éstas, incluyendo enfermedades graves declaradas de atención prioritaria por el Consejo de Salubridad General, el Instituto, por declaración que se publicará en el Diario Oficial de la Federación, determinará que la explotación de ciertas patentes se haga mediante la concesión de licencias de utilidad pública, en los casos en que, de no hacerlo así, se impida, entorpezca o encarezca la producción, prestación o distribución de satisfactores básicos o medicamentos para la población.<sup>6</sup>

Dentro de la exigua experiencia internacional existente en el campo de las referidas licencias obligatorias, en el ámbito del derecho comparado revisaremos la especial relevancia de la experiencia brasileña con el retroviral denominado Efavirenz, producido por la farmacéutica Merck Sharp & Dohme,

---

<sup>5</sup> Cfr. artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

<sup>6</sup> Artículo 77 LPI México, primer párrafo.

considerado en la actualidad como el más eficaz para combatir la infección del SIDA o VIH. A pesar de las fuertes críticas provenientes de la Federación Internacional de la Industria del Medicamento, el gobierno de Brasil, a través de su Presidente en ejercicio Luiz Inácio Lula da Silva, en base a lo que dispone su Ley de Propiedad Industrial 9279/96 en su controvertido artículo 68 que regula las "licencias compulsivas", determinó imponer tal flexibilidad sobre la patente del citado fármaco por considerarla "legítima y necesaria, de interés nacional y demasiado caro", permitiendo con un amplio respaldo del Congreso la importación del genérico producido en laboratorios de la India que se hallan certificados por la Organización Mundial de la Salud (entre esos laboratorios genéricos están Ranbaxy, Cipla y Aurobindo) quienes ya cuentan con producción del genérico del Efavirenz y lo comercializan a un costo inferior que oscila en la tercera parte del producido por el laboratorio titular de la patente.

Mientras Merck cotizaba en 1.65 USD cada unidad del fármaco en territorio brasileño el costo por unidad del genérico fabricado en la India es de 0.44 USD. El tratamiento por paciente tiene un costo por año de 580 USD utilizando el medicamento de patente mientras que el tratamiento utilizando el genérico alcanza la suma de 165 USD anuales, es decir, menos de un tercio, lo cual implica un ahorro de 240 millones USD hasta el año 2012, fecha en que expira la patente. Antes de la imposición de la licencia obligatoria sobre el fármaco, Lula había mantenido dos negociaciones con el laboratorio titular, en las que participó además el gobierno norteamericano. Brasil rechazó en la segunda de ellas la oferta de comercializar el producto con un 30% menos del precio fijado originalmente por parecerle insuficiente y considerar que al menos debía reducirse en un 60%. En las negociaciones, Lula propuso el mismo precio pagado por Tailandia, que es de 0.65 USD por cada comprimido del fármaco en dosis de 600 miligramos, lo cual no fue aceptado por Merck.

Estados Unidos denunció ante a la OMC el artículo 68 de la ley de patentes brasileña por considerar que era violatorio del ADPIC, requiriendo ante tal organismo un Panel de Resolución de Conflictos con el objeto de que éste pueda dirimir las diferencias entre estos dos países. Brasil se defendió ante

la OMC alegando justificación en la medida por el alto número existente de enfermos de SIDA o VIH y, en consecuencia, considerar un caso de emergencia sanitaria nacional. Finalmente, el 25 de junio de 2001 Estados Unidos retiró ante la OMC la solicitud del panel.

La medida del Presidente Lula buscaba asegurar el tratamiento de unos 75 mil infectados en el territorio brasileño, siendo este país uno de los mayores compradores mundiales del medicamento, con más de 500 mil infectados de SIDA o VIH. A juicio del gobierno, más allá de demostrar el fracaso en la negociación del precio del fármaco de patente, la medida se convirtió más bien en una prueba de la firmeza gubernamental de apostar por el mercado de los genéricos ante una situación de emergencia nacional.

Cabe destacar que el argumento también se ha apoyado en el tratamiento que actualmente reciben unas 200 mil personas que reciben del Estado un conjunto de 17 medicamentos, de los cuales 8 son fabricados en Brasil dentro del marco de un programa gubernamental de lucha contra la enfermedad que ha recibido un sinnúmero de elogios a nivel internacional.

Como precedente, ya en la Asamblea Mundial de 1999, Brasil había ejercido fuerte presión a fin de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) llevara mejor a cabo su labor de control de precios de los medicamentos en todo el mundo y de evaluación en el impacto de las normas sobre patentes de la OMC. En abril de 2001, en la reunión anual de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue aprobada por 52 votos a favor, 0 en contra y 1 en abstención (Estados Unidos) la propuesta brasileña que vincula el adecuado acceso a los medicamentos con los derechos humanos fundamentales. Estados Unidos consideró al respecto que tal propuesta era violatoria de las normas internacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual. Brasil ya había anunciado en el año 2005 la quiebra de la patente del principio activo Kaletra, propiedad del laboratorio Abbot, pero ambas partes pudieron llegar a un acuerdo para la reducción del precio del medicamento.

En el caso del Efavirenz, el contrato de licencia se ha llevado a cabo

cumpliendo cabalmente el procedimiento previsto a tal efecto en la Declaración de Doha, el cual consta de tres etapas, a saber, la negociación, la declaración de la situación que justifica su utilización y el pago de royalties al titular afectado, que en este caso específico se pactó en la entrega del 1.5% sobre el valor de importación de los medicamentos similares al Efavirenz<sup>7</sup>.

Por otra parte, Tailandia también anunció la imposición de una licencia obligatoria a fin de que los enfermos de SIDA o VIH en este país pudieran recibir tratamiento con el genérico del Efavirenz que se produce en laboratorios de la India, país conocido en los últimos tiempos por su alta producción de medicamentos genéricos.

La organización no gubernamental Médicos Sin Fronteras utiliza casi en su totalidad medicamentos producidos en la India para tratar a enfermos de SIDA o VIH en 30 países del mundo.

La postura tailandesa se mantuvo a pesar de fuertes presiones provenientes la industria farmacéutica, sentando precedentes en la materia para el caso de emergencias sanitarias. Posteriormente, este país rompió además la patente de otros dos fármacos útiles también en el tratamiento de SIDA o VIH. Otros países como Canadá e Italia cuentan con experiencia en licencias obligatorias sobre productos farmacéuticos y en la década anterior llamó la atención general la decisión del Presidente de Ecuador, Rafael Correa, de emitir en estos días un decreto que derogue por completo las patentes farmacéuticas y agroquímicas de las trasnacionales que tengan efecto en este país, con excepción de las patentes cosméticas, a fin de que todas las medicinas sean producidas en el país y así se logre su abaratamiento, al considerar que la salud es un tema prioritario y primero está el derecho humano antes que "el bolsillo de las trasnacionales", enfatizando el caso de

---

<sup>7</sup> BRASIL. Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX). Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Brasilia. *Patentes y acceso a los medicamentos*, Brasilia, año 2009. Disponible en: <[http://www.fedeto.es/area\\_internacional/marco\\_politico\\_datos\\_brasil.pdf](http://www.fedeto.es/area_internacional/marco_politico_datos_brasil.pdf)>. Consultada el: 15 octubre 2009.

los fármacos que combaten el SIDA o VIH y el cáncer.

Hecho el balance de la actual situación de las licencias obligatorias en el ámbito doméstico y comparado, surge que tal figura presenta varios aspectos positivos, entre los que se cuentan, además del acceso a los medicamentos a un menor precio, el fomento de la competencia y el desarrollo de la producción nacional. Ahora bien, hay que tener muy presente que un país que no reconoce las patentes de las farmacéuticas transnacionales no contará con la presencia de estos laboratorios en su territorio y, consecuentemente, se verá desabastecido de medicinas esenciales de alta complejidad producidas exclusivamente por ellos en virtud a su tecnología y amplia experiencia en investigación y desarrollo que ostentan y con la que no cuentan los emergentes laboratorios de producción local. Por otro lado, con tal medida y al no reconocerse las patentes, tampoco podrá realizarse la importación por la industria local de farmoquímicos necesarios para la fabricación de las medicinas. Todo ello sin mencionar las sanciones de las que podría ser objeto el país por la OMC y la imposibilidad de poder abastecer de medicinas a todo un país con la sola producción nacional, que en el caso de Ecuador alcanza en la actualidad apenas un 22% del total de ventas. De hecho, se advierte que un crecimiento desmesurado de medicamentos genéricos requeriría en un futuro de un control exhaustivo por parte de la Secretaría de Salud <sup>8</sup>.

El caso de Ecuador se presentaría con tal decreto como uno excepcional y hasta violatorio de las normas previstas para la celebración de la licencia obligatoria pues al parecer no contempla la requerida y previa primera etapa de negociación. Además, resulta absurda la idea de generalizar la medida para todas las patentes de medicinas producidas por laboratorios que no sean locales. Al menos, esta no es la función de la licencia obligatoria, la cual se concede para cada caso específico y para atender determinados problemas

---

<sup>8</sup> DAHER, Mauricio Jalife. **Régimen de licencias obligatorias de patentes en el campo de la salud**, en Sesma, Ingrid Brena (Coordinadora), Salud y Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 332.

de salud, por un tiempo determinado, previa justificación por el gobierno de la situación que la motive. La postura que asume este país, a través de su gobernante, deberá encuadrarse en otra figura –inexistente por cierto- que justifique una total supresión de la protección conferida a todo inventor no local de un medicamento. Es el caso extremo de la defensa de la salud pública, la cual va en detrimento del fomento de la investigación y desarrollo, únicas herramientas capaces de propiciar avances tecnológicos y mejores medicinas.

### **3. LA RELEVANCIA DE LA NOCIÓN DE SALUD DENTRO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS (PPM) Y REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE BUROCRACIA EN EL SISTEMA DE SALUD**

A principios de los años 2000 la moderna doctrina francesa advertía que el ejercicio de la medicina había mutado en su naturaleza con el desarrollo de nuevas especialidades médicas y la multiplicación del número de especialistas, es decir, los médicos. En paralelo, en razón de tal crecimiento y de una oferta de cuidados cada vez más sofisticados según el avance de la ciencia y la tecnología, el volumen de consumo y de gasto médico también ha tenido un aumento significativo. De ello se colige que la extensión de la protección social a toda la población ha sido el sostén de esta evolución: la palabra “salud” pasó a ser actualmente uno de los principales sectores de actividad de los países<sup>9</sup>. En otras palabras, dentro de las políticas de salud, los resultados revelan que en las últimas décadas tales políticas se vieron orientadas hacia la inversión creciente en tecnologías médicas cada vez más complejas siendo el puntapié inicial y determinante en esta evolución el mismo peso que revisten los profesionales médicos y el progreso de la ciencia

---

<sup>9</sup> ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine. **Sociologie de la maladie et de la médecine**, 2010, Saint-Jean de Braye: Editorial Armand Colin, Imprimerie Nouvelle, 1994, p. 36.

médica, como se apuntó.

Dentro de este contexto, la noción de “medicalización de la sociedad”, como llama la sociología francesa, ha estado íntimamente relacionada con el desarrollo de leyes sobre la protección social. Ya en el siglo XX esta noción traducía en Francia el hecho de que el “modelo médico” se impone en la definición y toma de responsabilidad de numerosos problemas públicos contemporáneos, citando algunos padecimientos a título de ejemplo: alcoholismo, enfermedades mentales, drogas. De esta manera, en una sociedad medicalizada, el sector salud cobra relevancia como factor de políticas públicas estatales y, dentro de las grandes interrogantes sobre los diversos mecanismos y programas a desarrollar o acentuar dentro de las políticas de salud establecidas, existe la nueva tendencia de la Producción Pública de Medicamentos (PPM en adelante).

Ahora bien, antes de ahondar en el tema propio del artículo que aquí nos ocupa, habrá que establecer el lugar que ocupa el concepto “burocracia” en la administración pública de la salud, tan sólo a modo referencial.

Propio de sistemas normativos, algunos países como Brasil refieren la burocracia como característica destacada dentro del proceso administrativo, aunque en sentido peyorativo y propio del poder público, desde tiempos muy antiguos y características negativas son suyas: paternalismo, nepotismo, corrupción. Sin embargo y paradójicamente, la evolución histórica del proceso administrativo enfatiza la importancia de implementación de procesos burocráticos adecuados a fin de garantizar la manutención de padrones de calidad de los servicios en las estructuras de las instituciones privadas y públicas. La burocracia es, en sentido amplio, un medio de perfeccionamiento de políticas administrativas capaz de alcanzar niveles de eficiencia compatibles con la modernidad<sup>10</sup>.

Ejemplificando dentro del contexto de salud la función de la comentada

---

<sup>10</sup> CAMPOS, Juarez De Queiroz; PRESOTO, Lúcia Helena. **A burocracia na administração de saúde**, São Paulo: Editora Jotacê, 2002, p. 5

palabra burocracia, tenemos que la política de salud como directriz que emana del poder público debe abarcar, entre otras funciones principales, la esencial de promover la estructura y el funcionamiento del sistema de los servicios de salud, según lo establece el propio Centro Panamericano de Planificación de la Salud, perteneciente a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), siendo sus miembros fundadores Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela<sup>11</sup>. Ya en 1972 el documento denominado Tema 27, que abarca el proyecto del Programa del mismo Centro, establecía como objetivo: "Fortalecer la asesoría de la OPS a los gobiernos para perfeccionar sus procesos de planificación de la salud". Luego nombra entre sus actividades: "Programa de investigaciones con los países:...análisis de las relaciones entre salud y el resto del sistema socioeconómico"<sup>12</sup> como una suerte de domesticación del programa, con adecuación a la realidad de cada país miembro y a su normativa propia.

Más adelante, ya en referencia al propio Centro, se establece entre sus responsabilidades una propia de "Investigación", normando sobre la necesidad de apoyar en los países el desarrollo de la misma con miras a elaborar o perfeccionar técnicas de planificación para completar y mejorar la metodología de planificación de la salud, a través del estudio de áreas o variables que deban considerarse y de los países que pudieran elaborarlas, dando además asesoría periódica hasta la fase final de dicha investigación.

Seguidamente, aparece el apartado de "Información" donde se dispone que toda información que se refiera a la planificación de la salud y a la evolución de los procesos respectivos en los países americanos como de otras regiones

---

<sup>11</sup> CHILE. Organización Panamericana De La Salud (OPS). *Tema 27 del proyecto del programa*, octubre 1972, página 8. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultada el: 7 septiembre 2016.

<sup>12</sup> CHILE. Organización Panamericana De La Salud (OPS). *Tema 27 del proyecto del programa*, octubre 1972, página 9. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultada el: 7 septiembre 2016.

debe ser recabada, promovida en su recolección y analizada. Destaco además que la misma debe ser difundida y divulgada a modo de promover, orientar y motivar procesos de planificación y niveles de decisión políticos y administrativos, informando y estimulando a aquellos que realizan la labor directa de planificación en salud, enfatizando las experiencias de terreno conocidas<sup>13</sup>.

Dentro del Programa del Centro puede vislumbrarse la posibilidad de contemplar como política pública de salud nacional la Dinámica Inclusiva de Desarrollo Tecnológico, que se verá explicado más adelante en detalle y sobre lo cual anticipo en este apartado que se describe como una real necesidad de política pública de salud íntegra y que merece ser adecuadamente formulada y plasmada en su planeación, su proyecto y sus resultantes programas que deberán ser coordinados con miras a su ejecución. Esta Dinámica se plasma en esta propuesta a través de Unidades Productoras de Medicamentos (UPM) a nivel público, es decir, la Producción Pública de Medicamentos (PPM).

Volviendo al término burocracia, utilizado en sentido amplio, vendrá entonces en consecuencia a utilizarse para englobar y describir todo aquello que implica el trazado integral del sistema de salud de un país, con sus normativas y organigramas, su contexto social y hasta político, en sentido amplio. En sentido estricto, estamos frente a una burocracia de un sistema de salud circunscripto a una implementación efectiva de las mencionadas UPM.

---

<sup>13</sup> CHILE. Organización Panamericana De La Salud (OPS). *Tema 27 del proyecto del programa*, octubre 1972, página 13. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultada en: 7 septiembre 2016.

#### **4. LA INNOVACIÓN TERAPÉUTICA, LA INVESTIGACIÓN MÉDICA CON LA CONTRIBUCIÓN DEL PACIENTE Y LAS UNIDADES PRODUCTORAS DE MEDICAMENTOS (UPM)**

En este campo, la socióloga Renée Fox acentúa la posibilidad de un rol activo del paciente contribuyente al desarrollo de la ciencia médica en el mismo hospital, siendo un caso de referencia la utilización de medicamentos de prueba en hospitales como la cortisona o la ciclosporina, principio activo empleado comúnmente en el trasplante de órganos. Su teoría esboza que el médico está desarrollando investigación en el mismo hospital, a través de su práctica con el paciente y dentro de lo que ella denomina "dilema entre experimentación y terapéutica" pues se trata de probar la eficacia de su innovación a través del mismo paciente con un doble objetivo: curar la enfermedad o tratarla por lo menos y también realizar su propia labor de investigación con el enfermo, quien pasa de ser un sujeto pasivo a ser uno activo desde el momento en que conoce que el procedimiento no sólo persigue su curación o alivio sino además el mismo progreso de la ciencia<sup>14</sup>.

En el caso que ocupa a los medicamentos en los hospitales y su relación con la innovación tecnológica a través de su título de protección, a saber, las patentes, la propuesta de la función de una UPM es de naturaleza social en el sentido de que, tal como apunta Oro Boff, un sistema de patentes también puede constituirse en un instrumento de fomento y de erradicación de la pobreza porque estamos frente a un papel considerando dentro de un conjunto más amplio de medidas políticas nacionales de desarrollo tecnológico y obedeciendo a los mismos intereses del país. En efecto, tal

---

<sup>14</sup> FOX, Renée. *Experiment perilous, physicians and patients facing the unknown*. Piscataway, NJ, US: The free Press, 1959. Disponible en: <[https://books.google.com.br/books?id=VjN\\_al6lZoC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=ren%C3%A9e+fox,+experiment+perilous,+physicians+and+patients+facing+the+unknown,+The+free+Press,+1959&source=bl&ots=\\_N7CmOh0DB&sig=gmBhAbW1NDpDnjuHxHoyB10akbI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewj0uuvnDof7OAhUBDZAKHaCWAN8Q6AEIJjAB#v=onepage&q=ren%C3%A9e%20fox%2C%20experiment%20perilous%2C%20physicians%20and%20patients%20facing%20the%20unknown%2C%20The%20free%20Press%2C%201959&f=false](https://books.google.com.br/books?id=VjN_al6lZoC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=ren%C3%A9e+fox,+experiment+perilous,+physicians+and+patients+facing+the+unknown,+The+free+Press,+1959&source=bl&ots=_N7CmOh0DB&sig=gmBhAbW1NDpDnjuHxHoyB10akbI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewj0uuvnDof7OAhUBDZAKHaCWAN8Q6AEIJjAB#v=onepage&q=ren%C3%A9e%20fox%2C%20experiment%20perilous%2C%20physicians%20and%20patients%20facing%20the%20unknown%2C%20The%20free%20Press%2C%201959&f=false)>. Consultada el: 7 septiembre 2016.

como ella lo sostiene, diseminar la cultura de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, priorizando sobre todo la disponibilidad de recursos y garantizando una infraestructura necesaria, parece ser el camino para que pensar que la propiedad intelectual pueda contribuir al desarrollo económico y social<sup>15</sup>.

La propiedad intelectual, importante mecanismo para la protección de invenciones derivadas del intelecto humano es un área diferenciada de la propiedad material y hoy en día cuenta con un importante estímulo cuando se relaciona con la utilidad colectiva, aquí incluidas las invenciones<sup>16</sup>.

Como factor de puesta en marcha del punto anterior en específico así como en general de lo hasta aquí expuesto, es preciso poner en conocimiento una teoría desarrollada en Argentina, país que más se ha preocupado en el tema de la PPM. Esta teoría ha sido recientemente en ese país por especialistas en estudios sociales de tecnología e innovación que propone abordar la PPM con un enfoque de tecnología organizacional y política pública y como un instrumento que busca como fin dinamizar procesos de desarrollo inclusivo. Santos, Guillermo y Becerra, Lucas, Investigadores del Área de Estudios Sociales de la Tecnología y la Innovación del Instituto de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología (Universidad Nacional de Quilmes) sobre cuyo trabajo se basa el presente artículo.

Hablar de desarrollo inclusivo significa despuntar la ciencia y la tecnología propia de una región y subsecuentemente de un país pero en esferas que van más allá de la privada o la mixta. Nos referimos a la PPM a través del trabajo articulado de laboratorios públicos y de farmacias hospitalarias y es que, ya en los albores del año 2000, el hospital público ha pasado de ser durante siglos el asilo de los pobres a convertirse en una institución prototipo de las

---

<sup>15</sup> BOFF, Salete Oro. **Propiedade intelectual e desenvolvimento. Inovação, gestão e transferência tecnológica**. Passo Fundo, RS: IMED Editora, 2009, p. 57.

<sup>16</sup> BOFF, Salete Oro; Lippstein, Daniela. Biodiversidade, conhecimentos tradicionais y propiedade intelectual: um caminho para o desenvolvimento sustentável, en Boff, Salete Oro et al. (Coord.), **Novas Tecnologias, Direitos intelectuais e Políticas públicas**, Vol II, São Paulo, SP: Letras jurídicas, 2015, p. 30.

sociedades modernas, lugar de referencia privilegiada en la investigación médica y en el desarrollo de técnicas de punta<sup>17</sup>.

En Argentina, la cuestión va más allá de la ya compleja provisión de medicamentos, enfocándose a puntos estratégicos que plantea actualmente el sector salud<sup>18</sup>:

- La política pública integrada, como factor en sí mismo y como factor capaz de desarrollar políticas públicas transformadoras dentro de la 'dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico'.
- La eficiencia del gasto público y privado que se genera en la producción de medicamentos, lo cual implica un conjunto amplísimo de *estrategias* a desarrollar.
- Una garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones para todos.
- El factor de la innovación con su desafío de generar dinámicas con miras al desarrollo inclusivo.

A partir de esos cuatro puntos estratégicos mencionados que plantea el sector salud citan los especialistas tres preguntas-problema<sup>19</sup>:

- ¿Qué capacidad tiene el actual sector público productor de medicamentos y cuál es la relación entre política de salud y mercado de medicamentos?
- Como factor de implementación y de transformación, ¿es posible configurar una política integral de producción

---

<sup>17</sup> ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudin. *Sociologie de la maladie et de la médecine*, 2010, Saint-Jean de Braye, Francia: Editorial Armand Colin, Imprimerie Nouvelle, 1994, p. 37.

<sup>18</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. *La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud*, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). *Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas*, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, Editora Lenguaje Claro, 2016, p. 251.

<sup>19</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. *La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud*, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). *Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas*, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, p. 251.

pública de medicamentos que conviva con la compra privada?

- ¿Bajo qué condiciones una política pública de PPM puede desplegar dinámicas concretas de desarrollo inclusivo?

El panorama debe ser visto el sector general tanto con sus complejidades como con sus oportunidades.

Existe una fuerte crítica al sistema privado y a la industria farmacéutica que éste desarrolla por adueñarse del presupuesto general destinado al sector salud y de la cadena de provisión de medicamentos, pero esto no es visto desde la raíz del problema: si se tuviera un mayor escenario presupuestario destinado a la eficiencia innovadora por las UPM y una participación concreta y eficiente de éstas dentro del aparato legal y regulatorio, podría verse más abierta gran parte de tal hegemonía privada.

La pregunta resaltante que hemos de hacernos es ¿cuál es la importancia que adquiere el mercado de los medicamentos y su dinámica dentro del concepto de gasto en salud? Existen muchas y conocidas inconsistencias como por ejemplo la baja en la capacidad de compra frente a la permanencia alcista de la capacidad de venta lo cual es producto de la propia estructura y diseño del sistema de salud y su consecuente dinámica<sup>20</sup>.

El secreto para el desarrollo inclusivo las UPM pareciera radicar en los conceptos de Presupuesto + Participación Eficiente de la UPM, no respecto a la eterna discusión entre el sector genérico y el innovador sino frente a la apropiación y hegemonía de todo el sector farmacéutico privado en el presupuesto público, dándose en consecuencia una altísima concentración en laboratorios privados nacionales y trasnacionales con el consecuente control de precios determinado por el sector dominante resultando la fórmula: a

---

<sup>20</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). **Tecnologías para incluir**. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas. Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, pp. 255-257.

mayor concentración, mayor control de precios.

Las UPM conforman el sector de la PPM y se subdividen en laboratorios públicos y en farmacias hospitalarias. Ambos tipos producen medicamentos pero dirigidos a un público distinto ya que las segundas destinan sus productos generalmente a los pacientes a cuyo hospital pertenecen, mientras que los laboratorios públicos surten medicamentos a una extensa red de sistemas de salud a lo largo del territorio del país, abarcando hospitales públicos o privados, planes y programas de provisión pública de medicamentos o inclusive venta minorista en farmacias.

Es de tener en cuenta además que entre esos laboratorios podemos encontrar lo que dependen del gobierno nacional, de universidades nacionales, de gobiernos provinciales e incluso de municipios<sup>21</sup>.

Analizando lo que contempla el estudio de las farmacias hospitalarias, en la PPM, basándose en la Resolución Ministerial argentina 286/08, la salud es un derecho y el medicamento un bien social siendo una función del Estado garantizar la accesibilidad y ordenar la distribución de recursos y el aprovechamiento de capacidades instaladas y de recursos humanos<sup>22</sup>.

Frente al problema del acceso a los medicamentos como producto por ejemplo de una crisis, siempre es el esfuerzo público, a través del Estado, el que acaba respondiendo con medidas alternativas, por ejemplo, la provisión gratuita de medicamentos en determinado tiempo y lugar a través de planes concretos. Una vez recuperada la actividad económica, la producción privada vuelve a estar en alza, incrementando su facturación (control de precios en

---

<sup>21</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). **Tecnologías para incluir**. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, p. 259.

<sup>22</sup> HOYA, A. Producción Pública de Medicamentos: una respuesta a los medicamentos huérfanos pediátricos. En: CONGRESO ARGENTINO Y CONGRESO SUDAMERICANO DE FARMACIA HOSPITALARIA, 14 y 2., 2014, Santa Fe. Disponible en: <<http://www.aafhospitalaria.org.ar/imagenes/descargas/2014-6-b.pdf>>. Consultado el: 7 septiembre 2016.

consecuencia) y trayendo como consecuencia que la crisis haya sido finalmente absorbida en forma total por el sector público<sup>23</sup>. Como ejemplo se cita el Plan Remediar del año 2002 a través de la provisión de medicamentos en forma gratuita para 15 millones de personas.

Las propuestas son varias y pertenecerían a otro capítulo pero entre las posibles soluciones cobra especial relevancia UPM. Garantizar el abastecimiento oportuno de medicamentos, si bien forma parte de la agenda pública y es una obligación del Estado, esto no implica forzosamente que estos bienes deban ser comprados al sector privado. En consecuencia, debería vincularse la política pública a una estrategia de producción y no de compra directa, conforme explican los estudiosos argentinos.

