

ESTUDOS SOBRE DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE

2ª EDIÇÃO
VOLUME 2

AUTORES

Airto Chaves Junior
Ana Clara Brandelli Alves dos Santos
Bárbara Feijó Ribeiro
Cleide Calgare
Débora Bós e Silva
Gilson Jacobsen
Guilherme Rigo Berndsen
Janine Hillesheim
Josemar Sidinei Soares
Marcelo Buzaglo Dantas
Marco Augusto Ghisi Machado
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Márcio Ricardo Staffen
Maykon Fagundes Machado
Michelle Giron da Cabrera
Pablo Milanese
Paulo Antonio Locatelli
Regiane Nistler
Thiago Aguiar de Pádua

REGIANE NISTLER
MAYKON FAGUNDES MACHADO
ORGANIZADORES



**ESTUDOS
SOBRE DIREITO,
GLOBALIZAÇÃO E
SUSTENTABILIDADE**

2 Ed.

Volume 2





Conselho Editorial

Dra. Janaína Rigo Santin

Dr. Edison Alencar Casagrande

Dr. Sérgio Fernandes Aquino

Dra. Cecília Maria Pinto Pires

Dra. Ironita Policarpo Machado

Dra. Gizele Zanotto

Dr. Victor Machado Reis

Dr. Wilson Engelmann

Dr. Antonio Manuel de Almeida Pereira

Dr. Eduardo Borba Neves

Editora Deviant LTDA

Rua Clementina Rossi, 585.

Erechim-RS / CEP: 99704-094

www.editoradeviant.com.br



Regiane Nistler
Maykon Fagundes Machado
(Organizadores)

ESTUDOS SOBRE DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE

AUTORES

Airto Chaves Junior	Marco Augusto Ghisi Machado
Ana Clara Brandelli Alves dos Santos	Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Bárbara Feijó Ribeiro	Márcio Ricardo Staffen
Cleide Calgaro	Maykon Fagundes Machado
Débora Bós e Silva	Michelle Gironda Cabrera
Gilson Jacobsen	Pablo Milanese
Guilherme Rigo Berndsen	Paulo Antonio Locatelli
Janine Hillesheim	Regiane Nistler
Josemar Sidinei Soares	Thiago Aguiar de Pádua
Marcelo Buzaglo Dantas	



Editora Deviant
2021

Copyright © Editora Deviant LTDA

Categoria: Direito

Produção Editorial
Editora Deviant LTDA

Todos os Direitos Reservados

ISBN
978-65-89033-07-3

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

N727 Nistler, Regiane.

Estudos sobre Direito, Globalização e Sustentabilidade.
Ed. 2 Volume 2. / Regiane Nistler, Maykon Fagundes Machado - Erechim: Deviant, 2021.

223 p. 23 cm.

ISBN: 978-65-89033-07-3

1. Direito. I. Título.

CDD 340

SUMÁRIO

I	SUBVERTENDO A DEMOCRACIA: O ARTIGO 142 DA CRFB/88 E O LUGAR DEMARCADO PARA AS FORÇAS ARMADAS NA CULTURA DEMOCRÁTICA BRASILEIRA	9
	Airto Chaves Junior Thiago Aguiar de Pádua	
	1. INTRODUÇÃO	10
	2. O CONTEXTO: A FRAGILIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA.....	11
	3. A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DE 1891 ATÉ 1988.....	13
	4. PODER MODERADOR: “O FANTASMA” QUE RONDA O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....	24
	5. O SENTIDO E O ALCANCE DO ART. 142 DA CRFB/88.....	29
	6. CONCLUSÕES	33
	REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	34
II	A SUPRESSÃO DA SINGULARIDADE HUMANA NO AMBIENTE DE COLETIVIZAÇÃO CONTEMPORÂNEO	39
	Michelle Giron da Cabrera Bárbara Feijó Ribeiro	
	INTRODUÇÃO	40
	1. REFLEXÕES SOBRE UMA ONTOLOGIA DA LIBERDADE.....	41
	2. A MASSIFICAÇÃO DO PENSAMENTO ENQUANTO RUPTURA COM A LIBERDADE.....	46
	3. (RE)CONSTRUIR IDENTIDADES: O CASO DOS APÁTRIDAS E DAS DISPLACED PERSONS	50
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
	REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	58
III	ACESSO A VACINA DA COVID-19 COMO PROBLEMA TRANSNACIONAL	61
	Janine Hillesheim Márcio Ricardo Staffen	
	INTRODUÇÃO	62
	ACESSO A VACINA DA COVID-19 COMO PROBLEMA TRANSNACIONAL.	63
	ACESSO A VACINA DA COVID-19 COMO PROBLEMA TRANSNACIONAL	68

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	75

IV **IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL: DESAFIOS À JURISDIÇÃO** **79**

Pablo Milanese
Gilson Jacobsen

INTRODUÇÃO	80
1. ORIGEM DA GLOBALIZAÇÃO	81
2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA GLOBALIZAÇÃO	83
3. DIREITO PENAL CLÁSSICO OU LIBERAL	86
4. DIREITO PENAL DA GLOBALIZAÇÃO	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	93

V **A SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ONTOLÓGICA ENTRE O HOMEM E A NATUREZA COMO DESAFIO ÉTICO NO ENFRENTAMENTO DA CRISE ECOLÓGICA GLOBAL** **97**

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Josemar Sidinei Soares

INTRODUÇÃO	98
1. AS ORIGENS DA DISTINÇÃO HOMEM-NATUREZA.....	100
2. A DOMINAÇÃO DA NATUREZA E O SURGIMENTO DO “MUNDO HUMANO”	103
3. O PROBLEMA DO ANTROPOCENTRISMO CULTURAL	105
4. CRISE ECOLÓGICA: UM DESAFIO ÉTICO E ONTOLÓGICO	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS	114

VI **O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COMO UM NOVO PARADIGMA PARA A GARANTIA DA SUSTENTABILIDADE E PARA O ENFRENTAMENTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS** **117**

Ana Clara Brandelli Alves dos Santos
Débora Bós e Silva
Cleide Calgaro

INTRODUÇÃO	118
------------------	-----

1. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E MEIO AMBIENTE: O NOVO PARADIGMA ECOCÊNTRICO.....	120
2. A PROBLEMÁTICA DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS EM FACE DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	125
3. SUSTENTABILIDADE E CONSUMO	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	135

VII O DIÁLOGO DAS FONTES LEGISLATIVAS E A SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES 139

Paulo Antonio Locatelli

INTRODUÇÃO	140
1. A SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES	140
2. A SUSTENTABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	145
3. A SUSTENTABILIDADE NA LEI N. 13.465/17 (LEI DA REURB)	151
4. A SUSTENTABILIDADE NO ESTATUTO DA CIDADE	153
5. A SUSTENTABILIDADE NA POLÍTICA NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA	154
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	155
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	156