La elaboración de especialidades medicinales por laboratorios públicos acabaría con el pensamiento radical de la naturaleza del medicamento como un bien de mercado, transformándolo en un bien social<sup>24</sup> pero existen realidades de las UPM, que se enumeran someramente a continuación.

1. Producción y abastecimiento: En la Argentina, a pesar de contar con un diagrama trazado en la cobertura geográfica de la UPM a través de laboratorios que cuentan con habilitación de sendos permisos de instalaciones y de producción por parte del organismo regulador competente, a saber, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), cuya finalidad última es la circulación de los productos en el territorio nacional para su venta minorista, en la práctica resulta que varios de ellos no alcanzan la cobertura nacional efectiva (problemas de distribución) y entre las limitantes de la problemática en

---

<sup>23</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). **Tecnologías para incluir**. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, pp. 257, 258.

<sup>24</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. *Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud*, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). **Tecnologías para incluir**. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, p. 281.

la distribución efectiva del medicamento, la misma regulación encabeza la lista que tiene que ver con el acondicionamiento de las instalaciones de las UPM al requerimiento normativo. Los laboratorios, tanto públicos como privados, para acceder al tránsito federal de su producción deben habilitar sus plantas y certificar sus productos ante ANMAT<sup>25</sup>.

Se cita como excepción el caso de medicamentos esenciales huérfanos, es decir, no provisto en el mercado interno por los laboratorios privados detentores de la patente sobre lo cual se ha hecho especial énfasis en lo de uso pediátrico.

2. Patentes: sin entrar en detalle al respecto, me centro en específico en la siguiente limitante que se arguye acerca de la distribución efectiva de los medicamentos elaborados por las UPM y que tiene que ver con la fuerte crítica que recibe la protección del medicamento a través de la figura de la propiedad industrial que le corresponde: la patente. En efecto, las UPM fabrican los medicamentos con principios activos cuyas patentes se encuentran vencidas y cuentan con restricción para elaborar medicamentos con patente vigente.

El argumento de la protección de la patente se encuentra desarrollado ampliamente en la doctrina actual pero encuentra un gran vacío en el caso de la PPM, caso en que la producción –y distribución aludida- del medicamento por las UPM debiera considerar políticas de excepción, máxime si se trata de medicamentos huérfanos, a través de oportunas previsiones legales como las licencias obligatorias, sobre lo cual las legislaciones aún encuentran importantes vacíos a la hora de ponerlas en marcha.

3. Tecnología e infraestructura local: sigue siendo un obstáculo importante el hecho de que los principios activos o farmoquímicos sean adquiridos en el exterior por falta de producción local suficiente que se traduce en

---

<sup>25</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). **Tecnologías para incluir**. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, pp. 261, 262.

una capacidad inventiva limitada por parte de la industria nacional importadora de aquellas fórmulas<sup>26</sup>, dicho de otra manera, se refleja en las cifras una reducida dinámica de innovación local.

Al respecto esgrimen los autores como causa del problema las racionalidades que imperan en las políticas y programas de ciencia y tecnología en el sentido de que éstas responden al modelo lineal de innovación. Así, si bien existe un número importante de institutos y centros de investigación médica, todavía cuentan con bajos niveles de interacción con las unidades de producción. Aquí cobra una excepción importante los laboratorios que pertenecen a las universidades nacionales sin que por ello el producido global de la dinámica innovativa del país resulte más feliz por tal excepción<sup>27</sup>.

4. UPM existentes: Parte de esta política lineal debe también culpa a la concentración excesiva en manos de algunas UPM estatales. En Argentina, se citan veinte UPM como parte integrante de la Red Nacional de Productores Públicos de Medicamentos, siendo su objetivo la producción conjunta de medicamentos de manera coordinada pero cuyos bajos resultados saltan a la vista por falta de acciones concretas en materia de producción y también de posicionamiento de la producción pública entre los temas principales de la agenda política del sector salud pública.

No se puede dejar de mencionar sin embargo que en el año 2011, en un esfuerzo más defensivo que proactivo de las UPM y del Grupo de Gestión de Políticas de Estado en Ciencia y Tecnología, se obtuvo la Ley 26.688 que declaró de interés nacional la investigación y producción pública de

---

<sup>26</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. *La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud*, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). *Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas*, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, pp. 261, 262.

<sup>27</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. *La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud*, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). *Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas*, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, pp. 261, 262.

medicamentos, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos<sup>28</sup>. Esta ley argentina aún carece de reglamento pero puede resultar un sugerente a la normativa de otros países en la materia por sus líneas estratégicas de acción, entre las que se mencionan:

- La definición de prioridades en líneas estratégicas de producción según perfiles epidemiológicos y estacionales de cada región.
- La promoción de investigación, desarrollo y producción de medicamentos huérfanos<sup>29</sup>.

Entre los principales principios activos elaborados por laboratorios públicos se encuentran analgésicos y antibióticos de uso habitual y también drogas utilizadas para tratar enfermedades crónicas. La provincia con mayor abastecimiento de medicamentos de producción pública es la de Santa Fe y le siguen San Luis y Río Negro<sup>30</sup>. En el año 2014 se planificó un financiamiento por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica del Fondo Argentino Sectorial (FONARSEC) para la producción pública de medicamentos tuberculostáticos integrando el trabajo conjunto de la Universidad del Litoral y el Laboratorio Industrial Farmacéutico S.E. (LIF) cubriendo áreas estratégicas y de vacancia en la provisión de especialidades medicinales prioritarias<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). **Tecnologías para incluir**. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, pp. 263.

<sup>29</sup> SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores). **Tecnologías para incluir**. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas, Agenda CTD, Buenos Aires, Argentina: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, pp. 263, 264.

<sup>30</sup> ARGENTINA. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo, Subsecretaría de Planificación Económica, Dirección Nacional de Planificación Regional – Dirección Nacional de Planificación Sectorial. **Complejo Farmacéutico**. *Serie Complejos Productivos*, Buenos Aires, junio 2015. Disponible en: <[http://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/Complejo\\_Farmaceutico.pdf](http://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmaceutico.pdf)>. Consultado el: 7 septiembre 2016.

<sup>31</sup> ARGENTINA. Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. Nuevo

## 5. PRINCIPALES PRINCIPIOS ACTIVOS ELABORADOS POR LABORATORIOS PÚBLICOS EN ARGENTINA

Según se enlista seguidamente estos son los principales principios activos producidos actualmente por laboratorios públicos<sup>32</sup>

<b>Principio activo</b>	<b>Acción terapéutica</b>	<b>Cantidad de laboratorios</b>
Paracetamol	Analgésico	12
Enalapril	Antihipertensivo	11
Furosemida	Diurético	11
Glibenclamina	Hipoglucemiante	11
Diazepam	Ansiolítico	10
Ibuprofeno	Antiinflamatorio	10
Mebendazol	Antiparasitario	9
Permetrina	Pediculicida	9
Amoxicilina	Antibiótico	8
Atenolol	Antihipertensivo	8
Diclofenaco	Antiinflamatorio	8
Ranitidina	Antiulceroso	8
Fenobarbital	Anticonvulsivo	7
Metformina	Hipoglucemiante	7
Metopramina	Antiemético	7

---

financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1 julio 2014. Disponible en: <<http://www.mincyt.gov.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>>. Consultado el: 7 septiembre 2016.

<sup>32</sup> ARGENTINA. Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos. *Presidencia de la Nación*, Buenos Aires, 1 julio 2014. Disponible en: <<http://www.mincyt.gov.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>>. Consultado el: 7 septiembre 2016.

## **CONCLUSIONES**

Dentro de la "Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico", la Producción Pública de Medicamentos (PPM) llevada a cabo a través de sus Unidades Productoras juega un rol preponderante en la agenda pública del sector salud del país. Cuando es puesta en marcha de manera coordinada y positiva, conlleva en sí misma fines de inclusión y desarrollo social y productivo y es un instrumento de política pública de salud integrada y dinámica innovativa con capacidad de producir bajo demanda específica obedeciendo a un trazado territorial nacional preestablecido, con límites demográficos. De esta manera, cumple la función de asegurar la provisión y distribución adecuadas a la población y desarrollar los medicamentos huérfanos.

Visto como lo que es y aunque le pese la realidad de la desventura de los problemas propios del necesario aparato burocrático legal, la PPM es una opción a la elaboración tradicional privada de medicamentos, llevada a cabo por laboratorios nacionales, con principios activos que sean accesibles en el mercado nacional y extranjero. Es una herramienta que conlleva en sí misma la noble acción a la que está destinado un fármaco, que es no es otra que cumplir con un bien social de acceso a la salud más allá de su valor patrimonial, sin desmerecer la propiedad intelectual de la patente de la que goza el medicamento, lo cual puede lograrse con un Plan de Acción que prevea no sólo mecanismos legislativos oportunos sino por sobre todo, estrategias de puesta en marcha en los distintos ciclos de la innovación farmacéutica vista, en sus distintas fases y hasta llegar a manos del consumidor final.

Finalmente, en cuanto al primer tema que hemos abordado, dejamos por sentada la tarea positiva que conllevaría una licencia obligatoria bien estructurada, celebrada y fundamentalmente concedida respetando cualesquiera de sus dos principales finalidades, a saber, la de salvar una situación de emergencia nacional o la de garantizar su efectiva explotación si ésta no se ha producido en el territorio. Sin embargo, no se debe olvidar que muchas veces la promoción de esta figura encubre una finalidad encubierta,

en el sentido de que más allá de garantizar la salud pública lo que realmente busca es facilitar y patrocinar la copia ilegal de medicamentos, lo cual constituye un flagrante ataque a la propiedad intelectual que se traduce en falta de seguridad jurídica para el inversor, provocando este hecho un gran desaliento a la inversión extranjera en cualquier país del mundo.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine, **Sociologie de la maladie et de la médecine**, 2010, Saint-Jean de Braye: Editorial Armand Colin, Imprimerie Nouvelle, 1994.

ARGENTINA, Ley 26.688 que declara de interés nacional la investigación y producción pública de medicamentos, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos.

BOFF, Salette Oro, **Propiedade intelectual e desenvolvimento**. Inovação, gestão e transferência tecnológica, Passo Fundo: IMED Editora, 2009.

BOFF, Salette Oro; Lippstein, Daniela, Biodiversidade, conhecimentos tradicionais y propiedad intelectual: um caminho para o desenvolvimento sustentável, en Boff, Salette Oro et al. (Coord.), **Novas Tecnologias, Direitos intelectuais e Políticas públicas**, Vol II, São Paulo: Letras jurídicas, 2015.

CAMPOS, Juarez De Queiroz; PRESOTO, Lúcia Helena, **A burocracia na administração de saúde**, São Paulo: Editora Jotacê, 2002.

DAHER, Mauricio Jalife, Régimen de licencias obligatorias de patentes en el campo de la salud, en Sesma, Ingrid Brena (Coordinadora), **Salud y Derecho**. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas, **Contratos de licencia y de**

**transferencia de tecnología en el derecho privado**, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994.

FOX, Renée, **Experiment perilous, physicians and patients facing the unknown**. Piscataway, NJ, US: The free Press, 1959. Edición en internet, <[https://books.google.com.br/books?id=VjN-\\_al6lZoC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=ren%C3%A9e+fox,+experiment+perilous,+physicians+and+patients+facing+the+unknown,+The+free+Press,+1959&source=bl&ots=\\_N7CmOh0DB&sig=gmBhAbW1NDpDnjuHxHoyB10akbI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0uvnDof7OAhUBDZAKHaCWAN8Q6AEIJjAB#v=onepage&q=ren%C3%A9e%20fox%2C%20experiment%20perilous%2C%20physicians%20and%20patients%20facing%20the%20unknown%2C%20The%20free%20Press%2C%201959&f=false](https://books.google.com.br/books?id=VjN-_al6lZoC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=ren%C3%A9e+fox,+experiment+perilous,+physicians+and+patients+facing+the+unknown,+The+free+Press,+1959&source=bl&ots=_N7CmOh0DB&sig=gmBhAbW1NDpDnjuHxHoyB10akbI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0uvnDof7OAhUBDZAKHaCWAN8Q6AEIJjAB#v=onepage&q=ren%C3%A9e%20fox%2C%20experiment%20perilous%2C%20physicians%20and%20patients%20facing%20the%20unknown%2C%20The%20free%20Press%2C%201959&f=false)>, consultado el 7 de septiembre de 2016.

HOYA, Arturo. Producción Pública de Medicamentos: una respuesta a los medicamentos huérfanos pediátricos. En: **CONGRESO ARGENTINO Y CONGRESO SUDAMERICANO DE FARMACIA HOSPITALARIA**, 14 y 2., 2014, Santa Fe. Disponible en: <<http://www.aafhospitalaria.org.ar/imagenes/descargas/2014-6-b.pdf>>. Consultado el: 7 septiembre 2016.

INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR (ICEX). Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Brasilia. **Patentes y acceso a los medicamentos**, Brasilia, año 2009. Disponible en: <[http://www.fedeto.es/area\\_internacional/marco\\_politico\\_datos\\_brasil.pdf](http://www.fedeto.es/area_internacional/marco_politico_datos_brasil.pdf)>. Consultada el: 15 octubre 2009.

Joliet, René, **Der Patentlizenzvertrag im belgischen und französischen Zivilrecht**, Munich: GRUR Int., 1982.

MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA. Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1 julio 2014. Disponible en: <<http://www.mincyt.gov.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para->

produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>. Consultado el: 7 septiembre 2016.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA Y PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO, SUBSECRETARÍA DE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA, DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN REGIONAL – DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN SECTORIAL. Complejo Farmacéutico. Serie Complejos Productivos, Buenos Aires, junio 2015. Disponible en: <[http://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/Complejo\\_Farmaceutico.pdf](http://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmaceutico.pdf)>. Consultado el: 7 septiembre 2016.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), Tema 27 del proyecto del programa, año 1972. Disponible en: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultada el: 7 septiembre 2016.

SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas, La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores), **Tecnologías para incluir**. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas, Agenda CTD, Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, Editora Lenguaje Claro, 2016.

## **O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**Camila Savaris Cornelius<sup>1</sup>**

**Rafaela Schmitt Garcia<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

A jornada percorrida pelo direito ambiental nos últimos anos fez com que progressivamente houvesse mudanças na consciência da sociedade quanto à sua importância e quanto às consequências de sua aplicação, viabilizando o reconhecimento da sustentabilidade e, por consequência, do desenvolvimento sustentável, como importantes fatores na consecução do núcleo da Constituição: uma vida digna.

Soma-se a isso a superação da ideia básica de abstenção do Estado, ou seja, intervir somente quando provocado, tendo em vista a imagem de vilão construída pela sociedade imposta no período absolutista. Atualmente, observa-se a necessidade de intervenção mais ativa do Estado, a fim de garantir os ditames da Carta Constitucional, bem como a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais nela elencados.

Diante dessa concepção de primazia da Constituição como documento dotado de vida e capacidade de gerar mudanças na realidade social de uma sociedade através de seu rol de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA. Aluna no curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica do CMCJ/UNIVALI, Itajaí- SC, Brasil. E-mail: c\_savaris@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4075995413144897>

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio. Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Analista e Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: rafaela.sg@terra.com.br

Federal passou aplicar nas suas decisões o princípio da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, com o primordial objetivo de exigir um agir por parte do Estado.

Dito isso, o presente artigo tem como objeto o estudo da relação entre a sustentabilidade, o desenvolvimento sustentável e o princípio da proibição da proteção deficiente/insuficiente.

Para tanto, na primeira parte, cuida-se de apresentar a definição do termo sustentabilidade e suas dimensões, assim como a diferença que existe entre a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável, conceitos que se associam, porém não são sinônimos.

A segunda parte contempla a análise detida do princípio da proteção deficiente/insuficiente. Examina-se, assim, sua origem histórica e a forma como sua aplicação vem ocorrendo no âmbito constitucional e na efetivação dos direitos fundamentais.

Por fim, no terceiro momento, objetiva-se demonstrar de que forma o princípio estudado pode ser aplicado para a efetiva concretização da sustentabilidade e, conseqüentemente, do desenvolvimento sustentável como um direito fundamental.

O presente trabalho apresenta como problemática a resposta do seguinte questionamento: Em que medida o princípio da proibição da proteção insuficiente pode ser empregado para a tutela do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável?

Os resultados serão relatados de acordo com o método indutivo<sup>3</sup>, utilizando-

---

<sup>3</sup> "MÉTODOS INDUTIVOS: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

se as técnicas do referente<sup>4</sup>, da categoria<sup>5</sup>, do conceito operacional<sup>6</sup> e da pesquisa bibliográfica<sup>7</sup>.

## **1. A SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL<sup>8</sup>**

Pensar em um mundo melhor é tarefa comum e recorrente para boa parte da humanidade. Ainda que soe como um clichê, a preocupação com o planeta que a geração atual deixará para as vindouras cresce e ganha roupagens diferenciadas, embora sempre recaindo sobre a preservação do meio ambiente e da qualidade de vida. Sabe-se que até mesmo as coisas óbvias merecem ser ditas, pois nem sempre o que é óbvio é visível a todos os olhos, tampouco pode ser considerado superficial.

Assim, “não importa quem ou de que forma, todos querem viver melhor, sem esquecer que esse ‘melhor’ tem sentidos diversos para uns e para outros. Seja qual for o significado de ‘melhor’ para você, ele é a sua perseguição”<sup>9</sup>.

A sustentabilidade é, desse modo, o termo que define a perseguição por este mundo mais preocupado com a longevidade e qualidade do planeta Terra, em todos os níveis possíveis.

Ela é conceituada como algo simples e complexo ao mesmo tempo. Simples

---

<sup>4</sup> “REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. [...]” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 209.

<sup>5</sup> “CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia(sic).” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 197.

<sup>6</sup> “CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic) expostas.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 198.

<sup>7</sup> “PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 207.

<sup>8</sup> O presente subtítulo foi extraído, com algumas modificações, do artigo “Sustentabilidade e Justiça: caminhos para um Estado Sustentável através da atividade jurisdicional”, da autora Rafaela Schmitt Garcia, para a disciplina Teoria do Direito e Transnacionalidade do mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, semestre 2016/1, a ser publicado em formato de e-book.

<sup>9</sup> MEDEIROS, Martha. Tão óbvio. In: **Simples Assim**. 1 ed. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 49.

porque intuitivamente todos sabem o que significa, mas, ao ser explicada, torna-se complexa e inesgotável.

Bosselmann<sup>10</sup> exemplifica tal dificuldade comparando-a com a definição do termo 'justiça':

É difícil afirmar categoricamente o que é justiça. Não existe uma definição uniformemente aceita. Justiça não pode ser definida sem uma reflexão mais aprofundada sobre seus critérios de orientação, valores e princípios. Tal reflexão é subjetiva por natureza e aberta ao debate. A mesma ideia é verdadeira para a sustentabilidade, pois não pode ser definida sem uma maior reflexão sobre valores e princípios. Assim, qualquer discurso sobre a sustentabilidade é essencialmente um discurso ético.

O termo sustentabilidade desencadeia uma resposta semelhante ao termo justiça. Todo mundo concorda com isso, mas ninguém parece saber muito sobre.

Segundo o autor, o engenheiro e cientista alemão Hans Carl Von Carlowitz pode ser considerado como o verdadeiro criador do termo sustentabilidade – "Nachhaltigkeit" – ao investigar como a conservação e o cultivo de madeira poderiam ser geridos de modo a proporcionar o uso continuado, duradouro e sustentável do meio ambiente. O trabalho foi publicado no ano de 1714, contendo, assim, a primeira aparição do termo sustentabilidade na literatura.

Pontua-se que a primeira ideia de sustentabilidade era facilmente associada às boas práticas florestais, embora Carlowitz tenha também deixado evidentes as preocupações sociais. "Suas crenças éticas são firmemente fincadas na justiça social como parte da sustentabilidade ecológica"<sup>11</sup>.

Na compreensão de Boff<sup>12</sup>, sustentabilidade possui um sentido ativo e um

---

<sup>10</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Philip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

<sup>11</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**, p. 37.

<sup>12</sup> BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 31-32.

sentido passivo. O sentido ativo recairia sobre os procedimentos tomados pela humanidade para que a Terra e seus biomas se mantenham vivos, protegidos, alimentados de nutrientes e bem conservados. O sentido passivo corresponde a tudo o que a própria Terra faz para que um ecossistema não decaia e se arruíne.

Freitas<sup>13</sup> destaca que a sustentabilidade se traduz como um dever fundamental de, inclusive a longo prazo, vivenciar e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos os componentes éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos.

Nesse pensar, expõe que há um direito fundamental à sustentabilidade multidimensional, o qual propaga efeitos para várias áreas do Direito, e não apenas para o Direito Ambiental, de sorte que o próprio sistema jurídico se converte em Direito da Sustentabilidade. Conceitua, assim, a sustentabilidade como

Princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável, equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. [...] Numa frase: a sustentabilidade, bem assimilada, consiste em assegurar, hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro<sup>14</sup>.

Ferrer<sup>15</sup>, a respeito do tema, salienta:

---

<sup>13</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40.

<sup>14</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 41.

<sup>15</sup> FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Livro eletrônico. 1. ed. Itajaí :

En todo caso, lo que a estas alturas está perfectamente claro es que la Sostenibilidad se abre paso como el nuevo paradigma jurídico de la globalización, en la medida en que este proceso global, esférico, hace evidente la absoluta interdependencia de individuos y pueblos. Es un paradigma de acción, pero lo es también jurídico ya que irrumpe en la tensión entre los contrapuestos paradigmas de libertad e igualdad propios del Estado avanzado contemporáneo y los supedita a su prevalencia. Es el paradigma propio de la sociedad postmoderna, de la sociedad transnacional hacia la que caminamos.

Giddens<sup>16</sup>, a seu turno, destaca que a sustentabilidade implica no tratamento dos problemas ambientais com o objetivo de descoberta de soluções duradouras, e não de curto prazo. É preciso, assim, pensar a médio e longo prazos e desenvolver estratégias que se estendam no tempo. “Existe a obrigação de considerarmos de que modo as políticas atuais tenderão afetar a vida dos que ainda não nasceram”.

Quanto ao conceito de desenvolvimento sustentável, é impossível abordá-lo sem mencionar o Relatório Brundtland, onde ele foi, pela primeira vez, oficialmente definido e, a partir de então, serviu de norte para que a comunidade internacional incorporasse à sua realidade o princípio da sustentabilidade.

Também conhecido como ‘Nosso Futuro Comum’, o referido documento é fruto do trabalho da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que iniciou os seus trabalhos no ano de 1984, no âmbito da Organização das Nações Unidas - ONU. Como se sabe, as preocupações com o meio ambiente e o esgotamento dos recursos naturais já faziam parte da pauta internacional antes do relatório, porém, foi com a sua publicação que o mundo se viu concretamente diante de uma realidade preocupante e que, àquela época, já pedia por mudanças.

---

UNIVALI, 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

<sup>16</sup> GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 88.

Essencialmente, o Relatório Brundtland é um apelo por justiça distributiva global entre (a) ricos e pobres, (b) natureza das pessoas que vivem hoje e no futuro e (c) e seres humanos. Este fundamento político é resumido na famosa frase: "O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades". Se tal descrição fornece orientações suficientes é ponto discutível e tem sido questionado até hoje<sup>17</sup>.

Conforme Bosselmann<sup>18</sup>, para a definição do princípio da sustentabilidade, esta descrição não acrescenta nem diminui nada, pois silencia sobre sua importância e significado central, além de revelar um enfoque excessivamente antropocêntrico da sustentabilidade. Para o autor, o desenvolvimento sustentável possui forte conotação humana, mas as necessidades humanas só podem ser cumpridas dentro dos limites ecológicos.

De acordo com Botet<sup>19</sup>, na atualidade são recorrentes múltiplas definições sobre a teoria do desenvolvimento sustentável:

Com independência de unas u otras definiciones, los contenidos más recorrentes que se han brindado sobre desarrollo sostenible, apuntan hacia la consecución de un crecimiento con eficiencia económica, garantizando el progreso y la equidad social por medio de la solución de las necesidades básicas de la población y salvaguardia de las culturas, sobre la base del funcionamiento y la eficiencia ecológica de los sistemas biofísicos.

Em todo caso, la nueva quimera de la sostenibilidad presupone alcanzar una armonía entre todos los atributos que corresponden al desarrollo, a saber, sus

---

<sup>17</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**, p. 50.

<sup>18</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**, p. 51.

<sup>19</sup> BOTET, José Alberto. Del saber ambiental por los referentes hacia un pertinente desarrollo sostenible. **Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente**: el pensamiento y las acciones estatales, universitarias, empresariales e investigativas al servicio de la sostenibilidad. Memoriais 2º Congreso Internacional por el Desarrollo Sostenible y el Medio Ambiente. Universidad de Manizales: Colômbia, 2007, p. 67-68.

aristas referentes a la economía, la sociedad, la naturaleza, la cultura y la tecnología, entre otros, donde la dimensión ambiental formase parte integral del proceso de desarrollo.

Ambos os conceitos – sustentabilidade e desenvolvimento sustentável - são igualmente importantes, ressaltando-se que a definição de desenvolvimento sustentável deve o seu significado e estatuto jurídico ao princípio da sustentabilidade. Além disso, o pressuposto do princípio da sustentabilidade é, na verdade, a única maneira de dar sentido e forma ao caráter integrativo do desenvolvimento. “Agora podemos ver como a sustentabilidade é fundamental para o conceito de desenvolvimento sustentável”<sup>20</sup>.

Desse modo, observa-se que a diferença entre sustentabilidade e desenvolvimento sustentável recai sobre o fato de que aquela corresponde a um meio, enquanto este é o próprio fim a ser alcançado<sup>21</sup>.

Ultrapassada a definição e a diferenciação entre sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, é preciso salientar que a sustentabilidade possui caráter pluridimensional, ou seja, contém várias facetas, conforme Freitas<sup>22</sup>, para além do consagrado tripé social, ambiental e econômico, adotado por significativa parcela da doutrina, a exemplo do professor Gabriel Real Ferrer<sup>23</sup>.

Para Freitas<sup>24</sup>, são cinco as dimensões a serem consideradas: social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política.

A dimensão social corresponde ao sentido de que não se pode admitir um modelo excludente, ou seja, que aceite a miserabilidade e a sobrevivência de

---

<sup>20</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**, p. 88-89.

<sup>21</sup> PAVAN, Kamilla. A inserção do paradigma da sustentabilidade como direito fundamental. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul/RS, v.4, n.10, jan./abr. 2015, p. 146.

<sup>22</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 54.

<sup>23</sup> PAVAN, Kamilla. A inserção do paradigma da sustentabilidade como direito fundamental. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, p. 149.

<sup>24</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 55.

poucos. Nesta dimensão, destacam-se os direitos fundamentais sociais, relacionados à saúde, educação e à segurança, que necessitam honrar seu caráter universal.

A dimensão ética preocupa-se em preservar a ligação intersubjetiva e natural entre todos os seres, projetando-se aí os valores de solidariedade e cooperação, que afastam a 'coisificação' do ser humano. Nas palavras do mencionado autor: "A honestidade é ingrediente de qualquer filosofia da sustentabilidade"<sup>25</sup>.

A dimensão ambiental, por sua vez, corresponde à dignidade do ambiente, assim como ao reconhecimento do direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo e saudável.

A dimensão econômica da sustentabilidade recai sobre a ponderação entre eficiência e equidade, ou seja, na escolha e aplicação das grandes e pequenas políticas econômicas sustentáveis e na reestruturação do consumo e da produção.

Por fim, dimensão jurídico-política,

No sentido de que a busca da sustentabilidade é um direito e encontrá-la é um dever constitucional inalienável e intangível de reconhecimento da liberdade de cada cidadão, nesse status, no processo da estipulação intersubjetiva do conteúdo dos direitos e deveres fundamentais do conjunto da sociedade, sempre que viável diretamente<sup>26</sup>.

Neste pensar, surgirá, a partir de então, o Estado Sustentável, fundamentado no Direito que busca concretizar os direitos relativos ao bem-estar das atuais gerações, sem prejuízo das futuras.

As cinco dimensões, assim, se entrelaçam e se constituem mutuamente, uma influenciando a outra, na denominada dialética da sustentabilidade.

---

<sup>25</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 60.

<sup>26</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 62.

## 2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE: SUA ORIGEM E SIGNIFICADO

Nos séculos XVIII e XIX<sup>27</sup>, o cenário não era muito favorável aos direitos fundamentais, que apesar de estarem expressos, não eram observados com tanta relevância, sendo sua função restringida a limitar o poder do Estado, que era visto como um grande vilão por interferir negativamente na liberdade dos cidadãos.

O papel do Direito também se encontrava limitado, visto o extremo formalismo, além da ausência da compreensão do mesmo como um todo, dificultando ainda mais a possível concretização dos ditames constitucionais<sup>28</sup>.

Porém, após a Segunda Guerra Mundial, houve a necessidade de um novo modelo constitucional, desencadeando o fenômeno denominado segundo Riccardo Guastini de “constitucionalização do ordenamento jurídico”<sup>29</sup>, ou ainda neoconstitucionalismo, que conforme a mestrandia Camila Savaris Cornelius<sup>30</sup> trata-se de:

[...] uma nova linha de pensamento passou a ser colocada em prática, onde todo e qualquer instituto deveria passar sob as lentes das normas constitucionais, reconhecendo a primazia da Constituição e,

---

<sup>27</sup> **STRECK, Maria Luiza Schafer. O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. São Leopoldo: UNISINOS (trabalho monográfico – mestrado), 2008. pp. 21. Disponível em: [http://bdt.unisinos.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=721](http://bdt.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=721), acesso em 19 de setembro de 2016.**

<sup>28</sup> GAVIAO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n.61, maio/2008/out./2008, p. 94.

<sup>29</sup> GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” Del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editora Trotta. 2003.

<sup>30</sup> CORNELIUS, Camila Savaris. Neoconstitucionalismo, Argumentação jurídica e a sustentabilidade como equação para a preservação ambiental frente ao desenvolvimento econômico. In: **Argumentação jurídica e o direito contemporâneo [recurso eletrônico].orgs: Alexandre Morais da Rosa, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni; coordenadores Luciene Dal Ri, Rafael Padilha dos Santos, Orlando Luiz Zanon Junior. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2016. P. 89.**

principalmente o poder normativo que os princípios constitucionais expressos ou não possuem,

Foi a partir daí que o entendimento do princípio da proporcionalidade passou a evoluir, afim de adequar seu conteúdo com esses novos contornos dados ao Estado, sendo utilizado especialmente para controlar as limitações aos direitos fundamentais advindas das atuações do mesmo.<sup>31</sup>

Mas, foi com o surgimento do Estado Democrático (Social) de Direito, que o Estado passou a ser cobrado por uma posição mais ativa em relação a proteção dos direitos fundamentais, não limitando sua atuação a abstenção, mas sim a “guardião dos direitos fundamentais de todas as gerações”<sup>32</sup>.

Diante de todo esse contexto, o princípio da proporcionalidade passou a ser entendido como possuidor de duas facetas, o princípio da proibição de excesso e o princípio da proibição da proteção insuficiente. O primeiro, proibindo o excesso por parte do Estado e, o segundo, exigindo uma atuação suficiente na proteção dos direitos fundamentais de todas as gerações conforme a determinação da Constituição.

Sobre esse duplo viés do princípio da proporcionalidade, leciona Lênio Streck<sup>33</sup>:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais

---

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>32</sup> GAVIAO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n.61, maio/2008/out./2008, p. 94.

<sup>33</sup> STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180.

ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

Em relação a origem do princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbot), essa foi uma expressão criada por Claus-Wilhelm Canaris, na obra "Direitos Fundamentais e Direito Privado" ("Grundrechte und Privatrecht")<sup>34</sup>, sendo tratado expressamente pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Alemão, em sua segunda decisão sobre o aborto (BVERFGE 88, 203 (SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH II) prolatada em 28/05/1993, em que o Tribunal se manifesta da seguinte forma:

O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes - ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva.<sup>35</sup>

Trata-se de uma decisão que analisou o dever do Estado de proteger a vida, expressa na Lei Básica da Alemanha em seu artigo 1º, parágrafo 1º, ou mais precisamente, a função Estatal de proteger a vida do nascituro, exigindo uma atuação positiva por parte do Estado nesse sentido, e que essa proteção independe da proteção da vida da mãe.<sup>36</sup>

Da decisão também pode-se extrair o entendimento de que a partir do momento que a Constituição impõe um dever de prestação, o legislador está automaticamente vinculado ao princípio da proibição da proteção deficiente ao implementar este dever, visto que conforme entendimento de Ingo

---

<sup>34</sup>SANTIAGO, Paulo Roberto Sampaio. A proteção deficiente da lei de abuso de autoridade: desproporcionalidade por deficiência da proteção penal do Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 79.

<sup>35</sup>MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Coletânea original: JÜRGEN SCHWABE. Trad: Beatriz Hennig Leonardo Martins Mariana Bigelli de Carvalho Tereza Maria de Castro Vivianne Galdes Ferreira. República Federal de Alemanha: Konrad- **denauer**- Stiftung. 2005, p. 277.

<sup>36</sup>SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 270

Sarlet<sup>37</sup>: “os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador), deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigidos”.

Soma-se a isto o reconhecimento na decisão pelo Tribunal Constitucional Alemão de este dever do legislador estar vinculado a limites mínimos e máximos- representados pelas duas facetas do princípio da proporcionalidade-, definindo a extensão e como se daria a proteção dos bens jurídicos/direitos fundamentais.<sup>38</sup> Enquanto que a Constituição somente determinaria o que deveria ser protegido, não determinando como.

Nesse sentido, conforme destaca Alexandre Moreira Van Der Broocke<sup>39</sup>:

[...]o legislador deve atuar segundo prescreve a Constituição, criando os meios normativos necessários à salvaguarda dos direitos previstos na Lei Maior, os quais guardam estreita correlação com os valores mais caros à sociedade. É pela Constituição e na lei que se desvela o rosto do Estado. É pela norma que ele age, fala e, principalmente, transforma o contexto social. Diante disso, é imprescindível que o legislador tenha a habilidade de seguir os mandamentos constitucionais na condução do seu mister.

Com isso chegou-se a conclusão definitiva de que não existe somente o viés garantista negativo do Estado, visto que com esse compromisso constitucional assumido por ele, de efetivar garantias e direitos fundamentais, passou-se a reconhecer uma atuação positiva pelo do Estado, caracterizando seu viés garantista positivo. Em relação ao garantismo

---

<sup>37</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: **Revista de Estudos Criminais** n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, pp. 86 e segs. Acesso em 23 de agosto de 2016

<sup>38</sup>ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão. Nos. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, and 2 BvF 5/92 Decided May 28, 1993In: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528\\_2bvf000290en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html). Acesso em : 26 de agosto de 2016.

<sup>39</sup>BROOCKE, Alexandre Moreira Van Der. A proibição da proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20, da Lei nº 8429/1991. **Revista da AJURIS**, v.40. n. 129, março/2013, p. 16.

positivo e negativo, extrai-se da obra de Lênio Streck<sup>40</sup>:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de "proibição de proteção deficiente" (Untermassverbot).

Portanto, a compreensão de que as normas constitucionais são dotadas de eficácia, devendo vincular todos os poderes fez com que o princípio da proibição da proteção insuficiente fosse empregado de forma mais habitual, provando que a Constituição é um documento com valores embutidos e objetivos a serem cumpridos.

E, apesar de a decisão BVERFG 88, 203 ter sido um marco no entendimento concedido ao princípio da proibição da deficiente dos direitos fundamentais, seus contornos já estavam sendo definidos nos estudos sobre a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais<sup>41</sup>, que obtiveram um grande avanço com o surgimento da Lei Fundamental de 1949 na Alemanha.

Em relação a doutrina e jurisprudência, pode-se destacar a decisão proferida

---

<sup>40</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição:** da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40). Acesso em 21 de setembro de 2016. p. 8.

<sup>41</sup> Em relação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Flavio Alexandre Luciano de Azevedo e Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva apontam: "O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige do Estado um comportamento positivo no sentido da promoção e da proteção desses direitos e coloca os direitos fundamentais na posição de sistema valorativo e de fundamento material de todo o ordenamento jurídico" In: AZEVEDO, Flavio Alexandre Luciano de; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELEVÂNCIA PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA EM PAÍSES PERIFÉRICOS. In: COMPENDI/UFS. **Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais** [Recurso eletrônico on-line] org: CONPEDI/UFS; Coords: Carlos Augusto Alcantara Machado, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Cristhian Magnus De Marco– Florianópolis: CONPEDI, 2015, p.47. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/220z0z30/6p453HGFY7d5FLLD.pdf>>. Acesso em: 26 de setembro de 2016.

pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1958, denominada caso "Luth"<sup>42</sup> (BVerfGE 7, 198-230), que além de reconhecer o efeito irradiante dos direitos fundamentais, provou que os direitos fundamentais não existiam somente para defender os indivíduos contra os atos do poder do Estado, mas que também "constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos"<sup>43</sup>.

Tal decisão demonstra a necessidade de atuações positivas por parte do Estado para que os direitos fundamentais sejam garantidos, afim de buscar a dignidade da pessoa humana, ultrapassando a função de mera proteção do indivíduo contra ingerências do Estado e de terceiros. Diante disso surge na Alemanha dois modos de proteção de direitos fundamentais: princípio de proibição de excesso (Übermassverbot); e princípio de proteção insuficiente (Untermassverbot), que garante que não haja omissões estatais, ocorrendo a inconstitucionalidade se "o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção."<sup>44</sup>Tais modos de proteção vão caracterizar a dupla face do princípio da proporcionalidade.

E em se tratando da utilização desses subprincípios na Alemanha, segundo Dieter Grimm, ambos são utilizados através do princípio da proporcionalidade como técnica para decidir casos que envolvam direitos fundamentais, visto não haver distinção entre eles na Lei Fundamental da Alemanha, como pode

---

<sup>42</sup> Para maiores informações verificar em: LIMA, George Marmelstein. 50 anos do Caso Luth: **o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em: 26 de setembro de 2016.

<sup>43</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: **Revista de Estudos Criminais** n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, pp. 86 e segs. Acesso em 24 de agosto de 2016

<sup>44</sup>STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493> Acesso em: 23 de agosto de 2016

se depreender<sup>45</sup>:

Com exceção da dignidade humana (Art. 1 da Grundgesetz [Lei Fundamental]), que é considerada uma fonte para todas as garantias que se seguem na Declaração de Direitos, a Corte Constitucional alemã não reconhece uma hierarquia de direitos fundamentais. Na ausência de tal hierarquia é difícil imaginar outro meio de resolver conflitos entre direitos diferentes senão com recurso à proporcionalidade e à ponderação. Se isso é verdade, a proibição de ir longe demais (Übermaßverbot) e a proibição de fazer muito pouco (Untermaßverbot) são o mesmo mecanismo, visto por diferentes ângulos.

Dessa forma, o Estado passa a ter uma nova função, qual seja, de protetor e garantidor da cidadania. E, conforme colocado por Streck, tal transformação acaba também por alterar consequentemente o direito, não sendo mais ordenador ou simplesmente promovedor, mas sim transformador, a partir dos ditames da Constituição.<sup>46</sup>

É justamente a partir da compreensão dessa efetividade da Constituição, bem como a necessidade de os direitos fundamentais serem realizados, e não apenas contemplados de maneira simbólica, que o reconhecimento constitucional do Princípio da Proibição da proteção insuficiente bem como a sua devida aplicação é exigida.

### **3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Após passar por diferentes estágios, as mudanças da sociedade ao final do

---

<sup>45</sup>Grimm, Dieter, A Função Protetiva do Estado, A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 162. In: CHINELATO, João Marcelo Torres. O princípio da proporcionalidade proibindo a omissão estatal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1414, 16 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9889>>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 102.

século XX e início do século XXI exigiram a adequação na interpretação e aplicação do Direito para haver respostas mais precisas às necessidades humanas.

Questões relacionadas ao direito ambiental e outras ligadas a ele também foram objeto de discussão, desenvolvendo uma nova perspectiva quanto ao crescimento da sociedade, focando em todos os seus setores, com vistas ao desenvolvimento sustentável.

Para isso, torna-se essencial a participação eficiente do Estado, possibilitando que a legislação sobre a matéria relacionada ao meio ambiente e efetivação de direitos ambientais seja devidamente observada e aplicada.

É nesse sentido que o princípio da proteção insuficiente dos direitos fundamentais poderá ser empregado no âmbito do direito nacional e internacional, assegurando a responsabilidade do Poder Público e diferentes órgãos internacionais quanto à defesa do meio ambiente e às consequências decorrentes de sua não observância na sociedade de um modo geral.

Trata-se do reconhecimento de que em alguns direitos fundamentais existe a dimensão ambiental, conforme destaca Blanca Lozana Cutanda<sup>47</sup>:

La protección otorgada por nuestro ordenamiento a los derechos subjetivos eventualmente afectados por daños ambientales se ve hoy reforzada por la dimensión ambiental que han adquirido algunos derechos fundamentales, por la vía de interpretar que ciertos daños al medio ambiente (emisiones contaminantes, ruidos, olores...) pueden o bien poner en peligro la salud de las personas, y atentar por ello contra el derecho fundamental a la vida y la integridade física (art.15 CE), o bien prevarles del disfrute de su domicilio y vulnerar por ello los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE).

Por essa razão, há atualmente uma gama de documentos desenvolvidos com

---

<sup>47</sup> CUTANDA, Blanca Lozano. Medio Ambiente, regulación interna y competencias. In: CAMPOS, Tomás Cano Campos (coord.). **tomo VI- Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo**. Iustel editora: Madri, 2009. p. 265.

vistas à defesa do meio ambiente, sejam eles leis ordinárias ou tratados internacionais, que exigem a devida aplicação pelo Estado para não se tornarem letras de lei vazias.

É diante dessas omissões estatais que a esfera judicial irá atuar, através da aplicação do princípio da proibição a proteção insuficiente, possibilitando que haja a observância da lei para que as futuras lesões no âmbito do direito ambiental e da sustentabilidade sejam sanadas e, principalmente, para que essas lesões e deficiências na aplicação não voltem a ocorrer, concedendo também um caráter preventivo ao princípio em questão.

Além disso, o interesse quanto à busca de um desenvolvimento sustentável é tanto de caráter público, quanto privado, eis que afeta a população humana de um modo geral.

Nesse sentido, pontua Cutanda<sup>48</sup>:

Cuando los conflictos entre los intereses ambientales y los vinculados al desarrollo económico entran en conflicto y llegan a los Tribunales, éstos se esfuerzan por encontrar un punto de equilibrio entre ambos. En los casos de incompatibilidad, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional se há pronunciado a favor de una ponderación em el caso concreto de los intereses em juego mediante la aplicación del *principio de proporcionalidad*, con el que se trata de avaluar la relación entre las medidas adoptadas y el fin perseguido para ver si las primeras resultan proporcionadas de acuerdo com las circunstancias concurrentes.

Assim, na aplicação do mencionado princípio, comparam-se dois valores, quais sejam, a intensidade da limitação e a gravidade da situação que justifica a intervenção, observando-se a devida proporção entre elas.

Noutro prisma, no Brasil, a Constituição Federal, já em seu preâmbulo, institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais

---

<sup>48</sup> CUTANDA, Blanca Lozano. Medio Ambiente, regulación interna y competencias. In: CAMPOS, Tomás Cano Campos (coord.). **tomo VI- Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo**. Iustel editora: Madri, 2009. p. 266.

e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Maia<sup>49</sup>, a respeito, observa:

Os direitos são de várias dimensões, constatando-se, assim, no preâmbulo da Constituição brasileira os direitos individuais interagindo com os sociais, denotando que não há oposição, mas um interrelacionamento objetivando o bem-estar, a segurança e o desenvolvimento, tudo isto, embasado nos valores supremos: a liberdade, igualdade e justiça, que formam a base da pirâmide para a edificação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Citando um manuscrito enviado por Etienne-R. Mbaya, Bonavides<sup>50</sup> expõe que o direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, traduzindo-se, em relação a estes, numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada. Acrescenta que a descoberta e a formulação de novos direitos são e serão sempre um processo sem fim, de modo que, quando um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões de liberdade que devem ser exploradas.

Bosselmann<sup>51</sup>, a respeito, afirma:

É difícil evitar a conclusão de que a sustentabilidade fundamentalmente coloca-se como um desafio para a ideia de justiça. Se uma pessoa vive à custa dos outros, consideramos "injusto". Se as sociedades ricas vivem à custa das sociedades pobres, entendemos também "injusto". [...] Entender as ligações entre os dois conceitos também nos ajuda a acessar o significado de sustentabilidade. É uma ideia relacionada à continuidade das sociedades humanas e da natureza.

---

<sup>49</sup> MAIA, Marieta Izabel Martins. Direito Fraterno: em busca de um novo paradigma jurídico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 129, out 2014. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15366&revista\\_caderno=9](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15366&revista_caderno=9)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 30 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 584.

<sup>51</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Philip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 26-27.

[...] É no âmbito dos valores básicos, portanto, que a sustentabilidade – como a justiça – deve ser concebida em primeiro lugar. Por esta razão, a visão de uma “sociedade justa e sustentável” não é um sonho distante, mas condição de qualquer sociedade civilizada.

Diante de todo o exposto, considerando a sustentabilidade um princípio e o desenvolvimento sustentável um direito fundamental, espera-se que o Estado cumpra com a responsabilidade de honrar suas funções à luz da Constituição, pois trata-se de um contrato com a sociedade, que tem o fim de resguardar os interesses de todos, bem como garantir uma vida digna às futuras gerações.

Neste pensar, o princípio da proibição da proteção insuficiente será um instrumento posto à disposição do Judiciário para direcionar um limite mínimo de atuação estatal na efetivação dos direitos fundamentais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pode-se concluir que o princípio da proibição da proteção deficiente/insuficiente dos direitos fundamentais possui extrema importância no que tange à proteção e consolidação dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

Além disso, o princípio da proibição deficiente/insuficiente será primordial nesta sociedade, eis que cada vez mais, com a globalização, podemos nos deparar com lesões na esfera individual advindas não somente de atividades Estatais - caracterizando o garantismo negativo - mas também de terceiros dentro da própria sociedade, exigindo, portanto, uma atuação positiva por parte do Estado para que os direitos sejam devidamente protegidos.

Quanto à sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável, o presente estudo demonstra sua importância e o status de direitos fundamentais, bem como a necessidade de sua efetivação, tendo em vista que irão possibilitar a concretização de outros direitos fundamentais a eles associados, tais como o

direito à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros.

Assim, o princípio estudado acaba por complementar a função do princípio da proporcionalidade, juntamente com o princípio da proibição do excesso, porquanto atribui um equilíbrio às relações e, principalmente, para que às decisões proferidas pelo Judiciário. É este princípio que vai garantir que a sociedade não seja prejudicada, nem desamparada, uma vez que é a partir da Constituição que se tem a certeza de que toda a sociedade possui um rol de direitos e deveres e, principalmente, que o Estado tem o dever de regulamentar o que a Constituição determina, impedindo que haja omissões ou atuações insuficientes no que diz respeito ao rol de direitos fundamentais que descreve, independente do tipo e da geração que a ele pertence.

Desse modo, o princípio da proibição da proteção insuficiente poderá se tornar também um instrumento para tornar a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável uma realidade.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão. Nos. 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, and 2 BvF 5/92

AZEVEDO, Flavio Alexandre Luciano de; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELEVÂNCIA PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA EM PAÍSES PERIFÉRICOS. In: CONPEDI/UFS. **Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais** [Recurso eletrônico on-line] org: CONPEDI/UFS; Coords: Carlos Augusto Alcantara Machado, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Cristhian Magnus De Marco– Florianópolis: CONPEDI, 2015, p.47. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/220z0z30/6p453HGFY7d5FLLD.pdf>>. Acesso em: 26 de setembro de 2016.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é.** 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_, Paulo. **Curso de Direito Constitucional,** 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BOSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** Tradução Philip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BOTET, José Alberto. Del saber ambiental por los referentes hacia un pertinente desarrollo sostenible. **Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente:** el pensamiento y las acciones estatales, universitarias, empresariales e investigativas al servicio de la sostenibilidad. Memoriais 2º Congreso Internacional por el Desarrollo Sostenible y el Medio Ambiente. Universidad de Manizales: Colômbia, 2007, p. 67-68.

BROOKE, Alexandre Moreira Van Der. A proibição da proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20, da Lei nº 8429/1991. **Revista da AJURIS,** v.40. n. 129, março/2013, p. 16.

CORNELIUS, Camila Savaris. Neoconstitucionalismo, Argumentação jurídica e a sustentabilidade como equação para a preservação ambiental frente ao desenvolvimento econômico. In: **Argumentação jurídica e o direito contemporâneo [recurso eletrônico].**orgs: Alexandre Morais da Rosa, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni; coordenadores Luciene Dal Ri, Rafael Padilha dos Santos, Orlando Luiz Zanon Junior. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2016. P. 89.

Decided May 28, 1993 In:  
[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528\\_2bvf000290en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1993/05/fs19930528_2bvf000290en.html). Acesso em : 26 de agosto de 2016.

CUTANDA, Blanca Lozano. Medio Ambiente, regulación interna y competencias. In: CAMPOS, Tomás Cano Campos (coord.). **tomo VI- Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo**. Iustel editora: Madri, 2009. p. 266.

FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Livro eletrônico. 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 17. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GAVIAO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n.61, maio/2008/out./2008, p. 94.

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

GRIMM, Dieter, A Função Protetiva do Estado, A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 162. In: CHINELATO, João Marcelo Torres. O princípio da proporcionalidade proibindo a omissão estatal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1414, 16 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9889>>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" Del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editora Trotta. 2003.

LIMA, George Marmelstein. 50 anos do Caso Luth: **o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso->

mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/.

Acesso em: 26 de setembro de 2016.

MAIA, Marieta Izabel Martins. Direito Fraternal: em busca de um novo paradigma jurídico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 129, out 2014.

Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15366&revista\\_caderno=9](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15366&revista_caderno=9)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Coletânea original: JÜRGEN SCHWABE. Trad: Beatriz Hennig Leonardo Martins Mariana Bigelli de Carvalho Tereza Maria de Castro Vivianne Geraldine Ferreira. República Federal de Alemanha: Konrad- denauer- Stiftung. 2005, p. 277.

MEDEIROS, Martha. Tão óbvio. In: **Simplex Assim**. 1 ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PAVAN, Kamilla. A inserção do paradigma da sustentabilidade como direito fundamental. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul/RS, v.4, n.10, p. 135-158, jan./abr. 2015.

SANTIAGO, Paulo Roberto Sampaio. **A proteção deficiente da lei de abuso de autoridade**: desproporcionalidade por deficiência da proteção penal do Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 79.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: **Revista de Estudos Criminais** n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, pp. 86 e segs. Acesso em 24 de agosto de 2016

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal**

**Constitucional Federal Alemão.** Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 270

STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 102.

\_\_\_\_\_. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180.

\_\_\_\_\_. **Bem jurídico e Constituição:** da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40). Acesso em 21 de setembro de 2016. p. 8.

\_\_\_\_\_. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493> Acesso em: 23 de agosto de 2016

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente:** a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. São Leopoldo: UNISINOS (trabalho monográfico – mestrado), 2008. pp. 21. Disponível em: [http://bdtd.unisinos.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=721](http://bdtd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=721), acesso em 19 de setembro de 2016.

# A GLOBALIZAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NOS MECANISMOS DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Luís Francisco Simões Boeira<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Com o processo de globalização,<sup>2</sup> a partir da segunda metade do século XX, o sistema jurídico mundial vem sendo modificado, no que tange normatização referente aos Direitos Humanos<sup>3</sup>. Esse sistema, que até então era dividido entre normas de Direito Nacional<sup>4</sup> (interno) e de Direito Internacional<sup>5</sup> (externo), passou a ser organizado com normas híbridas, também chamadas de Direito Transnacional<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Mestrando do PPGD da Faculdade Meridional (IMED), Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade, luisfsboeira@yahoo.com.br.

<sup>2</sup>“Além da transgressão das fronteiras políticas, econômicas e financeiras, o conceito de Globalização remete também à reorganização das fronteiras culturais” (ARNAUD, A, J. **GOVERNAR SEM FRONTEIRAS entre globalização e pós-globalização Crítica da Razão Jurídica**, vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007, p.21).

<sup>3</sup>O direito natural é racional, produzido pela razão humana e emanado, em última instância, dos princípios internos do homem. Por conseguinte, são princípios imutáveis e o que muda é a sociedade concreta que incarna progressivamente esses princípios” (GRUBBA, L, S; AQUINO, S, F. de. Direitos humanos: o problema do contexto. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791 Acesso em: 25/12/16, p. 1968).

<sup>4</sup> Ordenamento jurídico de cada país.

<sup>5</sup> O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos” (PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35).

<sup>6</sup> “Não apenas conflitos globais carecem de referentes humanistas no seu trato, mas também conflitos setorializados precisam receber atenção transnacional materializadas no Direito Global com apoio de instrumentos efetivos de governança” (STAFFEN, M, R. Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, V. 10, nº 1, p. 178-208, Jan-jun., 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Luís/Documents/transnacionalismo/texto%20Marcio.pdf> Acesso em: 20/12/16, p. 183).