VIII O CONSTITUCIONALISMO E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO SERVIÇO MILITAR 161

Marco Augusto Ghisi Machado

Regiane Nistler

Maykon Fagundes Machado

INTRODUÇÃO	162
1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	164
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	166
3. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	168
4. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA	172
5. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO SERVIÇO MILITAR	175
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	181
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	182

IX O DESENVOLVIMENTO URBANÍSTICO SOB
INTERCONEXÃO DO DIREITO À CIDADE
SUSTENTÁVEL NO BRASIL E NA ESPANHA 185

Marcelo Buzaglo Dantas
Guilherme Rigo Berndsen

INTRODUÇÃO	186
1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO URBANISMO BRASILEIRO E O MOMENTO ATUAL	187
2. A SITUAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO URBANISMO ESPANHOL.....	190
3. DIREITO AO URBANISMO E A CIDADE SUSTENTÁVEL NO BRASIL E NA ESPANHA.....	192
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	195
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	196

X REGRAS DOS CONDOMÍNIOS E A JURISPRUDÊNCIA
DO STJ: O QUE (NÃO) PODE A PARTIR DE CASOS
CONCRETOS 199

Regiane Nistler
Maykon Fagundes Machado

INTRODUÇÃO	200
1. ANIMAIS EM CASA.....	201
2. CONDÔMINO INADIMPLENTE.	206
3. MUDANÇA NA FACHADA.....	220
4. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO.....	223
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	231
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	232

Capítulo 1

SUBVERTENDO A DEMOCRACIA: O ARTIGO 142 DA CRFB/88 E O LUGAR DEMARCADO PARA AS FORÇAS ARMADAS NA CULTURA DEMOCRÁTICA BRASILEIRA¹

Airto Chaves Junior²
Thiago Aguiar de Pádua³

Resumo: A pesquisa apresenta uma reflexão acerca da interpretação que se pretende dar ao art. 142 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Há uma crença de que o dispositivo constitucional, supostamente, permite que as Forças Armadas exerçam uma espécie de “quarto poder” na forma de “poder neutro” ou “poder moderador”. Diante disso, o estudo procura demarcar as Forças Armadas na Cultura Democrática e no âmbito do Poder Executivo, pelo que, devem elas respeitar a separação de poderes, o Estado de Direito e a Constituição da República. Para tanto, o texto se utiliza do método indutivo de revisão de literatura com aspectos indutivos relacionados à interpretação (hermenêutica)

¹ A investigação se insere na linha de pesquisa “Principiologia Constitucional e Política do Direito” da área de concentração denominada “Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e da linha de pesquisa “Constitucionalismo e Processo” de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal.

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação e Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Univali. Advogado Criminalista. Endereço: Rua Antônio Manoel Moreira, 52, Bairro Fazenda, Itajaí/SC, CEP: 88.301-640. Fones: (47) 3348-5234; (47) 991149968. E-mail: oduno@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7312645313945191>. Orcid: 0000-0003-3016-5618

³ Doutor e Mestre em Direito (UniCEUB). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal. Membro do Centro de Estudos Constitucionais – CBEC. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM – Associação Nacional da Advocacia Criminal. Advogado. Endereço: CLSW 105, Bloco B, Sala 136, Edifício Platinum Mall, Setor Sudoeste, Brasília/DF, CEP: 70.670-432. Fones: (61) 98198-3807. E-mail: thiago.padua@udf.edu.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3028359492754395>. Orcid: 0000-0003-2229-2975.

do contexto histórico brasileiro. Ao final, conclui-se que não há lugar para uma interpretação no sentido de que as Forças Armadas do Brasil podem figurar como um poder “neutro” ou “moderador” no campo Constitucional Brasileiro.

Palavras-chaves: Democracia. Constituição da República Federativa do Brasil. Forças Armadas. Art. 142. Poder Moderador.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre um dos principais problemas da Democracia Constitucional Brasileira. O Partido Democrático Trabalhista ajuizou Ação Constitucional por meio da ADI nº. 6.457, em petição elaborada pelo jurista Lucas de Castro Rivas, porque um terrível fantasma político rondava, mais uma vez, a arena constitucional brasileira.

Em sua petição, com base na excessiva discricionariedade política e no pano de fundo de nossa tragédia histórica de desrespeito à democracia aliada à necessidade de limitar os poderes do Presidente da República, menciona:

É um grande perigo mesmo para democracias de longa duração. Nos Estados Unidos, esse tipo de amplitude conceitual da autoridade do presidente sobre as Forças Armadas - lá, comandante-em-chefe - serviu de subterfúgio legal para reter até a lei criminal, apoiando graves violações de direitos humanos, campos de concentração para japoneses até, mais recentemente, tortura.

O referido caso em julgamento versava exatamente da interpretação do extremamente problemático artigo 142 da Constituição da República Federativa do Brasil. Diante disso, a presente pesquisa pretende realizar uma análise desse dispositivo constitucional para refletir sobre sua historicidade e, a partir daí, apontar problemas mais complexos de sua vigência.

É que existe uma crença no seio cultural e jurídico de que, ao lado dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, as Forças Armadas exercem uma espécie de “quarto poder” na forma de “poder neutro” ou “poder moderador” da República, fórmula que, mui frequentemente é apresentada em tempos de crises. No entanto, apreciação mais atenta não parece permitir referido diagnóstico.

O estudo se utiliza do método indutivo de revisão de literatura com aspectos indutivos relacionados à interpretação (hermenêutica) do contexto histórico brasileiro e demonstra a fragilidade da Cultura Democrática Brasileira e o latente desrespeito às regras do jogo no cerne do Constitucionalismo.

2. O CONTEXTO: A FRAGILIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

Crises são difíceis de prever, mas suas consequências políticas não são. Elas facilitam a concentração e, com bastante frequência, o abuso de poder.⁴ Talvez a demonstração razoável da fragilidade da Democracia Constitucional Brasileira se encontre no fato de que se verificam muitas rupturas e poucos períodos de normalidade. Não há, propriamente, períodos alinhados aquilo que se entende por Democracia.

O momento atual, ao final deste primeiro quarto do século XXI, já em 2021, leva a reflexões que demandam mais do que preocupações abstratas. Datado de 2001 e, portanto, precisando ser muito pouco complementado, observam-se argutas reflexões históricas do cientista político Octaciano Nogueira⁵:

O Brasil, do descobrimento à independência, viveu trezentos e vinte e dois anos sem democracia, sem voto e sem Parlamento, embora não lhe faltassem muitos e variados governos. Depois de 1822, passamos a ter voto, Parlamento e governo, mas não chegamos a ter democracia, tal como a conhecemos hoje, pelo menos até 1934. Somados, são quatrocentos e trinta e quatro de nossos mal celebrados quinhentos anos. Um sinal de como é nova e precária a democracia entre nós. Nesses sessenta e sete anos [em 2020, 86] 6, mal começamos a construí-la, e ainda não acabamos de aprimorá-la. Nem todos foram anos de democracia: vinte e oito deles foram de ditaduras, civil, de 1937 a 1945, e militar, de 1964 a 1984. O Congresso foi dissolvido duas vezes, em 1930 e em 1937, e fechado temporariamente em três ocasiões: 1966 (ato complementar 23), 1968-69 (ato complementar 38) e 1977 (ato complementar 102). A dissolução dos partidos ocorreu três vezes, em 1930, 1937 e 1965. Dos vinte e dois presidentes que ocuparam a presidência, de 1926 até

4 LEVITSKI, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 95.

5 Conforme: NOGUEIRA, Octaciano. A Democracia que Terminou em Tragédia (prólogo), *In: A Constituinte de 1946*: Getúlio, o Sujeito Oculto. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. xiii-xiv.

6 Informação de atualização, sem o destaque e nem constante do original.

2003, só três, com exceção dos generais da ditadura, concluíram seus mandatos: Dutra, Juscelino e Fernando Henrique Cardoso, que será o primeiro, em todo o período, a receber a faixa de seu antecessor escolhido por eleição direta e passa-la a um sucessor investido das mesmas condições. Entre esses vinte e dois governantes, houve um suicídio e duas renúncias. Quatro foram depostos, um morreu durante o mandato e outro, antes da posse. Tivemos uma revolução, quatro golpes de Estado, quatro tentativas de golpe e três rebeliões. Entre os generais da ditadura militar, nenhum exerceu um mandato com a mesma duração dos demais. Costa e Silva permaneceu no poder dois anos, Castelo, três, Médici, quatro, Geisel, cinco e Figueiredo, seis.

Ou seja, trata-se de uma Democracia extremamente fragilizada, com tradição de hipertrofia do Poder Executivo, com diversos golpes de Estado, fechamento do Congresso Nacional, dissolução das instituições, afastamento de servidores públicos e, até mesmo, de Ministros do Supremo Tribunal Federal em 3 períodos distintos (1864, 1931 e 1968), num total de 15 juízes afastados. E isso tudo torna mais do que reprováveis quaisquer apologias a rupturas institucionais, celebração de golpes de Estado e manifestações que reivindicam o fechamento do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional.

A instalação da Constituinte, em fevereiro de 1987, bem como a sua finalização em 5 de outubro de 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil representa um relevante marco histórico, para além de suas duas “certidões de nascimento” (os discursos de José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal na abertura da constituinte, e de Ulysses Guimarães, Deputado e Presidente da Assembleia Nacional Constituinte).

Enquanto o primeiro dizia em 1987 que a Constituição a ser elaborada seria um instrumento que cuidaria de implementar mecanismos de superação das crises (política, econômica e social – pois não poderia, por si só, matar a fome e a sede das pessoas), Ulysses Guimarães sustentava que a Constituição cidadã, que surgiria para implementar a cidadania dos brasileiros.

A CRFB/88, no entanto, longe da perfeição almejada ou do pragmatismo esperado, espelha os defeitos e as virtudes humanas dentro de uma verdadeira aura de humanismo (fraternidade) que representa sua alma, decorrente da necessidade de convivência pacífica, humanista e harmônica. Longe dos polos e dos extremos que caracterizam a mera política, revela-se aqui a clara mensagem perceptível desde o Preâmbulo até o último dos artigos do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias: Democracia e República, dignidade de todos, sem distinção de qualquer natureza.

Para cada problema possível, uma resposta dentro dos estritos marcos do concretizado sonho constitucional. Para cada resposta não prevista, a confissão de sua incompletude, numa mensagem de humildade presente na admissão de sua própria mudança por meio do mecanismo da Emenda Constitucional, balizada pelas limitações materiais, formais e circunstanciais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 **não é um pacto suicida, senão o mais humano dos pactos civilizatórios. Ela também não é um caminhão** desgovernado e sem freio que transida numa ladeira íngreme molhada e perigosa, senão um sóbrio e complexo normativo que fornece as balizas para o governo reto e para evitar, justamente, o desgoverno.

Também, **não criou uma Federação Republicana, e sim uma República Federativa, quando a ordem dos fatores muda totalmente o resultado, num contexto que** decorre da prévia experiência Constitucional Brasileira.

3. A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DE 1891 ATÉ 1988

Inicialmente, observa-se absolutamente relevante o texto que se apresenta no art. 142 da atual CRFB/88⁷. No entanto, precisa ele ser refletido a partir da Tradição Constitucional Brasileira desde o ano de 1891 até se chegar à abertura tutelada de poder (lenta, segura e gradual) no ano de 1988, período em que se estanca o pesadelo ditatorial.

Neste sentido, precisa-se percorrer as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 (e Emenda n. 1/69) antes de se ingressar no atual ciclo constituinte. Referido ciclo se inicia em fevereiro de 1987 e termina em 5 de outubro de 1988 e, por sua vez, envolve o Anteprojeto Afonso Arinos, bem como o art. 192 do Substitutivo 1 (26/8/1987), o art. 160 do Substitutivo 2 (18/9/1987), o art. 167 do Projeto A (24/11/1987), o art. 148 do Projeto B (5/7/1988), e do art. 142 do

⁷ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...).

Projeto C (15/9/1988) e da redação final na Comissão de Sistematização. Importa, neste ponto, verificar as diversas formas jurídicas, como gênese possível, e dos antecedentes remotos da pretensão de normatividade do art. 142 da CRFB/1988 nas Constituições de 1891⁸, 1934⁹, 1937¹⁰, 1946¹¹, 1967¹², na Emenda nº 1/69¹³, e na Constituinte e Constituição de 1988 (Anteprojeto Affonso Arinos¹⁴; Substituto 1, de 26/08/1987¹⁵; Substituto 2, de 18/09/1987¹⁶; Projeto A, de 24/11/1987¹⁷; Pro-

8 Art. 14 - As forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior. A força armada é essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus superiores hierárquicos e obrigada a sustentar as instituições constitucionais. Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si. (...).

9 Art. 162 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, e, dentro da lei, essencialmente obedientes aos seus superiores hierárquicos. Destinam-se a defender a Pátria e garantir os Poderes constitucionais, e, ordem e a lei. (...).

10 Art. 161 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente da República. (...).

11 Art. 176 - As forças armadas, constituídas essencialmente pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei. Art. 177 - Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem. (...)

12 Art. 92 - As forças armadas, constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei. § 1º - Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os Poderes constituídos, a lei e a ordem. (...).

13 Art. 90. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei. Art. 91. As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem. (...).

14 Art. 413 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas na forma da lei, com base na hierarquia e na disciplina, sob o comando supremo do Presidente da República. (...).

15 Art. 192. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais, e por iniciativa expressa destes, da ordem constitucional. (...).

16 Art. 160. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de um destes, da lei e da ordem. (...).

17 Art. 167. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de um destes, da lei e da ordem. (...).

jeto B, de 05/07/1988¹⁸; Projeto C, de 15/09/1988¹⁹; Projeto D, de 21/09/1988²⁰ e, por fim, o texto promulgado em 05/10/1988²¹.