Nesse contexto, os organismos internacionais<sup>7</sup>, passaram a emitir normatizações relevantes em todo o mundo. Como exemplos temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Declaração dos Direitos Humanos de Viena (1993), ambas editadas pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Há, neste sistema jurídico, normas de Direitos Humanos, que foram alteradas por novas perspectivas do cenário global, gerando, possibilidades de sanções ou incentivos dados àqueles países que tem, ou não, em suas prioridades, a garantia dos Direitos Humanos. Nesta celeuma, entre o fenômeno global capitalista e a necessidade de garantia de igualdade de Direitos Humanos, existe um conflito de difícil resolução no qual encontra-se os desafios deste estudo.

Ainda, a antiga forma de governo, dá lugar a um novo sistema de governança, que passa a compreender além dos Gestores Públicos, organismos internacionais e empresas multinacionais que passaram a produzir seus próprios regulamentos e, dessa forma, emitindo suas próprias normas que possuem eficácia transnacional.

## **1. A GLOBALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO TRANSNACIONAL**

Nas últimas décadas, o mundo vem ganhando características divergentes daquelas que tradicionalmente eram vislumbradas no cenário político mundial. Com o advento da globalização, o sistema jurídico precisou ser alterado e deixou a divisão entre Direito Nacional e Direito Internacional para a construção de um Direito Transnacional que, de certa forma, se instala na esfera híbrida destes direitos, ganhando força à medida que as relações globais se intensificam. Nela situam-se as normas de Direitos Humanos, que, após a Segunda Guerra Mundial, passam a ser regidas por tratados de

---

<sup>7</sup> Organizações transnacionais que são frutos da união de esforços de diferentes Estados.

Organismos Internacionais como a ONU, dentre outros.

Na visão de Arnaud<sup>8</sup> “[...] a verdadeira questão situa-se na descoberta da razão que opera neste novo tipo de organização e de regulação social. A importância da questão reside no fato de que, no caso da globalização, trata-se, na verdade, de uma mudança de paradigma”. Neste processo, o crescimento do mercado financeiro, em nível mundial, possui importância para a afirmação da globalização.

A partir da nova ordem econômica, em que o Direito Transnacional ganha força, houve uma multiplicação dos negócios internacionais, fazendo com que os Estados passem a se relacionar de forma mais constante. Isso gerou a necessidade de adequações ao sistema normativo, a fim de garantir que estes negócios não fiquem em um vácuo jurídico, e, com isso, não possam ser objeto de avaliação, visando garantir a inviolabilidade dos Direitos Humanos.

O que foi articulado até aqui nos remete necessariamente à discussão sobre a realidade mundial formada com a rede global e promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, que permitiu o surgimento desse “mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, a um espaço que perpassa o nacional e o local, para usar expressão próxima à utilizada por Ulrich Beck. Isso pode ser percebido na relação dos estados para com as empresas multinacionais, o que acaba exigindo a emergência de um Direito Transnacional, por conta da persecução de uma pauta axiológica, que transita desde a questão ambiental até a luta pela ampla proteção e defesa dos direitos humanos<sup>9</sup>.

Na perspectiva de um Direito Transnacional (globalizado), o Estado passa a ter um novo papel no que tange a atender aos Direitos Humanos. “Procedese, isto sim, um cambiamento de significantes e de sentidos das instituições

---

<sup>8</sup> ARNAUD, A. **GOVERNAR SEM FRONTEIRAS: entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica**, vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, M.; CRUZ P. M. Reflexões sob o Direito Transnacional. In: Revista UNIVALE. **Novos Estudos Jurídicos**. ISSN 2175-0491. Itajaí: 2012. p. 25.

anteriores em virtude do *rule of law* do Direito Global”<sup>10</sup>.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.<sup>11</sup>

Ainda,

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos — isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal.<sup>12</sup>

Nesse contexto, inicia-se um enfraquecimento das decisões do Estado, em detrimento da autonomia da vontade das partes, e da necessidade de demandar, de forma transnacional, os conflitos, obedecendo não apenas as regras internas, mas também, as de outros países e de organismos internacionais.

O poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania

---

<sup>10</sup>STAFFEN, M. R. Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos. In: **Revista do mestrado em Direito UCB**. ISSN 1980-8860 RVMD, Brasília, v. 10, nº1, p. 178-208, jan-jun, p. 181.

<sup>11</sup>PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

<sup>12</sup>PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. p. 16.

nacional de uma caracterização ainda de híbrida matriz.<sup>13</sup>

Após a queda do socialismo, novos poderes transnacionais foram intensificados pelo fenômeno da globalização, iniciando-se, oportunamente, a discussão sobre a viabilidade e aplicação sólida de um sistema de governança, o qual fosse capaz de realizar a democratização das relações estatais e fundá-las na solidariedade e no espírito de cooperação entre os povos.

## **2. A GOVERNANÇA E AS AÇÕES IMPLEMENTADAS NO CENÁRIO GLOBAL**

As novas características desta sociedade global apresentam uma organização diferenciada das relações institucionais. Essa relação perpassa pelos mecanismos privados, que, a partir de então, passam a fazer parte destas organizações. “A governança do poder, no poder e pelo poder representava e representa meio e fim da política internacional que, muitas vezes, não se diferencia muito do contexto futuro nas primeiras décadas do século XXI”<sup>14</sup>.

No mercado geopolítico, os países consumidores escolhem a superpotência que será sua protetora; alguns escolhem mais de uma. Quando determinada superpotência tenta isolar um inimigo, sempre existe a possibilidade de que outra entre em campo com um colete salva-vidas, conquistando um aliado. Nunca antes se viu no mundo esse tipo de competição autenticamente global — situação que pode ser a mais complicada de toda a história, já que nem todas as superpotências são ocidentais (a China) ou sequer Estados no sentido convencional (a UE)<sup>15</sup>.

É a partir deste momento histórico que as ONGs ganham mais poder, a

---

<sup>13</sup>STAFFEN, M. R. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos**, p. 187.

<sup>14</sup>CASTRO, T. **Teoria das relações internacionais**. – Brasília: FUNAG, 2012, p. 40.

<sup>15</sup>KHANNA, P. **O segundo mundo: impérios e influência na nova ordem global**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2008. p. 18/19.

medida em que o movimento da globalização aumenta e passa a ser cada vez mais latente no cenário económico mundial. Com isso, há necessidade de observação e garantia dos Direitos Humanos, que, em diversos momentos da história, não foram observados, gerando verdadeiras catástrofes à humanidade.

Ademais, observa-se uma progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. São entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, à segurança alimentar, às finanças e ao comércio, à internet, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte<sup>16</sup>.

Ao final do século XX, governar deixa de ser exclusivamente pensamento de organização política interna, nacional, passando a ser organizado de maneira que ultrapassa as características de governos locais, entendida como Sistema Global de Governança. Nos dizeres de Cassese<sup>17</sup>: "*Le fasi dello sviluppo di una giustizia globale sono tre, che rappresentano altrettanti strati, giustapposti nella realtà attuale*". Essa nova estrutura traz em sua composição a união de Estados com objetivos comuns que buscam realizar suas aspirações por intermédio de organismos internacionais criados para atender as necessidades de governança global.

A globalização também gerou um mundo demograficamente misturado, o que significa que o "inimigo" está ao mesmo tempo do lado de fora e do lado de dentro. Os três impérios se misturam cada vez mais profundamente com as populações de suas periferias: os Estados Unidos com a América Latina, a Europa com o

---

<sup>16</sup>STAFFEN. M. R. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos**, p. 187.

<sup>17</sup>CASSESE, S. **Altro lo Stato**. 1 ed, Editori Laterza, 2006.

mundo Árabe e a China com o Sudeste Asiático. A expressão "Nós somos o mundo" nunca foi tão certa<sup>18</sup>.

"Tais grupos, efetivamente, não apenas dominam quase toda a cena política mundial, mas também capturam as suas legislações, condicionando-as, em nome das exigências de mercado e de desenvolvimento".<sup>19</sup>

Notadamente entre 1980 e 1990, a caracterização da concepção habitual de governo é trasladada para a aceção governança (governance), a partir dos postulados de Rosenau e Czempiel, haja vista a combinação de instituições, políticas e iniciativas conjuntas com propósitos claros e definidos. Com isso, o problema de governar o mundo se funde em contextos que perpassam por alianças militares (OTAN); instituições intergovernamentais (ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins); organismos regionais (Conselho Europeu); agremiações pós-imperialistas (Commonwealth, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa); ordenamentos quase políticos (União Europeia, Mercosul, UNASUL); summit (G-20, G-8, BRICS) e outras milhares de ONGs<sup>20</sup>.

Além dos organismos internacionais, criados por entes públicos que se unem em objetivos que são de interesses de todos, o que é uma das características mais saliente do Direito Transnacional, há, também, as organizações privadas que, embora não possuam nenhuma característica de Direito Público, trabalham em uma esfera regulatória de organização, regulamentação e gerenciamento dentro de seu ambiente, as quais geram uma espécie de normatização independente com capacidade de promover negociações autônoma, inclusive sem necessitar de autorização estatal.

Nesta toada, existem organizações estritamente privadas a transitarem no cenário global sem pontos de dependência e condicionantes públicos estatais. É o caso da Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA) e da câmara Internacional de comércio (ICC), que elaboram e aplicam suas normas de modo autônomo com o objetivo central de promover o comércio e

---

<sup>18</sup>KHANNA, P. **O segundo mundo: impérios e influência na nova ordem global.** p. 25.

<sup>19</sup>OLIVEIRA, M.; CRUZ P. M. **Reflexões sob o Direito Transnacional.** p. 19.

<sup>20</sup>STAFFEN. M. R. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos,** p.185.

investimentos internacionais, servindo, inclusive, de instituição de parceria para organismos nacionais e internacionais, conforme se vislumbra com a ONU e com a OMC<sup>21</sup>.

Ao nos depararmos com os estudos de Sabino Cassese<sup>22</sup>, vislumbra-se a organização de um regime de regras, que não mais estão aprisionados ao Direito Interno, (nacional), pois, na regulação do processo da globalização, existem novas formas setoriais de regular o sistema global.

De acordo com Arnaud<sup>23</sup>: "A noção de "fronteira", e o que está sendo chamado, após a publicação do Relatório da Comissão sobre a governança global, de "porosidade das fronteiras" é o que, na verdade, transparece por de trás de todos esses questionamentos", e desta forma, deixa as fronteiras enfraquecidas. Os Estados conservam sua soberania, mas a autoridade dos governos foi erodida. O que ocorre com a aplicação de matérias que, na maioria das vezes, encontram-se vinculados ao caso, e circulam em um ambiente complexo de normatização, composto por normas internacionais, supranacionais e transnacionais.

Dois eixos podem ser utilizados para exemplificação. O primeiro, embora não exista uma ordem pré-estabelecida, deriva da necessidade de instrumentos de governança global a serviço dos Direitos Humanos, tanto em momentos pós-violatórios como em fase de prevenção. Não parece possível pensar na defesa dos Direitos Humanos sem um alinhamento direto com os pressupostos de governança. O segundo pode ser extraído da atenção especial que o Banco Mundial e que as Organizações Mundiais do Comércio dedicam à temática dos Direitos Humanos, exigindo, inclusive, estudos prévios de impactos e riscos para fomentos e incentivos<sup>24</sup>.

Em esfera transnacional, devido a impossibilidade da existência de um

---

<sup>21</sup> STAFFEN. M.R. **Interfaces do Direito Global**, p .29.

<sup>22</sup> CASSESE, S. **Chi governa il mondo?** Bologna: il Mulino, 2003.

<sup>23</sup> ARNAUD, A. **GOVERNAR SEM FRONTEIRAS:** entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica, vol. 2, p. 16.

<sup>24</sup>STAFFEN. M. R **Direito Global:** Humanismo e Direitos Humanos, p. 197.

sistema judiciário mundial, o que prevalece nas resoluções de conflitos é um sistema alternativo, que possui como pilar a autonomia da vontade das partes. “Em contraponto, consensualidade e governança se complementam reciprocamente na medida em que colaboram para favorecer a funcionalidade deste *network* transnacional.”<sup>25</sup> E, para tanto, são utilizadas algumas formas alternativas de gestão de conflitos, que administram com maior competência, as demandas jurídicas que necessitem ser resolvido, dentre elas enquadram-se as relativas aos Direitos Humanos, que passam à ser regulado em âmbito global.

Tem a arbitragem maior poder de conhecimento do Direito Global que os Tribunais nacionais, não se limitando apenas às questões empresariais, tal qual assinalou o Banco Mundial. Portanto, meio de tratamento pacífico das controvérsias, por terceiro imparcial, equivalente ao acesso à justiça, já definido como Direito Humano. Logo, não faz sentido fechar os olhos por completo para esta caracterização que não é apenas conceitual, mas essencialmente prática. Porém, em seu bojo devem saltar expedientes de generalização.<sup>26</sup>

Também;

Outro aspecto importante a ser discutido deve ser a capacidade do Direito Transnacional de ser aplicada coercitivamente, como característica fundamental, a fim de garantir a imposição dos direitos e dos deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação do Direito Nacional e, principalmente, do Direito Internacional<sup>27</sup>.

A governança, ainda, pode ser visualizada em outras áreas de atuação. Uma delas é no que tange aos Direitos Humanos, pois, em diversas ações de organismos transnacionais, é visível o cuidado com este, que é, necessariamente, um Direito com dimensões globais. Esse é um dos maiores desafios da governança transnacional e, precisa ser eficientemente garantida

---

<sup>25</sup>STAFFEN. M. R. **Interfaces do Direito Global**, p. 35.

<sup>26</sup>STAFFEN. M. R. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos**, p. 196/197.

<sup>27</sup>OLIVEIRA, M.; CRUZ P. M. **Reflexões sob o Direito Transnacional**, p. 23.

pelo Direito. De acordo com Grubba e Aquino<sup>28</sup>: “Existem diversas maneiras de exclusão e marginalização de humanos, aos quais são negadas as possibilidades de viver uma vida digna”. Esses desafios são tanto internos, quanto externos, na garantia desta nova ordem global.

### **3. OS DIREITOS HUMANOS E SEUS DESAFIOS NOS ESPAÇOS GLOBALIZADOS**

Ao longo da história da humanidade, ocorreu uma série de violações aos Direitos Humanos, o que se intensificou na primeira metade do século XX, como a escravidão e as guerras mundiais, que marcaram, de forma muito negativa esse período histórico, devido a intolerância entre as pessoas e as desigualdades nas quais foram tratadas.

É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito.<sup>29</sup>

Contudo,

[...] as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu vs. o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era

---

<sup>28</sup>GRUBBA, L. S.; AQUINO, S. F. de. Direitos humanos: o problema do contexto. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALE, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. P. 1966.

<sup>29</sup> PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. p. 15.

visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo).<sup>30</sup>

A globalização também altera, uma série de situações, dentre elas está a forma com que se trata os direitos humanos em âmbito transnacional. Essa nova ordem prevê, que haja, além de atuação dos gestores públicos, que na visão de Arnaud<sup>31</sup>: “O Estado, era, até hoje, o único senhor da ordem que, através da edição de normas jurídicas, ele instaurava no interior de suas fronteiras territoriais e nas suas relações com os outros Estados, através dos tratados com eles celebrados”. E, também a atuação de diversos outros organismos internacionais, sejam eles, públicos ou privados.

Contudo, há um hiato que urge ser preenchido, isto é, a perspectiva pré-violatória dos Direitos Humanos. Na defesa de David Sánchez Rubio, tal perspectiva, situada em espaços jurídicos não-estatais, manejados por experiências emancipatórias, expõe uma nova função para o Direito Global, rompendo com um falacioso impedimento dos Direitos Humanos com o Direito Global<sup>32</sup>.

Dentre estes organismos, alguns possuem um certo destaque devido ao fato de possuir maiores instrumentos e normatizações que visam a garantia dos Direitos Humanos. Um exemplo, a Organização da Nações Unidas (ONU). Que por intermédio da comissão de Direitos Humanos, vem emitindo documentos, que buscam demonstrar os danos causados, bem como a garantia dos direitos das vítimas das atrocidades cometidas contra a humanidade.

Por trás das diversas formas de lidar com o problema, há o substancial denominador comum já recordado, e que muitos documentos especificam justamente na necessidade de “restituir a dignidade às vítimas e a seus

---

<sup>30</sup> Piovesan, F. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. p. 44.

<sup>31</sup> ARNAUD, André-Jean. **GOVERNAR SEM FRONTEIRAS entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica**, vol. 2, p. 3.

<sup>32</sup> STAFFEN. M. R. **Direito Global**: Humanismo e Direitos Humanos, p. 193.

familiares". De fato, na Resolução 2005/66 da Comissão de Direitos Humanos da ONU fala-se do "direito das vítimas de graves violações de direitos humanos e do direito de seus parentes à verdade sobre os fatos ocorridos, inclusive à identificação dos responsáveis pelos fatos que originaram a violação". Trata-se de um direito das vítimas, do qual progressivamente se traça o perímetro, identificando-se, ao mesmo tempo, o Estado como o sujeito que deverá colocar em prática as ações necessárias para que tal direito seja garantido. Mas isso significa que devem ser delineados o conteúdo desse direito e suas modalidades de exercício. E, antes ainda, será preciso indagar se um direito à verdade assim definido, ou um direito geral à verdade, é o melhor instrumento, ou o único possível, para alcançar os objetivos apontados – dignidade das vítimas, reconciliação política e social, punição dos responsáveis, com função dissuasiva à repetição, no futuro, de acontecimentos similares<sup>33</sup>.

Para pensar em governança, bem como em outras esferas necessárias para garantir os direitos da humanidade, é preciso estabelecer bem mais que apenas critérios. Essa garantia vai desde a busca por legislações que respeitem o direito de todos, tanto em nível de Direitos Humanos, quanto aos Direitos Naturais. Ainda, é necessário, em um mundo onde o consumismo é o que determina as ações do mercado, que se possa garantir igualdade de condições dentre as pessoas.

Não apenas conflitos globais carecem de referentes humanistas no seu trato, mas também conflitos setorializados precisam receber atenção transnacional materializadas no Direito Global com apoio de instrumentos efetivos de governança. Degradação ambiental, fundamentalismo, crise alimentar, pobreza, moléstias sanitárias e afins representam tal reclame, transcendendo a tradicional compreensão do humanismo na incidência das experiências traumáticas de crimes contra a humanidade<sup>34</sup>.

Inúmeros são os desafios enfrentados pelos atores da governança transnacional, na tentativa de garantir à sociedade, os Direitos Humanos.

---

<sup>33</sup> RODOTÀ, S. O direito à verdade. **civilistica.com** || a. 2. n. 3. 2013, p. 3.

<sup>34</sup> STAFFEN. M. R. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos**, p. 193.

Dentre essas, algumas possuem destaque, como a sustentabilidade, o trabalho escravo, a erradicação da pobreza, dentre outros. Isso ocorre tanto através de ações governamentais diretas, como por intermédio de instituições transnacionais especializadas, sejam elas públicas ou privadas.

Neste sentido, desenvolvimento sustentável, combate à pobreza, erradicação da fome, fim do trabalho escravo, políticas de saúde pública, promoção da paz e outros inúmeros exemplos podem ser utilizados para demonstrar ações nas quais atores transnacionais/globais se inserem na tentativa de fazer efetivo o ideal de Direitos Humanos. Mesmo que ainda se tenha relatos de expedientes atentatórios, na maioria das vezes com aquiescência dos Estados, não se pode negar o amadurecimento de novos agentes em confrontação com as fontes tradicionais de violação<sup>35</sup>.

Caso os Estados estejam agindo de forma não condizente com o proposto pelos organismos transnacionais, e infringirem normas de direito universal, estes sofrerem sanções impostas por aqueles órgãos, que poderá ser desde embargos econômicos até intervenções civis ou militares. Nestas situações, muitas vezes ocorrem violações ainda mais intensas, mas que acabam sendo ratificadas pelos organismos internacionais como sendo legítimas.

É a humanidade inteira, sem fronteiras espaciais ou temporais, que surge em cena e é ela que deve ser direcionada a tempos iluminados e redimidos pela força da verdade. Todavia, uma legitimação tão intensa confere ao direito à verdade uma capacidade expansiva nas direções mais diversas, o que exige uma reflexão atenta, e não apenas o registro dos acontecimentos originários que lhe atribuíram tal relevância<sup>36</sup>.

Ademais;

O que se apresenta é uma posição não ingênua que não se restringe na crença de que os Estados são dotados de capacidade exclusiva e vontade ativa em favor dos Direitos Humanos, seja pelo registro histórico, seja pelo enfraquecimento dos seus poderes frente à ordem

---

<sup>35</sup> STAFFEN. M. R. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos**, p. 194.

<sup>36</sup> RODOTÀ, S. **O direito à verdade**, p. 2.

global. Em suma, pretende-se articular um novo nível de sustentação para o sistema de freios e contrapesos, situado nos espaços globais, envolvendo os agentes globais com o desiderato de satisfação dos Direitos Humanos em outros níveis<sup>37</sup>.

Os Direitos Humanos, vem sendo reorganizado, e, cada vez mais, está universalizado. Isso ocorre pelo fato de que não são mais observados apenas de forma interna em cada Estado, e sim, também por organizações privadas que atuam em sua defesa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A título de últimas considerações, trabalha-se a globalização como sendo o novo paradigma do século XX. Isso faz com que se tenha uma brusca mudança no cenário mundial, pois ela remete a uma nova era, onde Estados possuem fronteiras porosas e não mais estão isolados entre si.

Nesta nova era, tudo se transforma em um grande aglomerado de negócios onde o que vale é o poder econômico e o consumo exagerado de produtos. O que leva muitas vezes aos governantes serem obrigados a aceitar as imposições de grandes empresas transnacionais que, devido ao seu poderio econômico, possuem mais poder do que os próprios países.

Ainda, a globalização é peça principal na nova ordem jurídica e política global, pois foi nas últimas décadas do século XX, que se começou a pensar política não mais de forma interna. A partir de então, os sistemas jurídicos e políticos são programados de forma transnacional, ou seja, não há uma divisão clara entre o que é Direito Interno ou Externo. Esse sistema, altera positivamente a maneira de como se trata os Direitos Humanos, fazendo com que novas esferas de deliberação sobre o tema sejam abertas.

Por fim, os "atores" da defesa do Direitos Humanos também passam a ser os

---

<sup>37</sup> STAFFEN. M. R. **Direito Global:** Humanismo e Direitos Humanos, p. 195.

organismos, tanto públicos quanto privados. Isso por que estas organizações que figuram o cenário transnacional, fazem a regulação das atuações de seus membros, bem como, implementam sanções (por intermédio dos Estados membro), a quem descumprir regras imposta por elas.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ARNAUD, A, J. **GOVERNAR SEM** FRONTEIRAS entre globalização e pós-globalização *Crítica da Razão Jurídica*, vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2007.

CASSESE, A. **I diritti umani oggi**. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2012.

CASSESE, S. **Chi governa il mondo?** Bologna: il Mulino, 2003.

CASSESE, S, **Oltro lo Stato**. 1 ed, Editori Laterza, 2006.

CASTRO, T. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012.

COTTERRELL, R. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

GRUBBA, L, S; AQUINO, S, F. de. Direitos humanos: o problema do contexto. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791 Acesso em: 25/12/16.

KHANNA, P. **O segundo mundo: impérios e influência na nova ordem global**. Tradução de Clóvis Marques. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2008.

OLIVEIRA M.; CRUZ P. M. **Reflexões sob o Direito Transnacional**. ISSN Eletrônico: 2175-0491. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em 17/01/17.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5.

ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODOTÀ, Stefano. O **direito à verdade**. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes e Fernanda Nunes Barbosa. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013.

STAFFEN, M, R. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STAFFEN, M, R. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos**. *Revista do Mestrado em Direito UCB, Brasília*, V. 10, nº 1, p. 178-208, Jan-jun., 2016.

Disponível em:

<file:///C:/Users/Luís/Documents/transnacionalismo/texto%20Marcio.pdf

Acesso em: 20/12/16.

# UM NECESSÁRIO DEBATE SOBRE A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO PRESSUPOSTO SINE QUA NON DAS DECISÕES SOBRE A SAÚDE PÚBLICA<sup>1</sup>

Sílvio Dagoberto Orsatto<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Após um período de grande turbulência política no Brasil, iniciado apenas alguns dias após a posse da presidente Dilma Rousseff para o segundo mandato ocorrida em 2015, a assunção de um governo provisório decorrente do processo de *impeachment* é sucedida por fortes e controvertidas medidas fiscais e econômicas.

Em clima de flagrante instabilidade político-econômico-financeira, ganha às ruas brasileiras o debate sobre os efeitos da Proposta de Emenda Constitucional 241<sup>3</sup>, formalizada nos primeiros dias da interinidade do presidente Temer, sob o discurso de ser um indispensável instrumento para reverter o desequilíbrio das contas públicas.

Não obstante, a tese é controvertida. Diversos grupos sociais, além da

---

<sup>1</sup> A pesquisa utilizada neste artigo científico segue as regras do modelo metodológico proposto por PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Conceito, 2015. E quanto as regras de formatação seguem o padrão da NBR 6023:2002 da ABNT com as especificidades do modelo previsto no Anexo do Edital para submissão de artigos para o 7º Seminário Internacional de Governança e Sustentabilidade.

<sup>2</sup> Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (2004) e mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI para dupla titulação com o Programa de *Master em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* – MADAS da Universidade de Alicante, magistrado estadual atuando em Lages, Estado de Santa Catarina, Brasil. Endereço eletrônico para correspondência: silvio.orsatto@uol.com.br.

<sup>3</sup> BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 241, 15 de junho de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal.

oposição ao governo, e cidadãos contrários<sup>4 5</sup> a aprovação da PEC 241 tem apresentado como argumento o fato de que haverá redução de aplicação de recursos pelo Estado com os serviços públicos em geral, inclusive com a Saúde Pública<sup>6</sup>.

Tal argumento é eficaz como discurso de oposição e nas ruas, já que nem sempre um aumento nos gastos em saúde importará, diretamente, em benefício à saúde, em face dos desperdícios e da distinção entre eficácia e efetividade<sup>7</sup>, pois embora possa haver efetividade o gasto importará em custos superiores aos necessários em comparação com outras opções eficazes.

Tal qual aqui, em Madrid o mesmo sucedeu recentemente, *“para hacer frente a la actual crisis económica, las administraciones han impulsado medidas de ajuste que han afectado al sistema público de salud.”*<sup>8</sup>, editando-se o Real Decreto-Ley 16/2012, de natureza excepcional, contendo medidas urgentes para a garantia da sustentabilidade do SNS espanhol<sup>9</sup>.

Deflagraram-se manifestações sociais insurgindo-se contra a provável redução de verbas carimbadas para a saúde e alertando a sociedade brasileira e suas forças políticas sobre os efeitos perversos sobre a prestação de serviços públicos pelo Estado, ente este cuja natureza se caracteriza por

---

<sup>4</sup> PETIÇÃO PÚBLICA BRASIL. **Contra aprovação da PEC 241/2016**, n.p.

<sup>5</sup> Exatamente 502.503 pessoas haviam assinado a petição pública proposta contra a aprovação da PEC 241 e disponibilizada no sítio eletrônico Petição Pública Brasil até a data da última revisão em 24 de outubro de 2016, às 18h.