Pois bem, a referência contida na *Constituição de 1891* é contextualizada a partir dos eventos relacionados ao golpe da Proclamação da República de 1889, vinculados ao chamado “militarismo brasileiro”, muito bem descrito por Aliomar Baleeiro²², conforme se anota abaixo:

No período monárquico, o militarismo das repúblicas hispano-americanas – fonte e base do caudilhismo típico de todas elas – teve surtos esporádicos no reinado de Pedro I que, depois da Independência, logo depois de afastar os Andradas, procurou cercar-se de oficiais da tropa de linha, sobretudo os portugueses de nascimento, de permanecerem no serviço militar do Brasil. Logo que, na Bahia, os portugueses foram batidos em 2-7-1823 e embarcados a pulso de volta à ex-metrópole, o Imperador garantiu lugar no Exército brasileiro aos que quisessem ficar, fato esse gerador de desgosto entre os patriotas desconfiados das preferências lusófilas do trono. Apoiado nesses militares, dissolveu a Constituinte de 1823, exilou deputados e reprimiu brutalmente a revolução que os pernambucanos em 1824 opuseram ao imperial golpe de estado do ano anterior.

José Honório Rodrigues expõe isso na Constituinte de 1823, publicada em 1974: a maioria dos oficiais era estrangeira. Para 98 oficiais portugueses, havia apenas 47 brasileiros. Otávio Tarquínio de Sousa, historiador especializado nesse período e biógrafo de Pedro I, conta que, em festas de quartel, sem damas, ele dançava de par com os oficiais. Fez vir mercenários irlandeses e alemães e até pensou em utilizá-los para restringir as liberdades pleiteadas pelos brasileiros, atitude verberada por seu confessor e conselheiro íntimo Frei Arrábida. Mas esses mercenários, até certo ponto justificáveis pela Guerra da Cisplatina, tornaram-se incômodos e turbulentos, até que se

18 Art. 148. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...).

19 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...).

20 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...).

21 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...).

22 BALEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras**, Volume II: 1891. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 35-37.

revoltaram, e numa reação dos brasileiros, no Rio, cem deles foram mortos e feridos em combates de rua.

Quando, afinal, a 7 de abril de 1831, o povo do Rio rebelou-se contra o primeiro Imperador no Campo de Sant'Ana (atual Praça da República, no Rio), a tropa aderiu ao movimento e o monarca teimoso e imprudente acabou sem dispor sequer de sua própria guarda no palácio de São Cristóvão. A Regência, a duras penas, apoiando-se na Guarda Nacional, milícia de civis, gradualmente reduziu a tropa de linha em número e, conseqüentemente, na possibilidade de interferir nos destinos do País. Pedro II não tinha o gosto do aparato militar pela própria educação humanística, que lhe fez ministrar a Regência. Vestia-se de civil e, quando envergava uniforme, preferia o de Almirante. Por outro lado, os militares de prol, no Império, eram filiados aos dois grandes Partidos e dentro deles procediam como políticos civis. Francisco de Lima e Silva, pai do futuro Duque de Caxias, participou da Regência Trina.

O Marquês de Barbacena, constituinte de 1823, Ministro de estado e diplomata, não foi feliz na Guerra da Cisplatina, perdendo a Batalha de Itazaigó (Passo do Rosário). Rompeu com Pedro I e escreveu-lhe carta atrevidíssima, profetizando-lhe fim de vida num asilo de loucos, como acontecera a antepassados da dinastia dos Braganças. É certo que não foi estranho à conspiração de que resultou o 7 de Abril de 1831. Impunha-se como político e não como soldado. Caxias era um dos líderes do Partido Conservador e presidiu o Conselho de Ministros, além de ter sido ministro, deputado e senador. Osório, o outro grande soldado do Império, integrava o Partido Liberal e foi senador. Não procuravam influir como chefes militares, mas como políticos civis dentro dos quadros partidários a que pertenciam.

Livrou-se, o Império, destarte, do militarismo das repúblicas vizinhas. Só depois da Guerra do Paraguai os oficiais começaram a apresentar, como classe e em nome desta, reivindicações profissionais, muito embora Sérgio Buarque de Holanda aponte um jornal de militares em que se revela, antes da Guerra do Paraguai, o ressentimento dos homens de farda contra a influência dos juristas (o jornal os trata de “legistas”). Isso culminou nas “questões militares”, que só explodiriam na década de 1880, depois de mortos Caxias e Osório, quando o exército já não contava com os dois chefes gloriosos e de grande autoridade moral sobre a tropa. Some-se a isso a influência positivista com os seus sonhos de “ditadura científica”, que, já vimos, impregnara os jovens oficiais liderados por Benjamin Constant.

De tudo, resultou a República, que, se tinha raízes civis desde 1870, foi incontestavelmente o produto duma conspiração de quartéis e duma passeata militar. Todavia, o Governo Provisório, na maioria de seus membros, era constituído de civis e sofreu, de começo, a influência de Rui e dos “republicanos históricos”, juristas e civis de São Paulo, isto é, Campos Sales, Aristides Lobo, Glicério, ligados a Quintino Bocaiúva. Embora grande a percentagem de militares na Constituinte de 1890-1891, a sua influência foi abafada pela dos civis, na maioria juristas e liberais. As tentativas militaristas, por essa

época, encontravam palco nos governos estaduais, em que oficiais alçavam e logo depois derrubavam governos fardados ou paisanos.

Para contrabalançar o prestígio militar de Deodoro, que, sob ameaças, se fez eleger Presidente em fevereiro de 1891, a Câmara derrotou o Vice-Presidente por ele escolhido, o Almirante Wandenkolk, e elegeu Floriano, candidato da oposição. O Governo deste, depois do golpe d'estado de 3-11-1891, com a dissolução do Congresso, e do próprio golpe de Floriano, não convocada eleição presidencial depois da renúncia de Deodoro, deu novo surto ao militarismo favorecido pela necessidade da tropa para repressão da revolução gaúcha de 1893 e da chamada “guerra de Canudos”.

Os oficiais que fizeram a República e a defenderam em 1893, muitos dos quais positivistas, animados do “esprit de corps”, insinuaram a permanência de Floriano e, até depois da morte deste, em 1895, secretamente conspiraram para depor Prudente e instalar a “ditadura científica”, de Augusto Comte. O malogro do atentado contra o Chefe da Nação e o homicídio do Marechal Bittencourt, ministro da guerra, na defesa da vida de Prudente, trouxeram a este súbita popularidade ao lado da condenação aos florianistas, na maioria militares. Isso permitiu a Prudente de Moraes, ao terminar seu tormentoso período presidencial, dizer que pacificara o país e consolidara a ordem civil. E foi verdade, embora se permitisse algumas violências que o atritaram com o Supremo Tribunal.

Assim, explica-se a redação dos artigos 14 e 15 da Constituição de 1891, ao mencionar as FFAA como “instituições nacionais permanentes”, quando seriam elas “destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior”, além de “essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus superiores hierárquicos”, como normatividade Constitucional Republicana precursora dos pilares da hierarquia e da disciplina, que deveriam estar “obrigada[s] a sustentar as instituições constitucionais”, ao tempo em que secunda os três poderes, mencionados como “órgãos da soberania nacional”, harmônicos e independentes entre si.

O contexto histórico, aliás, não prescinde da descrição do anterior período monárquico (menos militar do que, propriamente, político), dentro do qual havia intensa participação e influência dos homens da caserna nos destinos nacionais e das dificuldades de implementação nacional das Forças Armadas, como bem observado por Nelson Werneck Sodré em seu clássico “História Militar do Brasil”²³.

Já, a *Constituição de 1934* trouxe, pela primeira vez, a expressão “segurança nacional”. Conforme o texto, “as questões a ela ligadas seriam estudadas e coordenadas pelo Conselho Superior de Segurança Nacional, presidido pelo Presidente da

República e pelos Ministros de Estado, bem como pelos chefes do estado-Maior do exército e da Armada (art. 159)”²⁴.

A estrutura, portanto, mudava para não mais garantir apenas os Poderes Constitucionais, mas também a “ordem e a lei”, o que ocorre exatamente num momento histórico de ascensão dos Regimes Autoritários no espaço Europeu e que vai encontrar no fascismo italiano, sobretudo na codificação de Rocco (1930), sua expressão máxima²⁵.

Essa influência pode, inclusive, ser encontrada nos estudos apresentados por Kristal Gouveia e Arno Dal Ri Jr., conforme se anota na sequência:

A edificação do regime fascista apoiou-se em uma série de movimentos de ordem política, social e jurídica na tentativa de tornar totalizante o domínio sobre os setores da vida dos indivíduos, utilizando-se das instituições como caixas de ressonância dos objetivos de um centro de poder total e unificador. São movimentos que, segundo Emilio Gentile, caracterizariam o fascismo italiano imposto por Benito Mussolini a partir 1924 como uma modalidade peculiar de totalitarismo. 26

A história mostra que as pessoas se mostram mais propensas a tolerar e, também, apoiar, medidas autoritárias durante crises de segurança, especialmente quando temem pelo seu bem-estar. Por isso, a grande maioria das constituições permite a expansão do Poder Executivo durante crises que se desenham.²⁷ No âmbito do fascismo, aflora-se uma concepção estatal que atribui “peculiar personalidade ao Estado” com a centralização do poder e deixa, por outro lado, de preponderar a proteção dos indivíduos para que se privilegie o aspecto estatista, com o resgate do instituto da *laesa maiestas*, ideário presente do *ancien régime*, algo que:

(...) personifica um traço importante do regime autoritário fascista: a centralização estrutural da proteção jurídica ao Estado, a escolha de seus elementos

24 POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**, Volume III: 1934. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 36.

25 DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: *laesae maiestas* e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930). **Sequência**, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.

26 DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: *laesae maiestas* e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930). **Sequência**, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.

27 LEVITSKI, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 95-96.

como bens jurídicos tutelados e a definição das condutas puníveis: Estes elementos são representações das escolhas conscientes feitas em detrimento da proteção individual, vista somente como instrumental à vontade do Estado (e muitas vezes oposta à essa última, caso em que a vontade estatal deveria definitivamente prevalecer).²⁸

Isso invoca, como se sabe, a concepção fascista de Alfredo Rocco, Ministro da Justiça de Mussolini, com a oposição contra a filosofia contratualista e, portanto, contra “*à noção de que o poder estatal deriva das vontades dos indivíduos que o delegam de acordo com uma dada limitação por elas imposta. Essas concepções, que ele chama de “ultra-individualistas” são diametralmente opostas à ideologia do fascismo*”^{29, 30}

Já, sob o signo da *Constituição de 1937* e a partir da ditadura do Estado Novo liderado por Getúlio Vargas, excluiu-se sem pudor algum os limites da lei. Aqui, submete-se as FFAA à exclusiva autoridade do Presidente da República, o que vem a consolidar muitos aspectos de caráter fascista num contexto que passaria, doravante, a ser repetido acriticamente nos demais textos constitucionais.

A seu turno, os artigos 176 e 177 da *Constituição de 1946*, já com a abertura democrática, instituiu novamente as FFAA a partir do duplo pilar da hierarquia e da disciplina sob a autoridade suprema do Presidente da República, novamente restituída aos limites da lei, com as funções de defesa da pátria e da garantia das instituições e da lei e da ordem.³¹

Alguns anos depois, como cediço, em 31 de março de 1964, ocorre o advento do golpe civil-militar com base num discurso inicial de “vacância da presidência da república”, depois ajustado com o Ato Institucional de 9 de abril de 1964, que

28 DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: *laesae maiestas* e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930). *Sequência*, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.

29 DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: *laesae maiestas* e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930). *Sequência*, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.

30 Na mesma época, na Alemanha, passa-se a sustentar que o Estado deve contribuir para a preservação e a segurança do povo diante de certos elementos que, como antissociais, lutam para se esquivar de deveres comuns ou que pecam contra esses interesses comuns. (GELLATELY, Robert. **Apoiando Hitler**: consentimento e coerção na Alemanha nazista. Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011, p. 74-75).

31 Aliás, não se pode esquecer aqui o contexto de que Getúlio Vargas afastado daquele ciclo de poder, quando acabou figurando como o “sujeito oculto da Constituinte” num jogo de cena percebido desde os anais da constituinte pelo cientista político Octaciano Nogueira. Ver: NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituinte de 1946**: Getúlio, o Sujeito Oculto. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

menciona curiosa fantasia travestida da farsa que concretiza, o qual faz anotar: “Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular”.

E é dentro deste espírito de farsa político-jurídica, a propósito, que as FFAA, fantasiadas de Poder Constituinte, precisaram ocultar as pesquisas de opinião realizadas às vésperas do Golpe de Estado, pois apontavam elas que o presidente João Goulart, deposto pelo golpe, possuía 70% (setenta por cento) das intenções de voto, fato que o tornaria vencedor das eleições do ano seguinte (1965). Ou seja, o que se denomina “Revolução de Março de 1964”, na verdade, **não passou de “Golpe de Traição Instituinte”**³².

Dentro do mesmo espírito, com efeito, foram realizadas as modificações subsequentes com a redação do artigo 92 da *Constituição de 1967* e dos artigos 90 e 91 da Emenda n. 1/69. Esses textos mantiveram a essência da Constituição anterior, notadamente, a partir do duplo pilar da *hierarquia* e da *disciplina* e, igualmente, sob a autoridade suprema do Presidente da República. Por fim, novamente é restituída aos limites da Lei com as funções de defesa da pátria e da garantia das instituições e da lei e da ordem.

Com a devolução do poder aos civis, a partir da Constituinte (1987/1988), surgem novas discussões sobre o papel das FFAA. Inicialmente com o Anteprojeto Afonso Arinos que, em seu artigo 413, não inova em absolutamente nada, pois mantém a mera reprodução dos modelos anteriores. Depois, pelas outras propostas na Comissão de Sistematização, desde os Substitutivos 1 e 2 (respectivamente, os artigos 192 e 160) e dos Projetos A, B, C e D (respectivamente, os artigos 167, 148 e 142), que acabaram formando a versão aprovada e contida na redação final do atual art. 142 da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, inovando na parte em que estabelece os três poderes como deflagradores do pedido de garantia das instituições e da lei e da ordem.