<sup>6</sup> BEDINELLI, Talita. PEC 241: o que vai mudar na saúde dos brasileiros: Especialistas apontam que, em 20 anos, SUS pode deixar de receber mais de 400 bilhões de reais. **El País**, edição brasileira, São Paulo, 18 outubro 2016.

<sup>7</sup> ORTÚN RUBIO, Vicente. Desempeño y deseabilidad del sistema sanitario: España. **RAE: Revista Asturiana de Economía**, ISSN 1134-8291, nº 35, 2006, p. 23.

<sup>8</sup> HERAS-MOSTEIRO, Julio et al. **Percepciones de médicas y médicos de atención primaria de Madrid sobre las medidas de ajuste en el sistema público de salud**, p. 184.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ, Josefa Cantero. A vueltas con el Real Decreto-ley 16/2012 y sus medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. **Gaceta Sanitaria**, v. 28, n. 5, p. 351-353, 2014. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911114001022>>. Acesso em: 03 out. 2016, p. 351.

uma ordem social e jurídica<sup>10</sup>.

A importância da discussão reside no compromisso a ser concretizado pelo Estado Contemporâneo com a saúde pública<sup>11</sup> como direito fundamental, indispensável para obter-se a “mais elevada qualidade de vida dos Seres Humanos”<sup>12</sup>.

Historicamente, a Saúde Pública no Brasil perpassa desde a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) por uma sucessão de crises, cuja origem é multicausal.

A PEC 241/2016 é, apenas, o fator mais recente. Em tempo presente convivemos com a Judicialização do Direito à Saúde, entendida esta como o fenômeno decorrente de decisões judiciais em milhares de processos judiciais cuja causa de pedir agravo à saúde<sup>13</sup> tem por fundamento um pedido de prestações de saúde<sup>14</sup> de toda à ordem possível.

O fenômeno ocorre sob o argumento da inefetividade das políticas públicas em saúde, com isso colocam à decisão dos tribunais fatos de natureza política e social retirando-as das instâncias políticas tradicionais<sup>15</sup>, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Outrossim, também se apontam como fatores causais de crise no sistema de saúde questões relacionadas à falta de financiamento adequado da saúde,

---

<sup>10</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 74.

<sup>11</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Saúde pública como tema constitucional**. Revista Seqüência. Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis: 1986. n. 12, p. 92.

<sup>12</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**, 3 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Diploma Legal: OAB/SC Editora, 2003, p. 112.

<sup>13</sup> Conceitua-se, para este trabalho, a enfermidade, doença ou qualquer mal ou prejuízo à saúde de um ou mais indivíduos, de uma coletividade ou população.

<sup>14</sup> O conceito operacional para serviço de saúde abrange a assistência terapêutica integral referente a dispensação de medicamentos; produtos de interesse para a saúde, como órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos; e a oferta de procedimentos terapêuticos (conceito operacional formulado a partir do art. 19-M e 19-N da Lei 8.080/1990).

<sup>15</sup> JABOUR, Ana Maria Lammoglia. **A justificabilidade do direito fundamental à saúde**. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora, a. 2, n. 2, Belo Horizonte, jan./dez. 2012. p. 67.

ante o crescimento das despesas com saúde muito superior ao incremento do PIB<sup>16</sup>, da deficiência de gerenciamento e gestão dos serviços de saúde pública<sup>17</sup>, além da própria prática médica.<sup>18</sup>

A elevação da expectativa de vida e, em consequência, o aumento do percentual de pessoas idosas, de acordo com os últimos dados do IBGE<sup>19</sup>, tem revelado uma perspectiva nada favorável aos serviços públicos, especialmente de saúde, em face do envelhecimento da população brasileira.

Vale, aqui, por sua adequação ao caso atual brasileiro, o alerta sobre o risco de sustentabilidade imprimido pelo avanço progressivo da idade.<sup>20</sup>

Cabe anotar que fatores como a promoção racional do uso de medicamentos<sup>21</sup>, a difusão do medicamento genérico<sup>22</sup>, e os custos do fracasso terapêutico<sup>23</sup> são ignorados pela indústria farmacêutica e progressiva transformação da saúde em um dos maiores mercados econômicos<sup>24</sup> tornando mais complexa uma solução para tornar o quadro

---

<sup>16</sup> SÁNCHEZ, Fernando I.; ABELLÁN, José María; OLIVA, Juan. Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, \ una comparación internacional, p. 3.

<sup>17</sup> MENÉNDEZ, Elena Arias. La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. ¿ Cómo contribuyen la política, la planificación y las relaciones con la ciudadanía y con los profesionales a su mantenimiento?, p. 1.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, Fernando I.; ABELLÁN-PERPINÁN, José María; OLIVA-MORENO, Juan. La privatización de la gestión sanitaria: efecto secundario de la crisis y síntoma de mal gobierno. Informe SESPAS 2014. Gaceta Sanitaria, v. 28, p. 75-80, 2014, p. 75.

<sup>19</sup> Censo de 2010.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, Beatriz; BARBER PÉREZ, Patricia. Sostenibilidad y condiciones de empleo en el Sistema Nacional de Salud. **Revista de administración sanitaria siglo XXI**. v. 8, n. 1, 2010, p. 89-100. ISSN 1696-1641, p. 89.

<sup>21</sup> BASANTE POL, Rosa; CASTILLO RODRÍGUEZ, Carlos del. Financiación de medicamentos: Los aspectos jurídicos. **Anales de la Real Academia Nacional de Farmacia**, ISSN 0034-0618, ISSN-e 1697-428X, n. 2, 2013, p. 293-307, p. 293.

<sup>22</sup> LÓPEZ SALUDAS, José Manuel. **Producción pública, gestión privada y eficiencia económica del Servicio Nacional de Salud**. 2013. 325f. Tesis Doctoral Departamento de Economía Aplicada Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la UNED. 2013, p. 76.

<sup>23</sup> PEIRÓ, Salvador. La incorporación de nuevos medicamentos al SNS: Innovación, accesibilidad y sostenibilidad. **Ges Clin Sanit**, v. 17, p. 5-6, 2015, p. 5.

<sup>24</sup> VIDA FERNÁNDEZ, José. Sostenibilidad del sistema sanitario: crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro. **DS: Derecho y salud**. v. 21, n. 2, 2011, p. 13-34. ISSN 1133-7400.

sustentável, pois indivíduo saudável é aquele doente ainda não adequadamente examinado<sup>25</sup>.

A realização da pesquisa tem por objeto a investigação do fenômeno da judicialização da saúde como uma perturbação do SUS, necessária para corrigir falhas de gestão e/ou políticas públicas de saúde, cuja processo deverá ser orientado pelo princípio da sustentabilidade, para assegurar as gerações futuras a proteção ao direito constitucional à saúde.

Um SNS que tenha enfoque de sustentabilidade tem nesta um pressuposto de qualidade dos serviços de saúde, por proporcionar uma condição ao menos mínima de um sistema, em um determinado prazo que tende a ser indeterminado.

Portanto, o conceito operacional de sustentabilidade do processo judicial de saúde para fins desta pesquisa é a característica que se permite viável num tempo determinado; como sistema, apresenta-se como um sistema estável e, considerando a sua dimensão principiológica, é o uso de recursos financeiros para a satisfação das necessidades atuais do doente, sem comprometer os recursos financeiros para satisfazer as necessidades das gerações futuras.

Assim, elege-se como objetivo a identificação de medidas de reforma apresentadas como um elemento de análise a proporcionar qualificação do Sistema Nacional de Saúde e, portanto, dar-lhe equilíbrio e, por tal, estabilização, proporcionando a sustentabilidade do sistema.

A metodologia da pesquisa observou-se as orientações metodológicas<sup>26</sup> para investigação jurídica utilizando-se do método indutivo com acionamento da técnica da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Como procedimento metodológico, optou-se por uma pesquisa exploratória

---

<sup>25</sup> REPULLO LABRADOR, José Ramón, BENEDICTO, Andreu Segura. **Salud pública y sostenibilidad de los sistemas públicos de salud**, p. 482.

<sup>26</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**.

na Base de Pesquisa *Dialnet*<sup>27</sup>, eleita por se constituir em um dos maiores portais públicos de bibliografia científica da Espanha<sup>28</sup>, utilizando-se as mesmas palavras-chave *saúde e sustentabilidade (salud y sostenibilidad)*, em português e espanhol, respectivamente, em dupla coleta de dados. Em português, apenas foram encontrados dois artigos entre 50 artigos de revista, além de um artigo de livro e um livro, sendo os demais um em catalão, um em *euskera* e os demais artigos em castelhano.

Na fase de tratamento dos dados optou-se pelo método cartesiano<sup>29</sup>, optou-se por incluir os artigos que se encontravam disponíveis em meio eletrônico, independentemente do idioma ou do país de origem, desde que respondessem direta, ou indiretamente, a seguinte pergunta de pesquisa: Quais os pontos críticos necessários a serem examinados em uma necessária revisão do sistema de saúde no Brasil, a partir da experiência da reforma do sistema nacional de saúde de outros países?

Por fim, em face do resultado das análises, empregou-se o método indutivo no relato da pesquisa.

## **1. DAS SIMILARIDADES ENTRE OS SISTEMAS NACIONAIS DE SAÚDE E O SUS**

A matriz constitucional do sistema brasileiro não difere essencialmente em nada da europeia, por ter sido esta a fonte do constituinte de 1988, pela forte influência das Constituições da Alemanha, de Portugal e da Espanha como inspiração.

O Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direitos; a Espanha, por

---

<sup>27</sup> <https://dialnet.unirioja.es/>

<sup>28</sup> A Base de Dados é organizado mediante a cooperação de bibliotecários pela Fundação Dialnet criada pela Universidad La Rioja, com contribuição de bibliotecários de diversas instituições, inclusive da Universidad de Alicante.

<sup>29</sup> “[...] pode ser sintetizada em quatro regras: 1. Duvidar; 2. Decompor; 3. Ordenar; 4. Classificar e revisar. Em seguida, realizar Juízo de Valor”, consoante PASOLD, Cesar Luiz, **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**, p. 204.

sua vez, se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito. Em nada diferem em razão da expressão social trazida pela constituição espanhola, já que todo Estado balizado pela democracia é um Estado social.

A concepção e implementação do SUS no Brasil em 1988 teve como fontes o *Servizi Sanitari Nazionali* (SSN) da Itália e o *National Health System* (NHS) da Grã-Bretanha.<sup>30</sup>

O SSN foi criado em 1978 e possui cobertura universal por meio de oferta de serviços em saúde, coordenado, financiado e executado pelo governo central, razão a qual estudos<sup>31</sup> apontam que há similaridades do SUS com o SSN, advindo a possibilidade de mútuo aprendizado.

Na Espanha, a proteção à saúde mediante o compromisso formal de garantia a assistência e prestações sociais<sup>32</sup> pelo poder público em favor do cidadão espanhol encontra-se igualmente reconhecido na Constituição.

A Constituição Espanhola de 1978<sup>33</sup>, prevê, em seu Art. 41: "*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantiza la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*".

Em outras palavras, mas com o mesmo sentido, dispôs a Constituição em seu Art. 196 a saúde é como dever do Estado<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> MENEGUZZO, Marco; GLORIA, Fiorani; KEINER, Margarete Mezzomo. Direito à saúde, auditorias cívicas e sustentabilidade no Sistema Nacional de Saúde na Itália. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**. São Paulo, v. 12, n. 3, 2010, p. 301.

<sup>31</sup> MENEGUZZO, Marco; GLORIA, Fiorani; KEINER, Margarete Mezzomo. **Direito à saúde, auditorias cívicas e sustentabilidade no Sistema Nacional de Saúde na Itália**, p. 306.

<sup>32</sup> A terminologia entre os diversos países possui algumas variações. Ademais, na Itália se fez a opção do uso do termo sanitário<sup>32</sup>, mais amplo do que o termo "saúde", utilizado pelo SUS, por incorporar ações de saneamento e de proteção social. Na Espanha, utiliza-se o termo social e seguridade social, além de sanitário, com abrangência sobre o termo saúde, utilizado no Brasil.

<sup>33</sup> ESPANHA. Constitución Española (1978). Disponível em: <[http://www.lamoncloa.gob.es/doc\\_umentos/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/doc_umentos/constitucion_es1.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2016.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

A Lei 8.080/1990<sup>35</sup> trata da estrutura do SUS e dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. A *Ley General de Sanidad*, na Espanha, orienta os gastos em saúde à garantia de igualdade de acesso aos serviços sanitários.<sup>36</sup>

Observou-se nesta seção as similitudes dos sistemas nacionais de saúde pública, fato pelo qual a análise das crises e reformas nos diversos países, sobretudo Espanha, Itália, Portugal, Colômbia, Argentina, Inglaterra e Alemanha podem servir de estratégia para a reforma do SUS no Brasil, especialmente na interpretação da natureza das políticas públicas em saúde e a judicializadas do direito à saúde. Na próxima seção, buscar-se-á contextualizar o nascedouro dos sistemas nacionais de saúde.

## **2. DO COMPROMISSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL**

Para a consecução de um Estado de Direito qualificado por valores e princípios democráticos, impõe-se eximir-se do dever do cumprimento de sua função social do Estado.

Uma das origens da inserção da questão da sustentabilidade iniciou-se pelos questionamentos de capacidade fiscal com relação a manutenção do Estado do Bem-Estar Social.

O sistema nacional de saúde representa um importante papel econômico<sup>37</sup> e se constitui em um dos pilares do bem-estar da sociedade, razão pela qual

---

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

<sup>36</sup> CAMARGO, Teresa López. Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud. **Universidad Militar Nueva Granada**, 2015, p. 24.

<sup>37</sup> GARCÍA-ALTÉS, Anna et al. Transparencia en los resultados de la sanidad pública: el ejemplo de la Central de Resultados del sistema sanitario catalán. **Auditoría pública: revista de los Organos Autónomos de Control Externo**, n. 61, p. 45-52, 2013, p. 46.

vem sendo propostas pelos gestores públicos estratégias para contornar o problema, reconhecido pela opinião da maioria<sup>38</sup>, que se resumem em duas correntes, basicamente, o desmantelamento do sistema ou a sua reforma.

A promessa do Estado do Bem-Estar Social elevada a categoria constitucional impõe ao Poder Judiciário examinar em que termos o Estado desincumbe-se dessa função, razão a qual a ocorrência do fenômeno denominado como Judicialização da Saúde, no Brasil, também se faz presente em outros países.

Na Colômbia, o ativismo judicial<sup>39</sup>, de reconhecida importância para a proteção dos direitos fundamentais, tem possibilitado uma revalorização da função judicial e o aperfeiçoamento do sistema judiciário para assegurar direitos e garantias constitucionais, ainda que se façam presentes graves problemas internos.

Da mesma forma que no Brasil, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu o *status* de direito constitucional<sup>40</sup> fundamental ao direito à saúde, protegendo-o pela sua relação de conexidade com o direito à vida, pelo direito a integridade pessoal e pelo direito à dignidade humana (Sentencia T-760), e, paulatinamente, vem exercendo um acentuado ativismo judicial<sup>41</sup> com forte impacto em todo o sistema de seguridade social de saúde.

Nesta seção procurou-se fazer um breve retorno as condições político-constitucionais de compromisso do Estado do Bem-Estar Social com a Saúde Pública cujo sistema foi concebido como uma das bases para assegurar a dignidade da pessoa humano e seus direitos sociais. Na seção 3, será examinado os efeitos da intervenção judicial quando - supostamente - a

---

<sup>38</sup> ITURRIZAGA, Aitor Ugarte. Si la sostenibilidad es la pregunta ¿puede ser la comunicación una de las respuestas? **Ver. de Comunicación y Salud: RCyS**, v. 1, n. 2, p. 1-3, 2011, p. 1.

<sup>39</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 7.

<sup>40</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 20.

<sup>41</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 30.

política pública de saúde não contempla o atendimento à totalidade dos casos.

### **3. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FATOR DE (DES) EQUILÍBRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

A atuação do Poder Judiciário para dar cumprimento aos programas de saúde instituídos por políticas públicas revela-se efetivo cumprimento do dever constitucional de assegurar o bem comum, porém, por se tratar de direitos humanos de segunda geração, os direitos constitucionais de seguridade social<sup>42</sup> pelo caráter prestacional tem a sua eficácia dependente de uma decisão política e de fatores, entre outros, econômicos.<sup>43</sup>

Em decorrência, o ativismo afetará, em menor ou maior grau, a sustentabilidade social e fiscal do sistema de saúde, eis que a judicialização traz “[...] *la aniquilación de la división de poderes y la pérdida de seguridad jurídica lo cual se ha convertido en una más de las causas de la crisis que atraviesa el sector salud*”.<sup>44</sup>

Tal argumento decorre do fato de que muitas decisões judiciais, em seu mérito, interferem tanto em aspectos técnicos como também em políticas públicas sem observar os mezcuzinhos critérios que compõe as estratégias em saúde, transformando o magistrado em um gestor de políticas de saúde sem conhecimento de causa das implicações sóciosanitárias<sup>45</sup> decorrente da decisão, vez que:

---

<sup>42</sup> Dentre o conceito de seguridade social inclui-se a saúde, sendo aquela um serviço público estatal sustentado pelos princípios de eficiência, universalidade e solidariedade.

<sup>43</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 20.

<sup>44</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 4.

<sup>45</sup> GÓMEZ PICARD, Patricia; ADROVER BARCELÓ, Rosa Maria; MIGUÉLEZ CHAMORRO, Angélica. La coordinació sociosanitària en el Servei de Salut: una realitat necessària. **Anuari de l'envelliment**: Illes Balears, ISSN 2174-7997, Año 2010, 2010, pp. 97-124, p. 99.

[...] otorguen procedimientos extremadamente costosos a unos pocos sin justificación médica o científica, reduce recursos para atender la población que padece enfermedades graves y que si deberían estar cubiertas, pero que ven limitado su acceso al no contar con un fallo que los ampare.<sup>46</sup>

Outro fator crítico que tem se apresentado, peculiar as demandas de saúde, reside nas decisões da Corte Constitucional que atribuíram a definição dada pelo médico tratante como vinculante<sup>47</sup> e deve ser observado ao tutelar o direito, revisando decisões judiciais que se opõe a esse critério, ocasionando decisões que são opostas ao critério do Comitê Tecno-Científico<sup>48</sup> e de serviços e procedimentos sob encargo do sistema público de saúde e, além do mais, “ocasionando problemas relacionados a sustentabilidade financeira”<sup>49</sup>.

Portanto, por se tratar de políticas públicas de saúde, caberá aos órgãos técnicos em saúde a realização de estudos para possibilitar a universalização do atendimento ao menor custo possível, garantido a eficácia do programa governamental, observado o equilíbrio financeiro do sistema<sup>50</sup>

As decisões superiores das Cortes de Justiça que referendam o ato médico em caráter absoluto somente estariam corretas se as seguintes premissas se pudessem comprovar em um cenário que:

[...] un nuevo acuerdo social, en el que la medicina debería ampliar el juramento hipocrático desde la lealtad y dedicación al individuo para incorporar la responsabilidad médica hacia la salud de la población. De esta forma, el nuevo profesionalismo debería integrar el

---

<sup>46</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 4.

<sup>47</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 12.

<sup>48</sup> Em Sistemas Nacionais de Saúde as estratégias são definidas com base em pareceres a partir de ensaios clínicos e de terapêuticas convalidadas cientificamente.

<sup>49</sup> ORTÚN RUBIO, Vicente. **Desempeño y deseabilidad del sistema sanitario: España**, p. 23.

<sup>50</sup> ORTÚN RUBIO, Vicente. **Desempeño y deseabilidad del sistema sanitario: España**, p. 29.

principio bioético de la justicia y alinear sus intervenciones con las de los poderes públicos para garantizar la sostenibilidad del sistema.<sup>51</sup>

Portanto, ao prescrever-se livremente sem observar os Protocolos Terapêuticos e Diretrizes Clínicas, em termos de Direito Sanitário e de Saúde Pública, o ato médico é destituído de presunção, sequer relativa, de evidência científica, demonstra-se a complexidade das controvérsias de saúde e como é possível construir decisões formalmente perfeitas, não obstante, contrárias aos interesses coletivos e, muitas vezes, contrárias às evidências científicas.

Na última seção, será analisada a sustentabilidade como um norte para auxiliar na resolução das demandas de saúde.

#### **4. DA NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA COM BASE NA SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA DE SAÚDE COMO PRINCÍPIO**

Muitos países como a Alemanha, França, Reino Unido e Itália estão editando políticas de contenção de gastos em saúde pública.<sup>52</sup> Porém, não só. a Colômbia e a Espanha também realizaram reformas no SNS.

Em 2011<sup>53</sup>, uma reforma na Colômbia em matéria de saúde foi realizada (Ley 1438) na tentativa de salvaguardar a capacidade econômica do Estado com o propósito de tornar efetiva a garantia de direitos mediante a incorporação do princípio da sustentabilidade (artigo 3.13)<sup>54</sup>, subordinando as decisões que

---

<sup>51</sup> REPULLO LABRADOR, José Ramón, BENEDICTO, Andreu Segura. Salud pública y sostenibilidad de los sistemas públicos de salud. **Revista Española de Salud Pública**. v. 80, n. 5, 2006, p. 475-482. ISSN-e 1135-5727, p. 480.

<sup>52</sup> MENEGUZZO, Marco; GLORIA, Fiorani; KEINER, Margarete Mezzomo. Direito à saúde, auditorias cívicas e sustentabilidade no Sistema Nacional de Saúde na Itália. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**. São Paulo, v. 12, n. 3, 2010, p. 301.

<sup>53</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 14.

<sup>54</sup> "Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal [...]"

determinam prestações em saúde aos critérios de sustentabilidade fiscal.

Também em Espanha sucedeu-se uma reforma com intuito de limitar a utilização das tutelas para buscar direitos relacionados ao acesso à saúde mediante a possibilidade de solicitação de serviços sem a necessidade de uma ação judicial, evitando-se, portanto, uma nova demanda e a possibilidade dos juízes extrapolarem a concessão de benefícios, mas “[...] *protegiendo los recursos con los que se cuenta para garantizar estos derechos*”.<sup>55</sup>

Para tal desiderato, o controle social<sup>56</sup> revela-se importante ferramenta para melhorar a efetividade dos gastos em saúde, em face de que a participação da população permite o exercício do controle entre as prioridades institucionais e as necessidades de saúde, transformando o paradigma atual centrado no médico e ampliando a responsabilidade do cidadão pelas decisões em saúde<sup>57</sup>.

A experiência na Itália<sup>58</sup>, com a implementação da Auditoria Cívica revelou-se uma experiência exitosa no tocante a garantia do Direito à Saúde num contexto de escassez de recursos em decorrência dos impactos da crise econômica. Por sua vez, na região da Catalunha/Espanha, implantou-se a Central de Resultados<sup>59</sup>, com objetivo de proporcionar um instrumento de avaliação, transparência e prestação de contas dos serviços de saúde pública buscando alcançar um nível de excelência.

A sustentabilidade fiscal é condição para o desenvolvimento do Estado Social

---

<sup>55</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 27.

<sup>56</sup> MENEGUZZO, Marco; GLORIA, Fiorani; KEINER, Margarete Mezzomo. Direito à saúde, auditorias cívicas e sustentabilidade no Sistema Nacional de Saúde na Itália. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**. São Paulo, v. 12, n. 3, 2010, p. 306.

<sup>57</sup> REPULLO LABRADOR, José Ramón, BENEDICTO, Andreu Segura. **Salud pública y sostenibilidad de los sistemas públicos de salud**, p. 480.

<sup>58</sup> MENEGUZZO, Marco; GLORIA, Fiorani; KEINER, Margarete Mezzomo. **Direito à saúde, auditorias cívicas e sustentabilidade no Sistema Nacional de Saúde na Itália**, p. 300.

<sup>59</sup> GARCÍA-ALTÉS, Anna et al. Transparencia en los resultados de la sanidad pública: el ejemplo de la Central de Resultados del sistema sanitario catalán. **Auditoría pública: revista de los Organos Autónomos de Control Externo**, n. 61, p. 45-52, 2013, p. 45.

de Direito, além de um pressuposto para a proteção dos demais direitos, do próprio Estado Social de Direito e da Economia de Mercado<sup>60</sup>, portanto, não impõe uma limitação de acesso à saúde, mas importa em balizamento do uso adequado<sup>61</sup> dos recursos<sup>62</sup>.

A temática da sustentabilidade do sistema sanitário foi identificado em pesquisa<sup>63</sup> com a participação de especialistas em saúde pública cujo objeto buscava elencar temas prioritários de investigação em serviços sanitários para a satisfação das necessidades da população coberta pelo SNS espanhol, sob a perspectiva de pacientes e cidadãos.

Certo que a saúde possui um custo, porém *“se ha visto que lo importante no es cuánto se gasta sino cómo se gasta”*<sup>64</sup>, eis que em cada caso deve-se buscar soluções que sejam compatíveis observando-se um conjunto de fatores, especialmente quanto a eficácia, sem o seu abandono<sup>65</sup>.

Assim, a disponibilização da instrumentos de referência para avaliação de políticas públicas de saúde<sup>66</sup> permite a melhoria contínua<sup>67</sup> dos serviços de saúde, inclusive aferir a sua validade<sup>68</sup> interna e externa, amplianfo o seu grau

---

<sup>60</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 29.

<sup>61</sup> CAMARGO, Teresa López. **Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud**, p. 30.

<sup>62</sup> ORTÚN RUBIO, Vicente. **Desempeño y deseabilidad del sistema sanitario**: España, p. 40.

<sup>63</sup> BERNAL DELGADO, Enrique, MORENO, Salvador Peiró, COVALEDA, Rafael Sotoca. Prioridades de investigación en servicios sanitarios en el Sistema Nacional de Salud: una aproximación por consenso de expertos. **Gaceta sanitaria: Organo oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria**. v. 20, n. 4, 2006, p. 287-294. ISSN 0213-9111.

<sup>64</sup> ORTÚN RUBIO, Vicente. **Desempeño y deseabilidad del sistema sanitario**: España, p. 38.

<sup>65</sup> ORTÚN RUBIO, Vicente. **Desempeño y deseabilidad del sistema sanitario**: España, p. 31.

<sup>66</sup> A revisão periódica das políticas públicas de saúde mediante avaliação de seus impactos orçamentários e dos resultados alcançados constitui em poderoso instrumento de validade da política pública.

<sup>67</sup> GARCÍA-ALTÉS, Anna et al. Transparencia en los resultados de la sanidad pública: el ejemplo de la Central de Resultados del sistema sanitario catalán. **Auditoría pública: revista de los Organos Autónomos de Control Externo**, n. 61, p. 45-52, 2013, p. 45.

<sup>68</sup> GARCÍA-ALTÉS, Anna et al. **Transparencia en los resultados de la sanidad pública**: el

de eficiência<sup>69</sup>, bem como proporcionando um impulso à inovação<sup>70</sup> na gestão de saúde e novas tecnologias<sup>71</sup> da saúde visando a sustentabilidade.