E é sobre essa versão final do artigo 142 que alguns juristas têm sustentado a possibilidade de uma “Intervenção Militar Constitucional” como se as FFAA fossem uma espécie de “poder moderador” da República.

32 Confira-se: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Jango tinha 70% de aprovação às vésperas do golpe de 64, aponta pesquisa**. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <camara.leg.br/noticias/429807-jango-tinha-70-de-aprovacao-as-vesperas-do-golpe-de-64-aponta-pesquisa/>, acesso em 2020.

Neste ponto, o jurista Ives Gandra da Silva Martins, num primeiro gesto de interpretação, sustentou a possibilidade da “medida” caso se tenha como “indevida” determinada decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal. Neste caso, poderiam as FFAA realizar intervenção “para que reponham a lei e a ordem, como está determinado no artigo 142 da Lei Suprema”³³.

Mais tarde, contextualizado por inúmeros atos antidemocráticos que contaram com a presença do atual Presidente da República, em que seus apoiadores do governo se manifestaram sistematicamente com placas e gritos de apoio à referida “Intervenção Militar Constitucional”, o mesmo jurista fez registrar que caberia as FFAA realizar “intervenção moderadora pontual, (...) diria qual a interpretação correta da lei aplicada no conflito entre Poderes, em havendo invasão de competência legislativa ou de atribuições, ou seja, com as Forças Armadas exercendo o poder moderador”³⁴.

A seu turno, o atual Procurador-Geral da República, Augusto Aras³⁵, ao participar de entrevista ao programa *Conversa com Bial*, na TV Globo, [do dia 1/6] (...), afirmou “que um Poder que invade a competência de outro Poder pode ensejar uma intervenção das Forças Armadas”.

Por sua vez, outro jurista, o ex-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador aposentado Ivan Sartori, pré-candidato ao cargo de Prefeito de Santos/SP, também se manifestou, afirmando que “o que está acontecendo nesse país está exigindo uma operação do artigo 142 da Constituição Federal. Não é, de jeito nenhum, intervenção militar. Mas o presidente precisa garantir a lei e a ordem e chamar as Forças Armadas porque isso aqui está uma bagunça”³⁶.

Mais recentemente, o jurista Ives Gandra, novamente consultado sobre o tema³⁷, foi instado a dar um exemplo concreto, assim se pronunciando:

33 MARTINS, Ives Gandra. Harmonia e independência dos poderes? *Conjur*, de 2 de maio de 2020.

34 MARTINS, Ives Gandra. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. *Conjur*, de 28 de maio de 2020.

35 Importa anotar que se trata de Procurador-Geral da República escolhido pela primeira vez desde 2003 sem que se observasse a norma constitucional não escrita (costume e precedente não judicial) da lista tríplice.

36 SARTORI, Ivan. ‘É inconstitucional’, diz Ivan Sartori, ex-presidente do TJSP, sobre decisão do STF. *Revista Oeste*, de 23 maio 2020.

37 MARTINS, Ives Gandra. [Entrevista]. Ives Gandra: Constituição permite ‘intervenção pontual’ das Forças Armadas. *O Antagonista*, em 02 de junho de 2020.

O exemplo imaginário: o STF edita uma lei e manda prender o presidente do Senado por ter recusado-se a aceitar. “Ele pode recorrer às Forças Armadas dizendo: ‘Olha, aqui está no artigo 49, inciso 11 que cabe ao Legislativo zelar pela sua competência normativa’”.

O exemplo concreto: para Ives Gandra, em 2015, o então presidente do Senado, Renan Calheiros, poderia ter recusado a ordem de prisão de Delcídio do Amaral, determinada pelo STF. “Os senadores poderiam reclamar dizendo que foi desrespeitado o artigo 53. Se fizessem, as Forças Armadas poderiam dizer: – STF, espere um pouco até que o Senado decida. Isso é tentar repor a lei e a ordem”, disse o advogado.

Pois bem, sobre tais posicionamentos houve manifestação em sentido contrário através do parecer elaborado pela Presidência Nacional e da Procuradoria Constitucional do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (de 2 de junho de 2020), na defesa da ordem jurídica e do estado democrático de direito, como uma das funções institucionais da OAB, para quem as FFAA não exercem poder moderador.

A jurista Adriana Cecílio³⁸, resgatando a historicidade dos debates constituintes sobre o art. 142 da CRFB/88, também observou que muito embora os constituintes tenham discutido um suposto papel moderador das Forças Armadas, esse papel foi descartado. Isso também é corroborado pelas falas do então congressista constituinte, Fernando Henrique Cardoso, em diálogo com o general Leônidas Pires, e pelas lembranças de José Sarney sobre o episódio com o relator Bernardo Cabral³⁹.

O próprio congressista constituinte Bernardo Cabral, relator da Comissão de Sistematização, em entrevista ao *Jornal do Brasil* (em 2 de setembro de 1987), expressamente reconheceu o ambiente de golpe, já na constituinte, ao mencionar: “O anteprojeto de Constituição ora em discussão na Constituinte é, na verdade, fruto de um clima de insegurança, provocada pela ameaça de um golpe militar que acabou [...] ficando apenas nos boatos (...). Mas, onde há fumaça, há fogo”⁴⁰.

Não obstante, conforme lembra o ministro Eros Grau, sabe-se que a Constituição não se permite interpretar em tiras ou aos pedaços. Mais do que isso,

38 CECÍLIO, Adriana. Documentos da Assembleia Constituinte revelam que deputados discutiram e descartaram papel moderador Forças Armadas. **Migalhas** de 5 de junho de 2020.

39 CARVALHO, Luiz Maklouf de. **1988: Segredos da Constituinte**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

40 CABRAL, Bernarndo. [Entrevista]. Cabral diz que boatos de golpe condicionaram seu anteprojeto. **Jornal do Brasil**, política, 2 de setembro de 1987.

sobretudo para aqueles que não entenderam o momento democrático pós-1988 ou que ignoram as raízes históricas do próprio art. 142, bem como o seu sentido e significado, dificilmente compreenderão que a Constituição de 1988 não tolera golpes e nem permite o seu próprio *constituicídio*.

Lenio Streck também se manifestou algumas vezes acerca do tema. Afirmou o autor que existe uma **inadequação da leitura sobre o art. 142. Conforme ele**, o “próprio teor literal - se assim se quiser tomar um textualismo - do artigo 142 afasta a possibilidade de ação autônoma das Forças Armadas sem a subordinação a um poder civil”⁴¹. Além disso, “o artigo 142 não permite intervenção militar” e que “qualquer manual de direito constitucional ensina o que é o princípio da unidade da Constituição”⁴². Também, calha mencionar o expressivo artigo dos juristas Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Thomas da Rosa de Bustamante e Emilio Peluso Meyer, no sentido de que “no Estado Democrático de Direito, a legitimidade remete-se intrinsecamente à legalidade constitucional-democrática, posto que a pressupõe”⁴³.

Ao que parece, portanto, **não há na CRFB/88 a previsão de que as Forças Armadas exerçam o papel de Poder Moderador**, o que, inclusive, pode ser verificado a partir da ausência de uma tal referência no art. 2º do Texto Constitucional, que prevê, numa ordem topográfica e proposital, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sem qualquer referência de um Poder Moderador. Além disso, ressalte-se também a localização do art. 142, dentro do Título V da Constituição, na parte denominada “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”.

41 STRECK, Lenio. Interpretações equivocadas sobre intervenção militar no artigo 142. **Conjur** de 7 de maio de 2020.

42 STRECK, Lenio. Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar! **Conjur** de 21 de maio de 2020.

43 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MEYER, Emilio Peluso. A Constituição protege o sistema político contra qualquer intervenção militar. **Conjur**, de 11 de outubro de 2017.

4. PODER MODERADOR: “O FANTASMA” QUE RONDA O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

O Brasil adotou o “Poder Moderador” na Constituição de 1824 por influência de Benjamin Constant⁴⁴ que, por sua vez, foi influenciado pelos escritos de Clermont-Tonnerre (*Réflexions sur les Constitutions*).

Em análise do referido Poder do ponto de vista da prática Monárquica Constitucional do Brasil-Império, extrai-se da clássica obra de Góes e Vasconcellos um raciocínio sobre o ponto central aqui institucionalizado: “(...) a chave da organização política é menos este ou aquele poder em si do que a divisão dos poderes, e que a missão de manter a independência, equilíbrio e harmonia não é característica de nenhum deles, mas destino de todos”⁴⁵.

Conforme se vê, **há prévia interpretação político-jurídica** minoritária de juristas defensores de que as FFAA exerceriam, expressamente, a função (e desempenhariam o papel) de um Poder Moderador, malgrado a ausência de qualquer previsão de um “Quarto Poder” na Constituição Federal de 1988.

Além disso, duas instituições são conhecidas por terem recebido a atribuição constitucional de defensoras do Ordenamento Jurídico e do Estado Democrático de Direito: o *Ministério Público* (art. 127 da CRFB/88) e o *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil* (art. 44, I, da Lei Federal 8.904/94), mas não as FFAA.

Nenhuma das duas instituições, entretanto, pode realizar intervenção (ou “intermediação”), senão, no máximo, pedir ao Poder Judiciário, com base no Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/88), que seja salvaguardada da Ordem Jurídica e do Estado Democrático de Direito.

A incompreensão do papel das FFAA, presente no art. 142 da CRFB/88, é muito perigosa, sobretudo pela existência de uma certa literatura que advoga o papel “moderador miliciano”, o que oculta o seu caráter golpista e de ruptura⁴⁶.

44 CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une Monarchie constitutionnelle, essentiellement constitué de son Esquisse de Constitution*, H. Nicolle, 1814; CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, A. Eymery, 1815.

45 VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. *Da natureza e limites do poder moderador*. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862, p. 19-20.

46 STEPAN, Alfred. *Os militares na Política*. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975; MO-RAES, João Quartim de. Alfred Stepan e o mito do poder moderador. *Filosofia Política*, (2): 163-

Neste ponto, lembra José Reinaldo Lima Lopes, tal discussão já constava da obra de Carl Schmitt, o famoso jurista do Regime Nazista do ditador Adolf Hitler, quando se refere à polêmica que circunda o “O guardião da Constituição”:

O debate sobre o Poder Moderador continuou vigoroso, sobretudo no entreguerras (1919-1939) na medida da crise das democracias liberais em processo de transformação. Vale a pena fazer menção apenas como exemplo da obra de Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (O defensor da Constituição) de 1931 em que está colocada justamente a questão de algum órgão ou poder com capacidade política e imparcialidade eleitoral para arbitrar conflitos constitucionais. O capítulo III começa com uma significativa nota a respeito do poder moderador do Império do Brasil, referindo-se à teoria e à prática que haviam sustentado por aqui o poder neutro. Schmitt chama atenção para o fato de o poder moderador, explicitamente adotado no Brasil e em Portugal, ser de fato uma instituição típica em todas as Constituições burguesas liberais do século XIX, encarnado num ‘repertório de prerrogativas e poderes do chefe de Estado’ (Monarca ou Presidente do Estado).⁴⁷

Aliás, conforme a leitura do próprio Carl Schmitt, o surgimento de uma Teoria do Poder Neutro, intermediário e regulamentar – *pouvoir neutre, intermédiaire, et régulateur*– (moderador) decorria da luta da burguesia francesa “por uma Constituição liberal contra [o] bonapartismo e [a] restauração monárquica”⁴⁸.

Além disso, o mesmo jurista nazista, agora escrevendo sob o aporte interpretativo da Constituição de Weimar, defendia uma caricata interpretação de que o simples fato de haver determinação constitucional de juramento no sentido de que o presidente “Defenderá a Constituição”, seria suficiente para a efetiva “garantia [de defesa] da Constituição”⁴⁹. Aqui se opera um primor pelo labor hermenêutico no sentido de que o Poder Executivo poderia exercer o Poder Neutro (Moderador) e, portanto, seria ele o melhor defensor da Constituição.

Ou seja, aqueles que advogam o posicionamento de que as FFAA exercem o papel de “poder [neutro] moderador”, buscam, na verdade, fazer com que elas emulem o executivo nazista de Hitler, sem que exista qualquer base constitucional para isso na ora vigente CRFB/88.

99, 1985; MARTINS FILHO, João Roberto. **O Palácio e a Caserna**: a dinâmica militar das crises políticas na Ditadura (1964-69). São Paulo: Alameda, 2020.

47 LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Oráculo de Delfos**: o Conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

48 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 194.

49 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233.

Além disso, dentro da tradição brasileira, tais intérpretes buscam fazer com que as FFAA passem a exercer, na República, aquela atribuição monárquica da dualidade dos artigos 98 e 99 da Constituição Política do Império de 1824, os quais congregam a irresponsabilidade e o elemento sagrado do Imperador no exercício do Poder Moderador, absolutamente incompatível com o Princípio Republicano⁵⁰.

Parecem ainda desconhecer, ou talvez algo pior, também o fato de que no Império do Brasil, o Poder Moderador (Quarto Poder) era exercido por meio de um (e perante o) Quinto Poder, conforme José Honório Rodrigues⁵¹ denominou o Conselho de Estado. E isso torna muito suspeita a referida pretensão hermenêutica, eis que depois da revelação da gravação da reunião do Conselho de Ministros de Estado do dia 22 de abril de 2020, logo se percebe que tipo de reunião colegiada seria reitora de um exercício pretense do Poder Moderador.⁵² Não bastasse isso, tem-se **o já fatídico (e sempre lamentável) ato do atual chefe de Estado Federal, ao atribuir a si próprio a característica ou pretensão de ser ele mesmo a Constituição Federal** (“Eu sou a Constituição”).