Propostas de privatização da gestão dos serviços de saúde dependem de alterações constitucionais e legais, além de que os estudos não comprovam que a gestão privada apresente melhor eficiência do que a gestão pública<sup>72</sup>  
<sup>73</sup>.

Por se tratar de sistema<sup>74</sup> universal e público, um aperfeiçoamento do sistema de tributação *“como forma global de asegurar la solidaridad entre generaciones y entre pobres y ricos”*.<sup>75</sup>

A complexidade do tema importa em estruturar a reforma do sistema de saúde em dois blocos<sup>76</sup>: um relacionado aos aspectos estruturais e um segundo, referente a gestão, transparência, auditoria e responsabilidade<sup>77</sup> dos agentes geradores de custos.

---

ejemplo de la Central de Resultados del sistema sanitario catalán, p. 46.

<sup>69</sup> GARCÍA, E.I., SOLVES, José Joaquín Mira, MORA, Mercedes Guilabert. Indicadores de eficiencia para contribuir a la sostenibilidad de los servicios de salud en España. **Revista de calidad asistencial**, ISSN 1134-282X , v. 29, n. 5, 2014, p. 287-290, p. 287.

<sup>70</sup> SCAVONE, Graciela María. Sustentabilidad del sistema de salud desde una perspectiva social y ambiental. **Foro virtual de Contabilidad Ambiental y Social** – Agosto, 2008, p. 3.

<sup>71</sup> CASTELL-FLORIT SERRATE, Pastor. La intersectorialidad, una tecnología que despegga con fuerza. **Revista Cubana de Salud Pública**, v. 36, n. 2, p. 101-101, 2010, p. 1.

<sup>72</sup> SÁNCHEZ, Fernando I.; ABELLÁN, José María; OLIVA, Juan. Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional. **Documento de trabajo**, v. 4, 2013, p. 2.

<sup>73</sup> SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, Fernando I.; ABELLÁN-PERPINÁN, José María; OLIVA-MORENO, Juan. **La privatización de la gestión sanitaria: efecto secundario de la crisis y síntoma de mal gobierno**, p. 79.

<sup>74</sup> A pesquisa identificou a existência de diversas classificações de sistemas sanitários ou de saúde pública, conforme a terminologia adotada em cada país, tendo sido referenciado os sistemas do tipo Beveridge e do tipo Bismarck.

<sup>75</sup> FIGUERAS, Josep et al. Retos para los sistemas sanitarios de Latinoamérica: ¿qué puede aprenderse de la experiencia europea? Gaceta sanitaria, v. 16, n. 1, p. 5-17, 2002. ISSN 0213-9111, p. 6.

<sup>76</sup> FREIRE CAMPO, José Manuel. Los retos de las reformas sanitarias en el Sistema Nacional de Salud. **Mediterráneo económico**, n. 26, 2014, p. 351-368. ISSN 1698-3726, p. 351.

<sup>77</sup> SEVILLA PÉREZ, Francisco. Financiación sanitaria y sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. **Revista de administración sanitaria siglo XXI**, ISSN 1696-1641, v. 3, n. 4, 2005, páginas 567-580, p. 577.

Outros estudos relatam que o sistema de coparticipação do paciente no pagamento reduz a demanda por serviços em saúde, pois “supone la coincidencia de intereses del médico (por seguridad), del gestor (por costes marginales decrecientes) y del paciente (por más calidad recibida) en querer más actividad”.<sup>78</sup>

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Aproximações entre os Estados Democráticos de Direito que assumiram compromissos de bem-estar social culminaram por construir sistemas nacionais de saúde com objetivo de oferecer para as suas respectivas nações uma aliança do compromisso para com a sociedade.

Tais semelhanças político-ideológicas permitem que as experiências vivenciadas no interior de cada Estado, seja na América, seja na Europa, possa oferecer uma oportunidade de melhoria para o SUS baseado nas reformas implantadas especialmente na Espanha, mas também objeto de estudos na Itália e Colômbia.

Os Sistemas Nacionais de Saúde, tal como o SUS, tiveram origem na promessa do Estado do Bem-Estar Social com objetivo de assegurar dignidade da pessoa humana proporcionando acesso aos serviços de saúde pública.

As crises econômicas, além de problemas relacionados com o envelhecimento da população, falta de financiamento e deficiências na gestão obrigaram ao Poder Judiciário a examinar tutelas individuais buscando o fornecimento de medicamentos, exames e cirurgias.

Nesse quadro, pedidos foram formulados e concedidos contra uma política

---

<sup>78</sup> COTS, Francesco; CASTELLS, X. Cómo pagamos a nuestros hospitales. La referencia de Cataluña y el contrapunto desde Andalucía. **Gaceta sanitaria: Organo oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria**, ISSN 0213-9111, v. 15, n. 2, 2001, p.172-178, p. 173

publica de saúde, abrindo espaço para tutelas de toda ordem. Tais situações, colocam os direitos individuais em supremacia com os direitos coletivos, eis que o custo individual no que é incorporado na política pública é muito menos oneroso e possibilita uma maior cobertura.

Esse fenômeno do recurso ao Poder Judiciário, ao invés de buscar nas instâncias próprias, mediante reivindicações sociais, cedeu para a intervenção individualizada, cujo fenômeno é denominado Judicialização da Saúde.

Com objetivo de assegurar as prestações devidos pelo SUS possam beneficiar a todos, no presente e no futuro, crucial que as decisões importem em observar o princípio da sustentabilidade como critério de balizamento da judicialização da saúde.

#### **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS<sup>79</sup>**

ALEXANDRE, Rodrigo Fernandes; HENRIQUE, Paulo; BASTOS, Ediane de Assis; SCHNEIDERS, Roberto Eduardo; NASCIMENTO JÚNIOR, José Miguel do. Acesso aos medicamentos incorporados no SUS: estratégias para garantia da sustentabilidade econômica. **Revista Eletrônica Gestão e Saúde**. n. extra 4, 2015, p. 3338-3353. ISSN-e 1982-4785. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5560383>>. Acesso em 20 set. 2016.

BASANTE POL, Rosa; CASTILLO RODRÍGUEZ, Carlos del. Financiación de medicamentos: Los aspectos jurídicos. **Anales de la Real Academia Nacional de Farmacia**, ISSN 0034-0618, ISSN-e 1697-428X, n. 2, 2013, p. 293-307 Disponível em: <<http://www.analesranf.com/index.php/aranf/article/viewFile/1442/1474>>. Acesso em: 03 out. 2016.

---

<sup>79</sup> Fontes: ABNT 6023:2003 (Referências), 10520:2002 (Citações), 14724:2002 (Trabalhos acadêmicos).

BEDINELLI, Talita. PEC 241: o que vai mudar na saúde dos brasileiros: Especialistas apontam que, em 20 anos, SUS pode deixar de receber mais de 400 bilhões de reais. **El País**, edição brasileira, São Paulo, 18 outubro 2016. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/14/politica/1476478906\\_158199.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/14/politica/1476478906_158199.html)>. Acesso em: 18 out. 2016.

BERNAL DELGADO, Enrique, MORENO, Salvador Peiró, COVALEDA, Rafael Sotoca. Prioridades de investigación en servicios sanitarios en el Sistema Nacional de Salud: una aproximación por consenso de expertos. **Gaceta sanitaria: Organo oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria**. v. 20, n. 4, 2006, p. 287-294. ISSN 0213-9111. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2040829>>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Justificativa da Proposta de Emenda Constitucional. **Mensagem 329, de 15 de junho de 2016**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016)>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 241, 15 de junho de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo

Regime Fiscal. Disponível em:  
<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/pr  
op\\_mostrarintegra;jsessionid=33FD714EE8934672E9CBA9412E2A8872.pro  
posicoesWeb1?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/pr<br/>op_mostrarintegra;jsessionid=33FD714EE8934672E9CBA9412E2A8872.pro<br/>posicoesWeb1?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016)>. Acesso em:  
12 out. 2016.

CAMARGO, Teresa López. Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal en materia de salud. **Universidad Militar Nueva Granada**, 2015. Disponível em:  
<<http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/7512>>. Acesso em: 02 out. 2016.

CASTELL-FLORIT SERRATE, Pastor. La intersectorialidad, una tecnología que despega con fuerza. **Revista Cubana de Salud Pública**, v. 36, n. 2, p. 101-101, 2010. Disponível em:  
<<http://scielo.sld.cu/pdf/rcsp/v36n2/spu01210.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2016.

COTS, Francesco; CASTELLS, X. Cómo pagamos a nuestros hospitales. La referencia de Cataluña y el contrapunto desde Andalucía. **Gaceta sanitaria: Organó oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria**, ISSN 0213-9111, v. 15, n. 2, 2001, p.172-178. Disponível em: <<http://www.gacetasanitaria.org/es/linkresolver/como-pagamos-nuestros-hospitales-la/S0213911101715385/>>.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

ESPAÑA. Constitución (1978). **Constitución del Reino de España**. Disponível em: <[http://www.lamoncloa.gob.es/documentos/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documentos/constitucion_es1.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2016.

FIGUEIREDO. Mariana Filchtiner. **O sistema único de saúde e o princípio da sustentabilidade**: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da saúde. 2013. 286f. Tese de Doutorado do Programa de Pós-

Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2514/1/000449234-Texto%2bParcial-0.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2016.

FIGUERAS, Josep et al. Retos para los sistemas sanitarios de Latinoamérica: ¿qué puede aprenderse de la experiencia europea?. *Gaceta sanitaria*, v. 16, n. 1, p. 5-17, 2002. ISSN 0213-9111. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2896177>>. Acesso em: 26 set. 2016.

FREIRE CAMPO, José Manuel. Los retos de las reformas sanitarias en el Sistema Nacional de Salud. **Mediterráneo económico**. n. 26, 2014, p. 351-368. ISSN 1698-3726. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5194403>>. Acesso em: 21 set. 2016.

GARCÍA, E.I., SOLVES, José Joaquín Mira, MORA, Mercedes Guilabert. Indicadores de eficiencia para contribuir a la sostenibilidad de los servicios de salud en España. **Revista de calidad asistencial**. v. 29, n. 5, 2014, p. 287-290. ISSN 1134-282X. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4873077>>. Acesso em: 21 set. 2016.

GARCÍA-ALTÉS, Anna et al. Transparencia en los resultados de la sanidad pública: el ejemplo de la Central de Resultados del Sistema Sanitario Catalán. **Auditoría pública: revista de los Organos Autónomos de Control Externo**, n. 61, p. 45-52, 2013.

GÓMEZ PICARD, Patricia; ADROVER BARCELÓ, Rosa Maria; MIGUÉLEZ CHAMORRO, Angélica. La coordinació sociosanitària en el Servei de Salut: una realitat necessària. **Anuari de l'envelliment**: Illes Balears, ISSN 2174-7997, Año 2010, 2010, pp. 97-124. Disponível em: <[http://ibdigital.uib.cat/greenstone/collect/anuariEnvelliment/index/assoc/2010\\_anu/ari\\_envelliment\\_.dir/2010\\_anuari\\_envelliment\\_p097.pdf](http://ibdigital.uib.cat/greenstone/collect/anuariEnvelliment/index/assoc/2010_anu/ari_envelliment_.dir/2010_anuari_envelliment_p097.pdf)>.

GONÇALVES, Sandra Krieger; PÍTSICA, Helena Nastassya Paschoal. Algumas

considerações em torno do direito de acesso à saúde, sua proteção jurídica e sua relação com o meio ambiente e sustentabilidade. **Revista Direito e Política**, v. 8, n. 1, p. 649-668, 2013. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5516>>. Acesso em: 03 out. 2016.

GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, Beatriz; BARBER PÉREZ, Patricia. Sostenibilidad y condiciones de empleo en el Sistema Nacional de Salud. **Revista de administración sanitaria siglo XXI**. v. 8, n. 1, 2010, p. 89-100. ISSN 1696-1641. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4118299>>. Acesso em: 26 set. 2016.

HERAS-MOSTEIRO, Julio et al. Percepciones de médicas y médicos de atención primaria de Madrid sobre las medidas de ajuste en el sistema público de salud. **Gaceta Sanitaria**, v. 30, n. 3, p. 184-190, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/cKikNP>>. Acesso em: 03 out. 2016.

ITURRIZAGA, Aitor Ugarte. Si la sostenibilidad es la pregunta ¿puede ser la comunicación una de las respuestas? **Revista de Comunicación y Salud: RCyS**, v. 1, n. 2, p. 1-3, 2011.

LÓPEZ SALUDAS, José Manuel. **Producción pública, gestión privada y eficiencia económica del Servicio Nacional de Salud**. 2013. 325f. Tesis Doctoral Departamento de Economía Aplicada Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la UNED. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/mRjF5T>>. Acesso em: 03 out. 2016.

MARTÍNEZ, Josefa Cantero. A vueltas con el Real Decreto-ley 16/2012 y sus medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. **Gaceta Sanitaria**, v. 28, n. 5, p. 351-353, 2014. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911114001022>>. Acesso em: 03 out. 2016.

MENDES, Samara Jamile; MANZINI, Fernanda; FARIAS, Mareni Rocha, LEITE,

Silvana Nair. Gestão da assistência farmacêutica avaliação de um município Catarinense. **Revista Eletrônica Gestão e Saúde**. n. 1, 2015, p. 4-29. ISSN-e 1982-4785. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5556102>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MENEGUZZO, Marco; GLORIA, Fiorani; KEINER, Margarete Mezzomo. Direito à saúde, auditorias cívicas e sustentabilidade no Sistema Nacional de Saúde na Itália. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**. São Paulo, v. 12, n. 3, 2010. Disponível em: <[http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1518-18122010000300015&lng=pt&nrm=iso](http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000300015&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 02 out. 2016.

MENÉNDEZ, Elena Arias. La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud¿ Cómo contribuyen la política, la planificación y las relaciones con la ciudadanía y con los profesionales a su mantenimiento? **Revista de administración sanitaria siglo XXI**, v. 8, n. 1, p. 1-3, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/2a16JG>>. Acesso em: 03 out. 2016.

ORTÚN RUBIO, Vicente. Desempeño y deseabilidad del sistema sanitario: España. **RAE: Revista Asturiana de Economía**, ISSN 1134-8291, Nº. 35, 2006, pp. 23-43.

PASOLD, Cesar Luiz. **Direito à saúde**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, n. 15. Florianópolis: EdUFSC, dez. 1987.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Diploma Legal: OAB/SC Editora, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Conceito, 2015. ISBN 9788578744083.

PEIRÓ, Salvador. La incorporación de nuevos medicamentos al SNS: Innovación, accesibilidad y sostenibilidad. **Ges Clin Sanit**, v. 17, p. 5-6, 2015.

PETIÇÃO PÚBLICA BRASIL. **Contra aprovação da PEC 241/2016**.

Disponível em:  
<<http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR92916>>. Acesso em:  
18 out. 2016.

PICCARDI, Tatiana. Usos da fórmula "sustentabilidade" na área da saúde: o exemplo das práticas do voluntariado em hospitais. **ESpecialist**, v. 35, n. 2, 2014, p. 170-182. ISSN 0102-7077. Disponível em:  
<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4953902>>. Acesso em:  
20 set. 2016.

REPULLO LABRADOR, José Ramón, BENEDICTO, Andreu Segura. Salud pública y sostenibilidad de los sistemas públicos de salud. **Revista Española de Salud Pública. V.** 80, n. 5, 2006, p. 475-482. ISSN-e 1135-5727. Disponível em:  
<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2108830>>. Acesso em:  
21 set. 2016.

SALAS ZAPATA, Walter Alfredo. **Diseño de un modelo de análisis de sostenibilidad de políticas públicas en salud.** 2012. 191f. Tese de Doutorado. Tesis Doctoral, Universidad Politécnica de Cataluña. 2012. Disponível em: <<http://upcommons.upc.edu/handle/10803/101396>>. Acesso em: 03 out. 2016.

SÁNCHEZ, Fernando I.; ABELLÁN, José María; OLIVA, Juan. Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional. **Documento de trabajo**, v. 4, 2013.

SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, Fernando I.; ABELLÁN-PERPINÁN, José María; OLIVA-MORENO, Juan. La privatización de la gestión sanitaria: efecto secundario de la crisis y síntoma de mal gobierno. Informe SESPAS 2014. **Gaceta Sanitaria**, v. 28, p. 75-80, 2014.

SCAVONE, Graciela María. Sustentabilidad del sistema de salud desde una perspectiva social y ambiental. **Foro virtual de Contabilidad Ambiental y Social** - Agosto, 2008. Disponível em:

<[http://www.econ.uba.ar/www/institutos/secretaradeinv/ForoContabilidadAmbiental/resumenes/Scavone\\_Sustentabilidad\\_del\\_sistema.pdf](http://www.econ.uba.ar/www/institutos/secretaradeinv/ForoContabilidadAmbiental/resumenes/Scavone_Sustentabilidad_del_sistema.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2016.

SEVILLA PÉREZ, Francisco. Financiación sanitaria y sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. **Revista de administración sanitaria siglo XXI**, ISSN 1696-1641, v. 3, nº 4, 2005, pp 567-580.

URBANOS GARRIDO, Rosa. **Sistema sanitario, salud y sostenibilidad**. Coleções: Documentos de Debate, Espanha: Fundación Ideas, 2012. ISBN: 978-84-15386-09-4. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=572478>>. Acesso em: 03 out. 2016.

VIDA FERNÁNDEZ, José. Sostenibilidad del sistema sanitario: crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro. **DS: Derecho y salud**. v. 21, n. 2, 2011, p. 13-34. ISSN 1133-7400. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3819076>>. Acesso em: 21 set. 2016.

## **DIREITOS HUMANOS: UNIVERSALISMO E RELATIVISMO**

**Vanessa Zanatta Pena<sup>1</sup>**

**Bruno Smolarek Dias<sup>2</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

Venho por meio deste trabalho apresentar uma grande problemática em volta dos direitos humanos, o relativismo e o universalismo. Para tratar do assunto me baseio em outros trabalhos em que este tema já foi abordado, como o artigo científico de Érica de Souza Pessanha Peixoto. Este artigo trata do universalismo e relativismo cultural, no qual tive base em vários momentos deste trabalho desenvolvido, assim também como autores de livros, como a doutrinadora Flavia Piovesan e o doutrinador André Carvalho Ramos, dois autores que tratam muito bem do tema abordado de forma exemplificada para um bom entendimento e desenvolvimento do trabalho.

O intuito é apresentar dois pontos de vistas conflitantes, como maneiras divergentes na forma de agir e de pensar. Abordo a visão relativista que busca pela liberalidade de aplicar direitos e normas pautadas na sociedade em função de sua cultura, religião e costumes. A visão universalista tem seus preceitos e valores pautados em uma visão global, onde estes valores servem aos seres humanos para evitar que ocorram violações à dignidade da pessoa humana.

É possível analisar no início do trabalho que tais conflitos vêm enraizados no

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Unidade Universitária de Francisco Beltrão – PR. Aluna de Iniciação Científica nos anos de 2015 e 2016. E-mail <vanessazanattap@gmail.com>.

<sup>2</sup> Doutor em Ciências Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - Unipar. E-mail: <professorbruno@unipar.br>.

tempo, com todos os fatos históricos vividos pelos antigos até as décadas atuais, e um contexto histórico que vem construindo toda essa dialética em torno de dois assuntos tão polêmicos, são temas antigos, mas como se pode ver no decorrer do trabalho que trazem cada vez mais novas ideias de resoluções.

Também nesse trabalho é possível fazer uma análise de várias concepções no mundo, o que nos faz refletir sobre o que está em nossa volta, pois muitas vezes não paramos para fazer esta reflexão por não termos determinadas situações presentes em nosso cotidiano. É sabido que existe variadas formas de vidas e de crenças, e que talvez os conflitos que serão apontados neste trabalho, nos façam olhar para o próximo e que nos faça chegar a soluções de maneiras justas respeitando a vida humana.

## **1. UMA BREVE PASSAGEM PELO NASCIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS**

Mesmo havendo inúmeras diferenças culturais e biológicas na humanidade, sendo o que diferencia os seres humanos entre si, podemos afirmar, que todos devem receber respeito em igualdade, pois nós seres humanos somos considerados os únicos seres capazes de amar.

O Reconhecimento universal dos direitos humanos foi se construindo com o tempo, mostrando que nenhum indivíduo, ou grupo de indivíduos, pode ser maior que outro independente da raça, cor ou etnia.

Muitas coisas foram trazidas pelos primórdios da bíblia que tinham para consigo [...] a justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo, surgindo com a afirmação da fé monoteísta.<sup>3</sup> Pode-se afirmar que a contribuição dos povos da Bíblia para humanidade foi uma das maiores, pois foi a partir daí que nasceu a ideia de que o mundo foi criado por um Deus

---

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

universal. Acreditava-se também que os Deuses da mitologia também fizeram parte do nosso mundo, inclusive trazendo problemas que temos até hoje em nosso cotidiano.

De acordo com a Bíblia Sagrada, o homem seria a figura hierárquica depois de Deus, pois a Bíblia diz que Deus deu o Poder ao homem sobre “os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra”.<sup>4</sup>

Com a sabedoria dos gregos a se expressarem sobre a natureza racial do homem, afirmando que o nome era a essência do homem e que um homem que não possuía nome não era ninguém, era um ser insignificante, nascendo daí a expressão de não pronunciar o nome de Deus em vão.<sup>5</sup>

Vindo após a evolução histórica dos primórdios da mitologia grega e da bíblia, surge a ciência com Charles Darwin trazendo sua rejeição as origens do homem trazidas pelos antigos religiosos.

Darwin foi abrindo caminho para que se pudesse esclarecer como o homem se tornou o centro de toda cadeia evolutiva das espécies vivas na terra.<sup>6</sup>

Os Partidários do Chamado “princípio antrópico” passam a, assim como descreve Comparato<sup>7</sup> “[...] reconhecer que os dados científicos não permitem afirmar (nem negar, aliás) que o mundo e o homem existem e evoluem em razão da vontade de um sujeito transcendente, que tudo criou e tudo pode destruir [...]”. O que a ciência afirma é que existe sim uma orientação evolutiva nas etapas passadas pelo homem, pois sem a qual seria incompreensível a evolução do homem.

---

<sup>4</sup> BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Versão de Padre Antônio Maria. 12. ed. Rio de Janeiro: Ave Maria, 1980. 1240 p. Edição ecumênica. Gênesis, 1,26.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>6</sup> COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>7</sup> COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Há um sentido axiológico em torno do ser humano de que tudo vai se ordenando e organizando em uma escala universal de valores, que aos poucos a partir dela as coisas vão se esclarecendo. É observado que na história da bíblia através da criação de Deus, o mundo não surge todo e imediato a partir dele, as criaturas vão surgindo umas das outras, cumprindo a duração de um ciclo lunar.

A bíblia apresenta, pois, o homem como situado entre o céu e a terra, como ser a um só tempo espiritual e terreno. Ora, a verdade – hoje indiscutível, de resto, no meio científico é que o curso do processo de evolução vital foi substancialmente influenciado pela aparição da história humana.<sup>8</sup>

Então é indiscutível que foi através do processo de evolução da espécie humana, que o curso de evolução da terra decorreu dos meios que vem até hoje em sua evolução, e que é através do homem que há a influência de todas as espécies vivas, porque sua interferência está em todos os lugares.

A partir do período axial, entre 600 e 480 A.C, coexistiram alguns dos maiores doutrinadores da história: “[...] Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsê e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaís em Israel.”<sup>9</sup>

Todos eles com visões diferentes do mundo, foi a partir daí que houve uma divisão entre as visões mitológicas, nas quais são abandonadas do passado e começam a surgir novas, pois foi durante este período axial, que se propagaram e estão até hoje no mundo moderno os princípios que estabeleceram as diretrizes fundamentais da vida.

Em suma é a partir do período axial que, pela primeira vez na história, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se assim, os fundamentos

---

<sup>8</sup> COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, a ela inerentes.<sup>10</sup>

A partir desse momento é que o ser humano começa a ser visto com mais importância por ser um ser essencial dotado de igualdade, não importando suas crenças religiosas e outros fatores que o diferenciam.

Após a compreensão da realidade axiológica, os direitos humanos foram entendidos como valores muito importantes para a convivência humana, talvez a base mais importante para essa convivência, trazendo consigo a hierarquia axiológica de valores na sociedade, junto a uma dialética entre a coletividade e as normas do estado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, além de trazer o reconhecimento do homem como pessoa, fundada na igualdade em uma sociedade, também trouxe junto problemas ético-jurídicos, pois conforme foi se dando o avanço tecnológico novos problemas foram surgindo, a espera de uma solução no campo ético, já que todo ser humano deve ser visto como pessoa em qualquer circunstância e lugar.

Portanto, a declaração universal dos direitos humanos, aprovada pela assembleia geral das nações unidas em 10 de dezembro de 1948, reafirmaram direitos que anteriormente já haviam sido declarados no decorrer da evolução da humanidade, essas normas visam a proteção da pessoa humana e também trazem consigo uma nova era histórica, a era da cidadania mundial.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10.

<sup>11</sup> COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

## **2. DIREITOS HUMANOS NO TEMPO**

Após toda sua parte histórica e transcendental, através da religião e principalmente com seus fundamentos bíblicos para exemplificar o surgimento dos direitos humanos na humanidade, entramos agora em ponto quando essas características começam a se espalhar de outras formas de condições sociais. Cada grande transformação social é um degrau subido para os direitos humanos na sociedade.<sup>12</sup>

Podendo assim dar início as dimensões ou subdivisões dos direitos humanos, as quais foram divididas em três gerações e possivelmente pode-se falar em uma quarta geração, aos quais são elas:

### **2.1 Primeira dimensão ou subdivisão dos direitos humanos**

Nessa primeira fase, o primeiro ponto que vem a ser ressaltado é o reconhecimento do homem na sociedade como sujeito de Direito.

Esta fase é extremamente influenciada pelas Declarações de Direito Francesa e Americana, nas quais o ponto principal era de que a sociedade deveria ser de pessoas livres e iguais, sem distinções. Para tal feito a sociedade teria que se libertar principalmente do sistema estatal e do sistema social imperativo dentro na sociedade feudal.<sup>13</sup>

Nesta fase histórica, os textos foram influenciados pelas ideias iluministas que se revelam nas cartas francesas e americanas. O homem passou a exigir que a interferência do estado fosse mínima possível na vida econômica e social, garantindo assim a liberdade perante uma monarquia que não oferecia nenhuma forma de "garantia jurídica de estabilidade social".<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

<sup>13</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

<sup>14</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek

Porém, para a burguesia da época tais pensamentos eram prejudiciais a eles pois quase todo o poder estabelecido da época era extremamente vantajoso para eles, tal poder era o que melhor os representava na sociedade. Mas para grande parte da sociedade que não fazia parte do alto escalão da época, não haveria mais subjugações de suas individualidades, defendiam que não interessava a classe ao qual houvessem nascido, haveria sim um reconhecimento perante a lei de formas igualitárias e em vários sentidos.<sup>15</sup>

Após a instauração do liberalismo, a sociedade passa a segui-lo como seu ordenamento e sua representação, resolvendo assim os conflitos internos e buscando soluções de quais condutas poderiam ser aceitas pela sociedade e quais não deveriam ser aceitas, defendidas por grandes nomes da história como Montesquieu, Rousseau e Locke.

O princípio da legalidade ao qual foi se conquistando, quebrando as limitações elencadas acima. Tendo assim os governantes e seus governos de seguir o que determinava a legislação, através desse contexto é que se dá início ao Estado Constitucionalista como nova fase social, no qual vem a limitar condutas dos sujeitos de direito (públicas ou privadas), ou melhor traduzida uma lei constituída por indivíduos que foram eleitos por sua própria população tornando-se assim uma lei mais válida e justa.<sup>16</sup>

## **2.2 Segunda dimensão ou subdivisão dos direitos humanos**

Nesta segunda dimensão dos direitos humanos começa-se a busca pela igualdade material, ao qual se traduzindo refere-se ao cunho socioeconômico da sociedade na qual todos devem possuir direitos à igualdade, a uma educação de qualidade e gratuita assim como o direito a saúde, aposentadoria

---

Arquitetura, 2009.

<sup>15</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

<sup>16</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

em caso de incapacidade para o trabalho.<sup>17</sup>

Com os processos de revolução acarretando na liberdade dos cidadãos, deixasse assim de existir os escravos e servos, pois todos se tornaram trabalhadores provendo com seu trabalho seu sustento e sua liberdade, a princípio poderia até ser visto como um mau negócio, mas assim nessa forma de trabalhadores além de sua liberdade e sustento, tinham ainda como poder de acumular capital, transformando-se em consumidores em potencial, o que viria a acarretar na Revolução industrial.<sup>18</sup>

Porém um problema surgiu na época, a queda do consumo, a capacidade econômica de certas classes sociais, pois os nobres estavam cada vez mais escassos com todo o capital na mão do monarca absolutista. Assim somente o clero e a burguesia tinham poder econômico para consumir os produtos ofertados. Dessa maneira a população com o poder aquisitivo proporcionalmente menor que do clero e da burguesia, começava a exigir seus direitos, passando a chamar de direitos sociais.<sup>19</sup>

Com tal demanda o Estado passa ter que buscar soluções a esta incapacidade da sociedade e assim vir a regular a economia para que todos possam ter acesso às garantias básicas de emprego, educação e saúde. O estado dizia que tal demanda seria impossível uma aplicabilidade de maneira imediata devido à grande tarefa a ser cumprida.

Tal fato era que mesmo sendo declarado que todos eram iguais e livres perante os estados, não era realmente assim que funcionava, era como se fosse algo mais teórico, como fatos de livros e não do cotidiano, o que acarretava isso era a falta de condições econômicas da sociedade.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

<sup>18</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

<sup>19</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

<sup>20</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek

Houve dois fatos que alteraram o mundo na época e que vieram a intervir em alguns pontos cruciais, a Primeira Guerra mundial, que a partir daí passou a exigir que fosse aplicado a materialidade da igualdade prevista nos documentos formais, o segundo foi a Revolução Russa monárquica, começando um estado com raízes socialistas na qual se dividiu o mundo em dois blocos: socialista e capitalista, o primeiro criado com raízes de direito sociais e o segundo com o enriquecimento independente de raízes sociais.

### **2.3 Terceira dimensão ou subdivisão dos direitos humanos**

A partir da revolução industrial se desencadeou uma grande degradação do meio ambiente, que neste ponto na década de 1970 surgiram os Direitos Difusos e Direitos de Solidariedade, nas quais começam as preocupações com o ser humano e o meio em que vive, pois com as degradações que o meio ambiente passava a ter, começa-se a exigir para a sociedade um ambiente saudável para que melhor possa se viver, deste ponto começa uma grande preocupação com o meio ambiente.<sup>21</sup>

Os Direitos Difusos em que se fala acima, são aqueles não direcionados apenas aos particulares e sim a toda coletividade de forma geral, sendo assim nascendo os Direitos ao Desenvolvimento.

Já os Direitos de Solidariedade também apontados acima, preceitua que todos os cidadãos formadores de um estado devem participar ativamente dos problemas e soluções de sua sociedade, agindo assim de uma forma ativa e solidária.<sup>22</sup>

---

Arquitetura, 2009.

<sup>21</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

<sup>22</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

## **2.4 Talvez uma quarta dimensão ou subdivisão dos direitos humanos**

Aponta-se que a quarta dimensão dos Direitos Humanos seria a qual se encontra os problemas culturais, raciais e de orientações sexuais, também entraria nessa geração a era tecnológica em que vivemos.

Portanto, tais gerações elencadas acima apenas existiram de forma a complementar umas às outras, não havendo nenhum conflito e sim uma complementação na história dos direitos humanos mostrando a luta e força que a sociedade tem em evoluir em todos os assuntos e aspectos dos direitos humanos. Cabe ressaltar como algo não menos importante de que as gerações não são divisões e sim complementações e que as divisões são feitas apenas na forma de estudo, pois os direitos humanos são unos e indivisíveis, buscando sempre o melhor para a dignidade da pessoa humana como ponto principal.<sup>23</sup>

## **3. O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS**

Há posicionamentos diversos quando o assunto é a conceituação dos direitos humanos, pois muitos consideram algo superficial, para cada pessoa há um entendimento do que são direitos humanos, porque as necessidades e prioridades de cada pessoa são de alguma forma diferente.

Carvalho Ramos aponta que a própria doutrina especializada no assunto tem dificuldades nas definições.

Para o Doutrinador Peres Luño<sup>24</sup> encontram-se três formas de definir os direitos humanos. A primeira seria a definição tautológica, no qual diz que não se precisa de algo novo para definir os direitos humanos basta apenas ser homem, pois o próprio homem é quem utiliza os direitos para si mesmo. A

---

<sup>23</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

<sup>24</sup> *Apud* RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24-25.

segunda definição seria a formal, a de não especificação dos direitos humanos, sendo de todos os homens, deste modo não podendo ser privado. A terceira seria a finalística ou teleológica, são aqueles que usam os direitos humanos com um objetivo final, como o exemplo, os direitos que são essenciais para a dignidade da pessoa humana.

Também pode-se definir que os direitos humanos têm uma ligação muito importante com direitos fundamentais, pois os direitos fundamentais seriam a base dos direitos humanos, definindo o melhor para o homem e sua vida digna, estariam estes enraizados nos direitos fundamentais, sendo direitos inerentes a todos seres humanos.<sup>25</sup>

Pode-se afirmar que a definição mais coerente para os direitos humanos, é de que foram criados para proporcionar que o ser humano tenha uma vida digna, com condições adequadas para sua existência, participação e convívio com toda a sociedade de forma harmoniosa.<sup>26</sup>

Tais direitos descritos acima são essenciais para a convivência humana, pois são direitos para toda e qualquer pessoa sem nenhuma distinção relacionada à raça, ou até mesmo de opções sexuais, então podemos dizer que os direitos humanos são de alguma forma indivisíveis, porque todos os direitos bases do homem se enquadram dentro deles, e assim ele acaba se definindo e se conceituando como direitos indisponíveis, válidos para um todo e não em partes, e atingindo assim os efeitos erga omnes.<sup>27</sup>

### **3.1 O que abrange os Direitos Humanos**

Os direitos humanos abrangem em seu contexto a liberdade, igualdade e a

---

<sup>25</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

<sup>26</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>27</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

dignidade da pessoa humana, pois como já afirmado são indispensáveis para dignidade da vida, não há o que se dizer em exato o que seria o mínimo para uma vida digna, pois as necessidades e adequações se abrangem de acordo com a época em que se vive.<sup>28</sup>

No entanto, os direitos humanos possuem uma estrutura que abrange os Direitos à Pretensão, os Direitos à Liberdade, os Direito ao Poder, e o Direitos à Imunidade, o qual são todas formas de obrigações vindas do estado ou de particulares.

Começando pelo Direito à Pretensão, na qual se busca algo que outra pessoa deve prestar, melhor se dizendo no qual a pessoa tem direito a algo e o estado ou o particular tem o dever de prestar, sem que viole tal forma de direito, um exemplo seria a educação fundamental, no qual a sociedade tem a pretensão e o estado tem o dever de prestar de forma gratuita.

Direito à liberdade, no qual não existe qualquer forma de poder perante outra pessoa, pois a liberdade está enraizada na pessoa pelo seu poder de escolha, sendo religião, opção sexual entre outras o Estado não tem esse Direito de intervir na vida do ser humano.

Direito ao poder, no qual uma pessoa exija que o Estado exerça seu poder perante outra pessoa, para que seja punida por algo de mal feito na sociedade ou para sociedade exemplo: a prisão de uma pessoa. E também o poder da pessoa ao ser presa ter o direito de ter um advogado e a própria assistência de sua família.

Direito à Imunidade, quando somente pessoas específicas podem exercer o poder e a norma, como por exemplo: em determinados casos só a polícia pode prender o cidadão, e também a pessoa quando é imune a qualquer tipo de privação, a não ser pela prisão em flagrante ou algo fundamentado por escrito, como o mandado assinado pelo juiz. Significa que as pessoas são imunes a certas privações sem que aja uma norma específica que tire tal

---

<sup>28</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

imunidade delas, que as prive do direito de ir e vir.

Podemos dizer também que os direitos humanos abrangem de uma forma geral como base para todas as constituições um conteúdo em comum o da universalidade, essencialidade, superioridade normativa e reciprocidade.<sup>29</sup>

Adeptos ao universalismo de que todos devem ser coniventes com os direitos humanos, pelo qual o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental e não pelos motivos de superioridade de casta de religiões com valores que infringem tal dignidade, a essencialidade no qual o ser humano possui valores fundamentais ao qual deve-se proteger de forma justa e digna, a superioridade, na qual se deve ter o devido entendimento de que muitas vezes tem de se seguir as regras e normas impostas pelo Estado para o melhor convívio na sociedade, e também não admitindo que o Estado interfira em direitos essenciais, a reciprocidade, a qual se valoriza o interesse de todos, no qual um direito contribui ao outro de forma harmoniosa e adequada à sociedade.<sup>30</sup>

Assim pode se concluir que os direitos humanos tentam abranger toda forma de igualdade, ponderando o interesse de toda coletividade sem nenhuma forma de distinção, dando suporte e garantias, assim se adequando com o tempo e com determinada sociedade, tentando garantir assim uma vida digna aos seres humanos de forma geral.

### **3.2 Uma breve história da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**

Após duas guerras mundiais horríveis que abalaram o mundo, de regimes totalitários e extremistas, como o massacre dos judeus, que foram considerados pertencente ao um povo inferior, como a bomba de Hiroshima

---

<sup>29</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>30</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

e Nagasaki na tentativa de extermínio contra pessoas inocentes, após inúmeros desastres nos quais citamos apenas alguns exemplos, os líderes políticos de seus respectivos países no ano de 1945 com o intuito de pacificação entre os povos criaram a ONU (Organização das Nações Unidas), com a intenção de assim promover um diálogo mundial para evitar uma terceira guerra mundial, tendo uma proposta de pacificação entre os povos e a promoção dos direitos naturais do homem, criaram em 1948 Declaração Universal dos Direitos humanos.<sup>31</sup>

A Declaração partiu de um grande acordo entre dois blocos mundiais, o bloco dos países capitalistas e o bloco dos países socialistas, no qual o primeiro defendia direitos civis e políticos e o segundo os direitos econômicos e sociais, cabe ressaltar que nesta época em que a guerra fria ainda estava pacata vindo a ser mais forte nas décadas seguintes, acarretando atritos mais fortes entre os países capitalistas e socialistas.<sup>32</sup>

Houve muitas divergências no caminho como no ano de 1966, quando foi proposto que os princípios éticos se transformassem em princípios jurídicos da Declaração de 1948, os blocos não tiveram um acordo pacífico entre eles, tendo então de ser criados dois pactos, o pacto dos direitos civis e políticos, o qual não foi recebido pelo bloco socialista e o pacto de direitos econômicos e sociais, o qual não foi acolhido pelos capitalistas, até os dias atuais pode-se dizer que não se chegou realmente a um verdadeiro acordo a respeito dos Direitos Fundamentais.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> TOSI, Giuseppe, **O Significado Histórico e o Alcance da Declaração universal de 1948**. 2009, Escola Judicial e de Administração Judiciária do Trabalho - 13º Região- PB. Curso: Liberdade, Igualdade e Fraternidade na Constituição dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi\\_liberdade\\_igualdade\\_fraternidade.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_liberdade_igualdade_fraternidade.pdf)> Acesso em: 30 jul.2016.

<sup>32</sup> TOSI, Giuseppe, **O Significado Histórico e o Alcance da Declaração universal de 1948**. 2009, Escola Judicial e de Administração Judiciária do Trabalho - 13º Região- PB. Curso: Liberdade, Igualdade e Fraternidade na Constituição dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi\\_liberdade\\_igualdade\\_fraternidade.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_liberdade_igualdade_fraternidade.pdf)> Acesso em: 30 jul.2016.

<sup>33</sup> TOSI, Giuseppe, **O Significado Histórico e o Alcance da Declaração universal de 1948**. 2009, Escola Judicial e de Administração Judiciária do Trabalho - 13º Região- PB. Curso: Liberdade, Igualdade e Fraternidade na Constituição dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi\\_liberdade\\_igualdade\\_fraternidade.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_liberdade_igualdade_fraternidade.pdf)>

Podemos afirmar que apesar de todos os problemas enfrentados, há uma declaração a qual deve ser respeitada e honrada pelos países que a assinaram, sendo um acordo importante para a humanidade, tendo ideais a serem atingidos, assim como descreve parte do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades, Analisando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Portanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, veio para afirmar que todo homem tem o Direito à liberdade e igualdade, conforme disposto em seu artigo primeiro de que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."<sup>34</sup>

---

> Acesso em: 30 jul.2016.

<sup>34</sup> ONU, **Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi\\_dudh\\_sigificado\\_1948.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_dudh_sigificado_1948.pdf)>. Acesso em: 04 jun 2016.

#### **4. UMA ANÁLISE DO UNIVERSALISMO E DO RELATIVISMO DOS DIREITOS HUMANOS**

A Segunda Guerra mundial trouxe consigo vários dilemas, sendo o principal o debate o sobre os direitos humanos enquanto universalizados e não mais como uma premissa governamental, no qual a partir desse momento o homem passou a ser considerado como sujeito internacional de direitos internacionais globalizados, exigindo assim que houvesse maior solidariedade e cooperação entre os povos.

Toda a campanha feita em torno dos direitos humanos veio compor a sua declaração, como já relatado acima, nos quais houve países signatários e países que se abstiveram, tendo tudo isso a finalidade de afirmar e promover os direitos humanos.

Mas a partir do ponto que se globalizou os direitos humanos começaram a surgir divergências, sendo que os países não signatários o fizeram em função de um conceito chamado Relativismo Cultural, o qual vai contra os princípios universalistas, como será explicado mais adiante.<sup>35</sup>

##### **4.1 O que é o universalismo e suas características**

O universalismo consiste na ideia de que os direitos humanos são inerentes a todos sem nenhuma distinção, possuindo um vínculo inquebrável com o direito internacional, pois o universalismo é em si os direitos humanos implementados pelos estados, afirmando-se assim que quando falado em igualdade a todos, estamos falando a nível mundial.<sup>36</sup>

O universalismo, ou melhor dizendo, os direitos universais não eram

---

<sup>35</sup> SILVA, M.F; PEREIRA, W.P. **Universalismo x Relativismo: Um Entrave Cultural AO Projeto de Humanização Social.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>>. Acesso em: 30 jul.2016.

<sup>36</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ofertados a todos os seres humanos até algumas décadas atrás, podemos citar como exemplo o direito de voto das mulheres que só foi conseguido durante as décadas de 1930 ou 1940, mas após grandes barbáries sofridas pelo governo nazistas e atentados como a bomba de Hiroshima e Nagasaki, ficou claro a necessidade de uma proteção mundial para a não violação do ser humano em todos os aspectos de sua vida.

O universalismo dos Direitos Humanos ao proteger o indivíduo, proporciona que tal proteção seja extensível a todos os seres humanos, a simples condição de ser apenas um ser humano já basta para a proteção universal dos seus direitos e da sua dignidade.

Para o universalismo, independentemente de onde o homem está inserido, de que sociedade ele se encontra, trará com ele seus valores éticos e morais sem que eles possam ser violados por motivo algum.

Temos dentro do conceito do universalismo três subdivisões:

O **universalismo radical**, o qual se tem que a única forma de existir é se embasando nas razões morais, no qual descaracteriza totalmente as influências culturais da natureza do homem, o que não seria relevante e imoral, não sendo considerado de forma algumas classificações culturais dentro do universalismo.

O **universalismo forte** afirma que a principal fonte do homem é sua moral, o fato de ser esta sua principal fonte de valores, não exclui a cultura que também serve de fundamento aos seus direitos. Direitos estes como já afirmado inerentes a situação de ser humano.

O **universalismo fraco**, é aceito tanto o valor intrínseco do homem a moral como também seus valores culturais perante a sociedade em que vive, adotando para si seus valores culturais como a única maneira de identificação, desde que sua cultura tenha um diálogo com outras culturas.

Logo, é importante ressaltar que há de se ter um certo cuidado com a concepção de universalismo radial e forte, para que assim não gere

novamente conservadores e imperialistas, tendo uma certa flexibilidade no entendimento dos direitos humanos universais, sem que haja necessidade de imposições forçadas, mas sim de um diálogo pacífico.<sup>37</sup>

Entretanto, o universalismo vem afirmar que seu ponto principal é a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, no qual se necessita de um mínimo de direitos essenciais para uma vida digna, de igualdade e liberdade a todos, sem distinção de raça, etnia, religião, opção sexual, cabendo ressaltar que o universalismo é contra qualquer prática cultural que viole o corpo e a dignidade do ser humano e que tais atos devem ser represados.<sup>38</sup>

#### **4.2 O que é o relativismo e suas características**

Pode-se afirmar que o Relativismo decorre de um sistema político, econômico, cultural, social e moral de acordo com cada sociedade, pois o relativismo se baseia no fato de que cada cultura tem sua própria formulação no que tange aos direitos fundamentais, de que há extremas ligações históricas e culturais de cada sociedade.

Seguindo o contexto nas palavras de Piovesan<sup>39</sup>:

Nesse mesmo sentido, acreditam os relativistas, que o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral.

Para os relativistas cada cultura tem sua peculiaridade, sendo, portanto, cada uma regida de forma diferente, sendo este o impedimento para que houvesse uma moral universal, pois para os adeptos relativistas seria impossível que

---

<sup>37</sup> SILVA, M.F; PEREIRA, W.P. **Universalismo x Relativismo:** Um Entrave Cultural AO Projeto de Humanização Social. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>>. Acesso em: 30 jul.2016.

<sup>38</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>39</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211.

tantas culturas com suas diferenças extremas se tornassem adaptáveis a um padrão único, e ressaltando também que para cada cultura há uma ótica de diferentes formas sobre a moral, podendo se dizer assim que não há como padronizar a moral em universal.

Podem ser visualizados os padrões culturais do ocidente e do oriente, a religião cristã e o hinduísmo e o islamismo, no que se referem aos direitos humanos, é gritante as diferentes formas de padrões de agir e de pensar.

Um exemplo fácil de visualizar seria a prática da mutilação feminina (clivagem clitoriana), prática totalmente repudiada pelo mundo ocidental, sendo considerado uma violação ao corpo humano, infringindo valores do ser humano na concepção universal, e sendo prática natural em certas culturas que devem ser respeitadas na concepção relativista.<sup>40</sup>

Uma das características mais fortes do relativismo seria a coletividade, assim como explana Piovesan "Na ótica relativista há o primado do coletivismo. Isto é, o ponto de partida é a coletividade, e o indivíduo é percebido como parte integrante da sociedade". O indivíduo é parte de uma coletividade que deve ser vista em primeiro plano, os interesses da coletividade se sobressaem sobre os interesses dos indivíduos.

Reafirmando que para os relativistas não há moral universal, porque a moral é algo relativo de sociedade para sociedade, e que a moral de cada uma é analisada pelas pessoas inseridas dentro de sua cultura, o que seria um ponto de vista de dentro para fora, exemplificando seria uma forma de que quem está dentro de sua própria cultura poderia definir o que é para si o conceito de moral, e que seria assim a concepção de moral.

Segundo a concepção de Flavia Piovesan há três formas de relativismo a radical, forte e a fraca, sendo a radical aquela que se baseia e fundamenta somente na concepção cultural tomando ela como a forma mais soberana de todas, a forte não coloca a regra cultural como única, mas sim como a

---

<sup>40</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

principal regente dos princípios morais na sociedade em que está inserida, e pôr fim a fraca, a qual se prega que a cultura pode sim ser uma grande fonte de regras e morais, mas não descarta outras fontes e formas.<sup>41</sup>

Fica claro que a visão relativista é de alguma forma individual, sendo ela enraizada em valores culturais éticos e morais existente de acordo com cada sociedade em que está inserida, pois cada sociedade impõe sua visão e seus valores de acordo com sua cultura, alegando que não há como transformar em universal algo que seria extremamente relativo, e que não há como transformar em universal diferentes formas de cultura em uma só cultura, portanto, o relativismo defende fielmente a coletividade em que o indivíduo está inserido, pensando portanto primeiro no seu coletivo depois no seu individual.

#### *4.2.1 Pontos a favor e pontos contra*

Como toda discussão em nossa vida possui dois lados, nessa também não há diferenças, no processo relativista a visão de exaltar a sociedade em que vive e priorizar a coletividade se torna aos olhos humanos talvez uma maneira fiel de seguir sua sociedade, pela cultura, crenças religião, se torna admirável até certo ponto pela fidelidade que as pessoas colocam no meio em que vivem, porém cabe ressaltar que nem tudo são flores. Existem incluso, teorias que defendem que o universalismo seria mascarar uma forma de dominação.

Para os pensadores universalistas, o relativismo seria uma forma de mascarar violações aos direitos humanos, violação à vida humana, justificando que tais atos seriam em nome da religião e da cultura e, portanto, estariam imunes ao "controle da comunidade internacional".<sup>42</sup>

Mesmo sendo admirável todo o texto dos direitos humanos por priorizar a

---

<sup>41</sup> DONNELLY *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

vida humana, defendendo sua dignidade; o que se pode dizer é que é um texto e uma forma de garantir o ser humano, porém para os relativistas o universalistas usam seus "Direitos Humanos" apenas para o que seria conveniente em favor da política e da economia, e que quando isso é mais importante, suas grandes frases e demagogias sobre os direitos humanos ficam em segundo plano, pois somente seria usado quando realmente fosse algo conveniente.<sup>43</sup>

#### *4.2.2 Os parâmetros multiculturais e religiosos*

Há de se pensar se homem nasce com sua moral dentro de si ou é influenciado pelo ambiente em que vive, seria mais coerente afirmar que o homem tem sua formação moral a partir do meio em que vive e deste ponto se tem o pressuposto que ele vai sendo influenciado pelo ambiente em que vive, se tornando parte de uma cultura e de uma religião.

Pelo pressuposto de que todos nós somos influenciados pela sociedade que vivemos, fazemos várias coisas em nome da nossa sociedade, pois somos educados de acordo com a mesma e nos parâmetros da mesma então, a real verdade do ser humano seria o ambiente que ele está inserido.

Um grande exemplo do que destacamos acima, é a vida no mundo mulçumano, nos quais os homens desta sociedade entregam a vida em nome de seus valores culturais e religiosos, o que pra nós ocidentais muitas vezes seria um ato de ódio ou considerar algumas vezes de heroísmo, para eles é tudo em nome da fé.

No mundo mulçumano todos os seus atos são em nome da fé em serventia a um Deus, a religião é o que os rege, diferente do mundo ocidental onde se pratica a laicidade no qual as pessoas são livres para escolher sua religião e até mesmo se querem seguir uma religião, religião e fé não seria o foco no

---

<sup>43</sup> DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

mundo ocidental, pois no ocidente o homem viria em primeiro lugar.<sup>44</sup>

Os mulçumanos encaram a universalidade dos direitos humanos como uma afronta que impõe a eles algo fora dos padrões de vida deles, que no caso seria a religião o qual fazem tudo em nome dela, na visão deles o ocidente quer impor algo forçado, e para os mulçumanos que são adeptos assíduos do sistema relativista e não abrem mão disso, é uma missão muito difícil impor-lhes direitos vindos do ocidente.

A cultura assim como a religião e a "fé" é um ponto muito forte na vida de pessoas de muitas sociedades, pois há grandes diferenças. Outro exemplo a ser citado seria a diferença da cultura ocidental da africana e da asiática, nas sociedades africanas quando se tem que tomar decisões a respeito da comunidade, o indivíduo vem em segundo plano, seus interesses individuais vêm sempre depois, as decisões sempre em primeiro plano favorecem o grupo todo em si, não só um único indivíduo. Nas sociedades asiáticas frente a todo seu desenvolvimento histórico, possuem valores culturais que divergem muito dos valores ocidentais em relação aos direitos humanos, pois seu contexto está enraizado em sua história milenar, não se enquadrando de forma completa nos direitos humanos universais.

Como já citamos acima sobre as desigualdades no mundo mulçumano, há também até hoje as questões sobre os casamentos arranjados, dotes em troca da noiva, são situações extremamente desafiadoras para a declaração universal dos Direitos Humanos, pois se trata de costumes extremamente enraizados nas regiões onde acontecem, onde é irrelevante os direitos humanos no homem e sua liberdade de escolha.<sup>45</sup>

É claro também que em muitas culturas, a inferioridade da mulher como "ser

---

<sup>44</sup> SILVA, M.F; PEREIRA, W.P. **Universalismo x Relativismo:** Um Entrave Cultural AO Projeto de Humanização Social. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>>. Acesso em: 30 jul.2016.

<sup>45</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

menor” que o homem, do poder de escolha da mulher em relação ao casamento por exemplo que não se pensa no seu individual, mas sim no interesse de suas famílias como mencionado no parágrafo anterior.

A questão sobre as etnias em determinadas culturas como na Índia, são fatores fortes que distinguem as pessoas por castas, que seria uma forma de selecionar seres humanos em grupos determinados, a exemplo na Índia, os dalits, que são considerados impuros e não dignos a ter uma casta e os brâmanes que pertencem a casta onde ficam os sábios, os professores o Deus Hindu e grandes sacerdotes.

Podemos citar também a questão cultural talvez a mais debatida no mundo atual, a cor, os Europeus por muito tempo afirmavam que os negros migrados da África não possuíam igual dignidade ao povo branco, sendo o motivo da escravidão por muito tempo, e desde os tempos antigos ao preconceito em relação a cor do ser humano, barreiras que até hoje em muitos lugares precisam ser quebradas.

Há de se pensar também até que ponto cabem os valores em nome da fé ou até mesmo do amor, será que ataques terroristas seriam mesmo válidos em nome da fé; até que ponto a fé pode chegar para justificar várias atitudes ao redor do mundo.

São inegáveis que a cultura e a fé em muitas regiões no mundo, são predominantes e tornam-se para elas irrelevantes para o homem respeitar uma declaração de direitos humanos, pois iria contra seus princípios culturais e sua fé, seria uma espécie de afronta contra o meio em que vive com seus costumes ao qual vive e convive.

A finalização título apresentado acima, foram de acordo com o texto de Igor França para o site da mente humana, o qual explanou bem os parâmetros multiculturais e religiosos, os quais nos faz refletir sobre muitos aspectos ao redor do mundo, sobre as sociedades, sobre como as pessoas que convivem nelas e como elas veem, deste parâmetro mais amplo sobre vários lugares do mundo se tornando mais fácil a compreensão dos contextos culturais e

religiosos.

## **5. A PACIFICAÇÃO E A TOLERÂNCIA ENTRE AMBOS (UNIVERSALISTAS E RELATIVISTAS)**

Talvez se chegarmos a um entendimento pacificador de ambas as partes relativistas e universalistas, possamos talvez chegar em um termo pacífico e tolerável, foi assim que após o atentado de 11 de setembro de 2011, que as nações unidas tiveram um pensamento mais forte em relação a um diálogo pacífico, organizando assim o “Diálogo entre as civilizações”, pois queria prevenir reações racistas e xenófobas crescessem em razão do terrorismo sofrido na época.<sup>46</sup>

Há de se ter um diálogo justo das duas partes, um interno ao qual deva se ver a posição cultural e a forma como ela vê a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e um diálogo externo que seja baseado em reciprocidade, para que diversos pensamentos possam interagir entre si.

Se trata de um trabalho árduo no qual deve se ouvir e analisar dois lados e dois pontos diferentes, mas é importante que um primeiro passo foi dado e assim saímos da estaca zero, será e sempre foi uma tarefa difícil, em nome da paz, da tolerância e da dignidade do homem, onde é o melhor caminho a ser seguido.

Como preceitua Bobbio “Na realidade trata-se de um conflito entre dois princípios morais: a moral da coerência, que me induz pôr minha verdade acima de tudo, e a moral do respeito ou da benevolência em face do outro.” E assim se pauta que deve haver respeito e diálogo para que se possa ter paz entre dois princípios morais diferentes.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito Constitucional; Direitos Humanos. A era dos direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

## **6. QUAIS OS LIMITES DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM FAVOR DA DEVOÇÃO À CULTURA E À RELIGIÃO**

Fazendo uma análise base dos direitos humanos, é possível ver que os mesmos não possuem nem oferecem símbolos ou qualquer tipo de rito, são considerados apenas como jurídico-normativos, que dão a livre escolha ao ser humano, a “liberdade”, para que aja de maneira correta na sociedade, não pautando sua vida somente em crenças e religiões.

Cabe-se ressaltar que os direitos humanos, desde os tempos mais antigos até os atuais não pertencem a uma única tradição cultural, mas sim algo político de diversas disputas, no qual tradições religiosas e culturais fizeram novas releituras aflorando assim diversas outras discussões.

Como relata o doutrinador Carvalho Ramos<sup>48</sup>:

Os direitos humanos e sua vocação universalista estão em nítida oposição à várias tradições religiosas e culturais nos dias de hoje, como já estiveram em outras tradições no passado, inclusive a tradição ocidental. Em solo Europeu, por exemplo, o reconhecimento de determinados direitos humanos obrigou a Igreja católica (tradição cristã ocidental) a rever suas posições tradicionais em relação à liberdade religiosa, a relação Estado-igreja, e, nos dias atuais, tem levado a reflexões sobre os direitos reprodutivos e planejamento familiar. O mesmo pode ser dito sobre algumas tradições no mundo mulçumano ou no sistema de castas indiano.

Como visto no trecho acima, não há como não acompanhar a evolução do mundo e talvez parar no tempo acerca dos assuntos e problemas da atualidade, por mais devota que seja a cultura e por seus preceitos religiosos, em determinados momentos é preciso rever suas posições tradicionais em relação à liberdade e religião.

Não é uma questão de se buscar um “Denominador Comum Mínimo” dos valores culturais e religiosos, que aceite certas condutas em nome de

---

<sup>48</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

tradições culturais ou religiosas que violem a dignidade da pessoa humana, mas uma questão de que as religiões e culturas sejam respeitadas perante sua liberdade, mas que ao mesmo tempo estejam envolvidas com os direitos iguais para todos, sem violar a dignidade da pessoa humana.

Há muitas vezes a possibilidade de se comparar a violação da dignidade do ser humano como um regime totalitarista, no qual as justificativas para todos os atos sejam em nome da cultura de seu povo, e com isso acaba-se tendo uma forma de coerção ao povo que vive em determinada comunidade, há pessoas que estão inseridas neste contexto que não se identificam com tais atos, mas acabam tendo que seguir conforme manda o costume por estarem envolvidos dentro dessa sociedade com regimento em determinada cultura.

Ramos<sup>49</sup> conclui a respeito deste assunto que:

O argumento cultural de relativização a universalidade dos Direitos Humanos somente podem ser aceitos como cláusula de salvaguarda, aqueles que assim desejarem exercer seus direitos de escolha, mas nunca para coagir outros a se submeterem a determinados comportamentos apenas por se tratar de "prática tradicional".

Portanto, é visto que em determinado ponto independente da cultura ou da religião a sociedade tem que se posicionar em certos assuntos que estão batendo na porta e mudar o seu ponto de vista, em determinados temas como vimos acima, e em relação à dignidade da pessoa humana é extremamente importante que se preserve a integridade física e moral do ser humano e que nenhuma prática que os infrinja seja justificada em nome da religião ou da cultura, e que o ser humano tenha seu livre-arbítrio do que ele quer ou não, do que ele aceita ou não, pois uns dos princípios que se lutou muito para que fossem alcançados, foi o princípio da liberdade.

---

<sup>49</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

## 6.1 A crítica universalista ao relativismo

Os universalistas acusam que as posições relativistas seriam uma forma de mascarar a violência ao corpo e a mente humana, em nome da cultura e da religião e que por se esconderem atrás da religião e da cultura estariam imunes ao controle da comunidade internacional.<sup>50</sup>

A grande luta contra os relativistas seria para evitar graves abusos contra a dignidade da pessoa humana, em nome da religião da moral ou da cultura. Os universalistas ao defenderem esse ponto vão de frente com um relativismo extremo, aqueles que violam a dignidade em nome de um Deus "Alla", usando métodos de violação como se fosse algo comum para a sociedade.

Apontam também os universalistas que na verdade não há só uma questão de se fazer algo em nome de uma cultura e sim de práticas que humilham, que defloram que oprimem a dignidade do homem, e que para essas pessoas que estão inseridas nesse modelo de sociedade, acabam encarando como se fosse algo normal, pois por somente vivenciarem esse tipo de ambiente, acabam achando normal.

Países como os muçulmanos ditam as regras de acordo com suas religiões e o cidadão que vive nessa sociedade acata tais decisões, como se fossem leis, pois os mesmo não tem livre-arbítrio para escolherem o que acham ou não errado, e por acharem que a situação em que vivem é algo normal, não possuindo muitas vezes noção do que seria o livre arbítrio, sem outra alternativa, e muitas vezes pelo medo da humilhação e de outros fatores degradantes, nem se questionam sobre a liberdade de escolha e de posição na sociedade em que está inserido.<sup>51</sup>

É importante frisar a figura da mulher nessas culturas, aos quais são submetidas a horrores na sociedade em que vivem, em nome da cultura e da

---

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>51</sup> SILVA, M.F; PEREIRA, W.P. **Universalismo x Relativismo: Um Entrave Cultural AO Projeto de Humanização Social**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>>. Acesso em: 30 jul.2016.

religião, podemos citar como exemplo Ayaan Hirsi Ali, umas das poucas mulheres a fugir e encarar o domínio do Islã, que ao ter um casamento arranjado por seu pai decidiu buscar refúgio no Ocidente por não ter outra opção.<sup>52</sup>

As mulheres nascidas nas famílias islâmicas não possuem voz para nada, são apenas criadas para casarem, quando estão em casa são de domínio do pai, quando casam são propriedade do marido, não podem desenvolver nenhum tipo de independência social ou se quer algum valor igual aos homens, são consideradas apenas submissas aos homens, e que por serem criadas nesses sistemas possuem um grande medo de enfrentar e ir contra isso, pois os castigos que podem vir a sofrer são desumanos.

Um exemplo de Ayaan Hirsi Ali de como é a criação na família mulçumana, no qual ela conta que a violência faz parte de sua criação e não foi pelo fato de ter uma família abusiva ou por ter uma escola rígida, mas sim porque para famílias mulçumanas é algo totalmente normal as crianças crescerem tendo a violência como meio de educação, sendo uma prática totalmente normal na comunidade muçulmana.<sup>53</sup>

É notável a mentalidade fechada de países aderentes ao relativismo, justificando atos de horror contra a vida do ser humanos em nome de "Alla" em nome da fé, e as pessoas que vivem nesses ambientes por medo da opressão da rejeição familiar acabam se calando e não lutando contra isso, o pouco relato que citamos acima sobre a mulher mulçumana é uma base do que a cultura mulçumana tida como exemplo faz, tudo em nome da religião e não respeita em nada a dignidade da vida humana, não dando o poder de escolha para que as pessoas tenham seus próprios caminhos e princípios, pois para eles a escolha é feita desde o nascimento em nome de "Alla".

Deste modo, para os universalistas não é admissível de forma alguma que o

---

<sup>52</sup> ALI, Hirsi Ali. **Nômade**. Do islã para a América. Trad. Augusto Pacheco Calil. São Paulo: Schwarz Ltda. 2010.

<sup>53</sup> ALI, Hirsi Ali. **Nômade**. Do islã para a América. Trad. Augusto Pacheco Calil. São Paulo: Schwarz Ltda. 2010.

relativismo cultural use seus preceitos para mascarar a violação dos direitos humanos universais, e que devem sim ser respeitadas crenças, culturas e religiões, mas desde que as mesmas respeitem a dignidade da vida humana.

## **6.2 A crítica relativista ao que é ou não oportunismo do universalismo**

Há vários posicionamentos sobre a visão relativista ao universalismo, no qual os adeptos ao relativismo julgam a visão universalista como sendo oportuna quando se há necessidade e esquecida quando se precisa, tais posicionamentos são de quem vivencia sua cultura local.

Os relativistas afirmam que a visão dos universalistas seria uma visão “antropocêntrica” do mundo e que a mesma não se encaixa em determinadas regiões com culturas diferentes, pois a criação dos direitos humanos foi feita no ocidente com uma visão ocidental sem que se analisasse que o mundo não era apenas focado para o ocidente e também que dentro do próprio ocidente há culturas que não se encaixam. O universalismo descontextualiza o homem na sua forma, ignorando que o que faz o homem são seus preceitos baseados no local onde vive na cultura em que está inserido juntamente com seus costumes e valores atrelados.<sup>54</sup>

De um ponto de vista político para que realmente fosse eficaz para todos, o universalismo, seria preciso um grande desenvolvimento econômico de todos os estados, pois países não desenvolvidos e subdesenvolvidos não possuem muitas vezes o poder e os padrões para que seja implementando os direitos humanos universais, na sua forma correta como explana a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Um dos pontos em que é criticado seria de que os universalistas usam este discurso de uma forma muito política em suas relações exteriores, e não da forma correta, o que seria na visão relativista algo que deveria ser

---

<sup>54</sup> PEIXOTO, ÉRICA DE SOUZA PESSANHA, Universalismo e Relativismo Cultural, **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VIII, Nº 10 - Junho de 2007.

desvinculado de interesses políticos e econômicos. Podemos apontar que o universalismo se pauta em direitos, o que diverge dos relativistas, que dentro de suas culturas e religiões como a tradição islâmica, a exemplo se pautam em seus deveres.

Em alguns momentos o universalismo esquece que o dever é algo atrelado aos direitos e uma das maiores consequências disso para o ocidente e seu universalismo foi a degradação da natureza do continente, de que há o direito de se explorar a natureza mas não se é cobrado o dever de preservá-la, visando assim somente uma visão econômica de interesses e deixando de lado grandes responsabilidades.

Para os universalistas o homem seria a maior autoridade espiritual de si mesmo e que pautado na liberdade que se prega, ele seria o centro de tudo, gerando assim sua soberba e ganância sobre o mundo, pois os direitos humanos não tratam questões metafísicas de quem por exemplo segue o corão "Bíblia Mulçumana" o qual não analisam nenhuma forma de atitude ou vivência do ser humano, sem em primeiro lugar explicar a ligação com o mundo espiritual que na visão mulçumana relativista as explicações para todos os fatores de vida do homem são teológicas e para os universalistas as explicações são antropocêntricas no qual o homem é o centro de tudo.<sup>55</sup>

Não há um encaixe de muitas culturas dentro da declaração de direitos universais; uma prova disso é a abstenção de aproximadamente 51 países que não assinaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>56</sup>, fazendo-se prova que a declaração não se encaixa em várias culturas no mundo e talvez ela por ter uma visão do mundo totalmente ocidental não seja da mesma forma vista por países e lugares de outros continentes, que possuem raízes desde seus primórdios de uma forma de visão do mundo totalmente diferente da visão ocidental, não se encaixando dentro da

---

<sup>55</sup> PEIXOTO, ÉRICA DE SOUZA PESSANHA, Universalismo e Relativismo Cultural, **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VIII, Nº 10 - Junho de 2007.

<sup>56</sup> ONU, **Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi\\_dudh\\_sigificado\\_1948.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_dudh_sigificado_1948.pdf)>. Acesso em: 04 jun 2016.

declaração universal dos direitos humanos.<sup>57</sup>

Os relativistas colocam que como podem por muitas vezes os universalistas se dizerem justos e defenderem tanto a dignidade do homem e sua moral e ser contra violações da mesma, se por muitas vezes deixam isso de lado, se perguntam os relativistas de uma forma irônica a exemplo a guerra do Iraque ao qual houve o ataque americano, porque neste momento não se pensou nos direitos humanos, os interesses políticos econômicos se sobressaem aos valores do homem? Pois bem, para os relativistas quando pensadores universalistas afirmam que os direitos humanos são direitos inalienáveis não passam de meros discursos prontos.

### **6.3 A margem de apreciação e o Universalismo**

A tese da margem da apreciação é pautada na “subsidiariedade” da jurisdição internacional que alega que problemas com restrições ou direitos protegidos devem ser resolvidos por um tribunal nacional, sem o envolvimento de tribunais internacionais.<sup>58</sup>

Sendo assim, o próprio tribunal nacional resolveria os atritos de seus estados sem intervenção internacional, mas claro tendo seus limites e restrições impostas, não ferindo em momento algum a dignidade da pessoa humana.

O Doutrinador Carvalho Ramos<sup>59</sup> dá como exemplo o primeiro caso de margem de apreciação, que ocorreu no Reino Unido, no qual houve um confisco de exemplares de livros que continham conteúdo considerados obscenos, neste caso a Corte Europeia utilizou-se da teoria da margem da apreciação, que afirmava que somente a comunidade britânica analisando

---

<sup>57</sup> PEIXOTO, ÉRICA DE SOUZA PESSANHA, Universalismo e Relativismo Cultural, **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VIII, Nº 10 - Junho de 2007.

<sup>58</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>59</sup> RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

seus valores e morais poderiam dizer se o livro era ou não adequado e se podia ter sua vinculação liberada no país, portanto é visto nesse caso que a margem de apreciação deve ser pautada não só nos costumes e valores morais; ela também deve levar em conta os valores econômicos e políticos, e assim sendo ampla em vários os sentidos para que não haja atritos e seja feita de maneira justa.

Existe também críticas a margem de apreciação, o qual a linha entre ela e o relativismo seria bem pequena, então o cuidado com a margem deveria ser redobrado pois se trata de uma linha muito tênue, e que isso não fosse usado como algo que infringe direitos fundamentais ou que se justifica violações ao ser humano pautado em religião e cultura.

Como o exemplo já citado acima do Reino Unido existem vários outros na união Europeia, no qual se pode ver que mesmo os Estados sendo democráticos e adeptos aos direitos humanos, também possuem violações em especial com as minorias, há muita confiança entre a margem de apreciação e os Estados Europeus sendo eles todos adeptos dos direitos humanos e democráticos, o que traz o questionamento de que mesmo esses estados sendo defensores de direitos humanos e democráticos, ocorrem violações com a margem de apreciação, imagine aqueles sem democracia e sem respeito pelos direitos humanos, como eles usariam a margem de apreciação? Seria de forma justa? Seria justo deixá-los com esse livre-arbítrio?

A teoria da margem de apreciação talvez não funcione bem em se tratando de maiorias com minorias, mas talvez em caso que envolvam todo o estado seria a melhor maneira de se resolverem conflitos.

É importante que haja sim a supervisão internacional, mas é realmente interessante que se dê espaço para margem da apreciação, que sendo respeitada a dignidade da pessoa humana e sendo respeitado maiorias e minorias de forma justa, e de forma útil resolvendo principalmente problemas que envolvam toda a população do estado.

#### **6.4 A afirmação do Universalismo e um diálogo intercultural**

Diante de todo o contexto que foi abordado até aqui, fica claro que não há como não reafirmar os direitos universais como sendo imprescindíveis aos direitos humanos e mesmo sendo um grande desafio, é muito importante que se busque um diálogo intercultural para que se encontre assim uma forma de equilíbrio.

Um dos grandes desafios da atualidade para os direitos humanos universais é que os próprios seres humanos saibam equilibrar o idêntico e o diferente, colocando-os no mesmo patamar de equilíbrio e respeito, e reconheçamos nossas diferenças de maneira positiva e assim tentando dialogar com as dificuldades para que se chegue a uma solução justa e respeitosa, é preciso que se pense de maneira equilibrada tanto no coletivo como no particular.

O diálogo intercultural é algo de extrema importância, mas é preciso ressaltarmos que não se pode esquecer de declarar direitos, pois sem eles o indivíduo se torna frágil nas mãos de quem possui mais poder, melhor exemplificando sem eles a minoria se torna oprimida e vulnerável.

É importante que se reconheça que ao ser humano não deve ser negado nenhum direito fundamental, por qualquer que seja a força é importante que se entenda que nenhuma organização tem o direito de infringir esses direitos, é, portanto, um dos lemas do universalismo, barrar, para que isso não aconteça.

O universalismo não tem a intenção de desconstituir religiões ou culturas, mas sim estabelecer um parâmetro socialmente aceito por todos sem infringir ou desrespeitar religiões e culturas. É importante ressaltar que esses argumentos não trazem a intenção como os relativistas veem de imperialismo do ocidente, pois o mero fato dos direitos humanos terem nascido no mundo ocidental, já demonstra que o problema foi visualizado de dentro para fora.

É importante ressaltar que um dos principais pontos que os direitos humanos defendem na atualidade é o diálogo intercultural, e mostra que os direitos

humanos não veem como forma apenas de modificar tradições somente fora do ocidente, mas que veem de uma forma ampla, abrangendo todos os continentes do planeta, e que o diálogo que buscamos são para todos, não somente para fora mas de uma forma geral, o que se tenta trazer é o universalismo de respeito que chama o diálogo e não que o afasta.

Muitas vezes as críticas ao relativismo não parte dos universalistas, mas sim das próprias pessoas que estão inseridas no sistema relativista, não aceitando e não se submetendo ao que lhe são impostos, então pode se ver que muitas vezes as críticas veem de dentro para fora, e muitas vezes pessoas se calam por serem oprimidas pela sociedade em que vivem e não por concordarem com a mesma.<sup>60</sup>

É visto então que tais divergências nos contextos sociais, culturais e religiosos entre outros, é necessário que se proteja o ser humano, que evite que sua dignidade seja violada pelo meio em que vive, e que seja respeitada sua vontade como pessoa e não que seja obrigado a fazer o que a coletividade faz, que tenha vontade própria e respeito.

Destarte, ainda há um longo caminho pela frente, de muito diálogo e principalmente respeito pelo próximo, e o universalismo vem em busca disso, em busca de que todos os estados adquiram essa ideia de maneira formal, e que sejam esses os objetivos da sociedade internacional de abranger cada vez mais povos, para que se possa haver cada vez mais diálogo e respeito ao ser humano e menos violência e desrespeito.<sup>61</sup>

## **6.5 O respeito à dignidade da pessoa humana**

Podemos alegar que a dignidade da pessoa humana seria uma qualidade garantida para todos e tida pela maioria, sendo inerente a todo ser humano,

---

<sup>60</sup> PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha, Universalismo e Relativismo Cultural, **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VIII, Nº 10 - Junho de 2007.

<sup>61</sup> PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha, Universalismo e Relativismo Cultural, **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VIII, Nº 10 - Junho de 2007.

pois a dignidade se trata de algo vivenciado no seu dia a dia, e não se encontra mais dificuldades em detectar violações à dignidade da pessoa humana.

Sendo uma qualidade inerente ao ser humano ela não pode ser alienável de forma alguma, então não há como o ser humano se propor em abrir mão da sua dignidade por se tratar de algo irrenunciável, e tal condição deve ser protegida e respeitada.

Na concepção de Sarlet<sup>62</sup>, não há como também apresentar a dignidade da pessoa humana desligada de sua sociedade, pois se trata de algo que está ligado, o traz a concepção de que a dignidade da pessoa humana possa ter definições diferentes de vários pontos de vistas.

Cabe ressaltar que independente de pontos de vistas de diferentes sociedades a dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer quando o indivíduo é rebaixado a objeto, sendo tratado como uma coisa, e não como ser humano, portanto toda vez que o ser humano for descaracterizado como um ser possuidor de direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana deve intervir.

Para finalizar este contexto, é importante ressaltar que independente de crenças, religiões e culturas no mundo a vida humana deve ser respeitada e protegida, pois o ser humano sendo um ser de direitos não pode ter sua vida violada como se não significasse nada, deve-se pensar na dignidade do ser humano como um ser que merece respeito em todos os aspectos.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Pessoa Humana: Construindo Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, RBDC n.9, p. 01-28, jan/jun.2007.

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Pessoa Humana: Construindo Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, RBDC n.9, p. 01-28, jan/jun.2007.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos humanos e suas divergências entre o universalismo e relativismo percorrem todo um caminho através da história, até que se firmassem pontos contra e pontos a favor do tema, desde os primórdios veio tendo uma mudança, ou melhor dizendo uma evolução, trazendo novos rompimentos, novas formas e olhares diferentes sobre os direitos humanos.

Ao fazer toda essa análise dos direitos humanos, foi possível constatar que os direitos humanos são indefiníveis, melhor dizendo sem um conceito concreto, pois há vários pensamentos que divergem de qual seria seu conceito correto, o mais coerente a se dizer é que foram criados para garantir uma vida digna ao ser humano.

Como grande parte deste trabalho resumiu-se a história dos direitos humanos, cabendo frisar que o ponto mais importante na história que trouxe grande parte da discussão entre universalistas e relativistas, foi a declaração dos direitos humanos de 1948, que originou várias garantias aos seres humanos, priorizando sua dignidade, mas trazendo consigo conflitos, pois apesar de vários países terem aderido, houve alguns que se recusaram a aderir a declaração.

O universalismo e o relativismo ponto principal deste trabalho, traz pontos de vistas opostos, de um universalismo que propõe direitos universais para todos sem distinção, sendo contra qualquer tipo de violação ao ser humano e um relativismo que propõe que cada sociedade é capaz de saber quais são seus direitos e suas prioridades.

No pensamento universalista o qual já foi abordado, ressalta-se que o foco principal é preservar a dignidade humana, e por esse motivo que os universalistas criticam os relativistas, pois algumas culturas violam o corpo humano em nome de crenças e religiões, o que para os universalistas seria inaceitável.

No pensamento relativista a crítica é de que o universalismo seria usado

apenas em momentos apropriados e de interesse político e que quando os interesses políticos são maiores, os direitos humanos universais se tornam irrelevantes e podem ser passados por cima.

Frisando também um ponto muito importante neste trabalho, é sobre como a mulher é vista em algumas sociedades relativistas, sendo um ser humano muito desvalorizado e tratado como objeto, tornando impossível não se pender para o lado universalista, pois é inadmissível que em pleno século XXI em que a mulher cada vez mais tem espaço na sociedade, mostrando que tem o mesmo potencial dos homens, seja mercadoria em muitas sociedades. A mulher como qualquer outro ser humano deve ter respeitado seu direito de escolha sem represálias.

Conclui-se que, independentemente de qualquer religião ou cultura ou interesse político, deve ser respeitada a dignidade humana, o ser humano deve ter seu direito de escolha e a cultura e a religião em que vive não deve impor nada forçado. Os seres humanos são seres livres e assim devem continuar, sem que para que estejam inseridos em qualquer sociedade precisem se submeter a atos que violem seus corpos

Por fim, não se pode deixar de lado a dignidade do ser humano independente do sexo, devendo ser respeitado e valorizado, devendo ter direitos e deveres sem violações ao seu corpo ou a sua mente, os direitos humanos trazem consigo todos os princípios que protegem isso e assim devem continuar e cada vez mais caminhando para que isso melhore e não regreda, a vida humana vale muito e deve ser respeitada.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ALI, Hirsi Ali. **Nômade**. Do islã para a América. Trad. Augusto Pacheco Calil. São Paulo: Schwarz Ltda. 2010.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Versão de Padre Antônio Maria. 12. ed. Rio de Janeiro: Ave Maria, 1980. 1240 p. Edição ecumênica.

BOBBIO, Norberto. **Direito Constitucional; Direitos Humanos. A era dos direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Bruno Smolarek, **Direitos Humanos e Sua Efetivação**. Cascavel: Smolarek Arquitetura, 2009.

FRANÇA, Igor. **O Mundo e Sua Diversidade Cultural**. Disponível em: <<https://namentehumana.wordpress.com/2012/12/23/o-mundo-e-sua-diversidade-cultural/>>. Acesso em: 30 jul.2016.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi\\_dudh\\_sigificado\\_1948.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_dudh_sigificado_1948.pdf)>. Acesso em: 04 jun 2016.

PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha, Universalismo e Relativismo Cultural, **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VIII, Nº 10 - Junho de 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Pessoa Humana: Construindo Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, RBDC n.9, p. 01-28, jan/jun.2007.

SILVA, M.F; PEREIRA, W.P. **Universalismo x Relativismo: Um Entrave Cultural AO Projeto de Humanização Social**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>>. Acesso em: 30 jul.2016.

TOSI, Giuseppe, **O Significado Histórico e o Alcance da Declaração universal de 1948**. 2009, Escola Judicial e de Administração Judiciária do Trabalho - 13º Região- PB. Curso: Liberdade, Igualdade e Fraternidade na Constituição dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi\\_liberdade\\_igualdade\\_fraternidade.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_liberdade_igualdade_fraternidade.pdf)> Acesso em: 30 jul.2016.

VIENA, **Declaração de 1993**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 22/06/2016.