Mas o paralelo óbvio da questão, evidentemente, reside no fato de que na Constituição do Império de 1824 cabia ao Conselho de Estado aconselhar o monarca no exercício das funções do Poder Moderador (exceto no caso de nomeação e exoneração de Ministros de Estado, conforme o art. 142), sendo certo que as funções do Poder Moderador estavam previstas no art. 101 de referido texto. E aí o problema seria semântico: de Poder “Neutro” (Moderador), passar-se-ia a “Poder Envolvido” (Destruidor), conforme ocorrera na Constituição de Weimar, sob a ótica de Carl Schmitt e de suas caricatas referências sobre o “Poder Neutro”.

Mesmo em leituras recentes sobre o “Poder Moderador”, em estudo comparado sobre os casos da Presidência da República na França e na Itália, não se observam os requisitos imaginados por Benjamin Constant, decorrentes muito mais de

50 Acerca da Categoria “Princípio Republicano”, ver: CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique. Sobre o Princípio Republicano: Aportes Para Entendimento Sobre o Interesse da Maioria. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, p. 98-116, 2008.

51 RODRIGUES, José Honório. **Conselho de Estado**: o quinto Poder? Brasília: Senado, 1978.

52 Dali, registraram-se com palavras, ódio aos povos indígenas, desrespeito com servidores públicos (“granada no bolso do inimigo”), falas clandestinas sobre “prisão de governadores e prefeitos”, desprezo para com pequenas e médias empresas (“perder dinheiro com pequenas e médias empresas”), desprezo, violência e omissão para com o Supremo Tribunal Federal (“botava esses vagabundos todos na cadeia. Começando no STF”), além da decisão de “armar a população” de forma estranha (“mandar um puta recado”), e tratamento indevido sobre importante patrimônio de todos os brasileiros “privatização” (“vender logo a p.*** do Banco do Brasil”), dentre outras falas absolutamente não republicanas, como a pretensão de interferência na Polícia Federal para salvar a família e os amigos do chefe de Estado Federal.

uma má adaptação à República, convertendo-se num argumento de legitimação, ao invés de um argumento de “limitação”.⁵³

Convém recordar, a propósito, que no caso brasileiro, mesmo após a queda do Regime Monárquico, dois textos são fundamentais para compreender o trajeto acidentado de nosso republicanismo.

O *primeiro*, de autoria de Ernest Hambloch⁵⁴, a despeito da intensa polémica que causou e do convite ao autor para deixar o país depois de sua publicação, identifica na práxis constitucional brasileira resquícios de uma irresponsabilidade imperial que sugeria a necessidade da adoção de um Modelo Parlamentarista com Poder Moderador.

O *segundo*, de Borges de Medeiros⁵⁵, procurava aprimorar o Presidencialismo através da adoção do Poder Moderador, transformando o chefe do Poder Executivo em um primeiro magistrado, mais que num primeiro governante.

Contudo, ninguém foi tão longe ao tentar inserir as FFAA no turbilhão político como redentora dos problemas institucionais no papel de Poder Neutro ou Moderador. E os que repetem tal possibilidade jurídico-constitucional parecem ter outra coisa em mente, e não, propriamente, aquilo que justificam a partir dessa possibilidade.

Neste sentido, portanto, se as FFAA se apresentassem na forma de um Poder Neutro, além de não poderem estar inseridas nas entranhas do governo, deveriam ostentar posição constitucional condizente com a referida expressão, sobretudo, no texto constitucional do art. 2º da CRFB/88. Deveriam, ainda, possuir atribuição de participação política no que se refere aos freios e contrapesos (*checks and balances*) quando eles não funcionassem adequadamente, combinando antes com o povo, evidentemente.

Ao que parece, uma tal concepção das FFAA como “Poder Neutro” ou “Moderador”, além de não encontrar guarida no texto constitucional e nem na tradição brasileira, confunde “moderação” com “golpe de Estado”. Trata-se de um “fantasma

53 SPONCHIADO, Lucie. **Des usages républicains de la thèse du «pouvoir neutre monarchique» de Benjamin Constant en France et en Italie.** In M.-A. Cohendet et A. Lucarelli, *L'équilibre légitimité-responsabilité-pouvoir.* Actes de la journée d'étude franco-italienne organisée le 7 novembre 2014 par l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

54 HAMBLOCH, E. **Sua majestade o Presidente do Brasil:** um estudo do Brasil constitucional. Brasília: Senado Federal, 2000.

55 MEDEIROS, Borges de. **O poder moderador na república presidencial.** São Paulo: Forense, 2018.

que ronda o constitucionalismo brasileiro” arrastando suas pesadas correntes enferrujadas, cujo tilintar de elos e grilhões torna sua imagem insuportável aos olhos e ouvidos da balzaquiana CRFB/88. Isso, aliás, é o que sugere as leituras de Oscar Vilhena Vieira⁵⁶, José Reinaldo Lima Lopes⁵⁷ e Alfred Stepan⁵⁸, o que privilegia, evidentemente, o sentido de Constitucionalismo Democrático.

A bem da verdade, quem mais perto chegou de herdar formalmente a tradição de Poder Moderador foi o Supremo Tribunal Federal, conforme a referência de Lêda Boechat Rodrigues⁵⁹, em resgate de antigo diálogo do Imperador Pedro II, que pensava em transferir o Poder Moderador para uma Suprema Corte “*como aquela de Washington*”.

Parte de nossa tradição germânica herdada da antecedente Representação de Inconstitucionalidade impôs, mais que sutilmente, ao menos a partir de 1965 (EC n16/1965), a presença de um processo objetivo (*objektives verfahren*) sem sujeitos e vocacionado à pura Defesa da Constituição (*Verfassungsrechts-Bewahrungsverfahren*)⁶⁰. Isso tudo aliado ao fato de ser, como dito pelo ministro Moreira Alves, um processo que “não é uma Ação no sentido clássico e genuíno do Direito Processual, [sendo] uma instituição de caráter político”⁶¹ implementada pela própria ditadura civil-militar e que tenta imitar a concepção kelseniana de Corte Constitucional (que derrotou a *perspectiva schmittiana* no pós-guerra).

Com isso, tem-se, no Brasil, uma Suprema Corte de tradição norte-americana desde as premissas estabelecidas no caso *Marbury v. Madison* (1803) e com influências de Corte Constitucional. E, a partir deste formato, lembram Mauro Cappelletti⁶² e Inocêncio Mártires Coelho⁶³, é certo que esta última (Corte Cons-

56 VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo: RT, 1994.

57 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

58 STEPAN, Alfred. **Os militares na Política**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975.

59 Neste sentido: “Como lembra Leda Boechat Rodrigues, o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington”. RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**, vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, 4(2), jul-dez de 2008.

60 MENDES, Gilmar. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Feitas Bastos, 2000, p. 17.

61 Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REPRESENTAÇÃO n. 700**, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.06.1967, RTJ 45, p. 714.

62 Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 3, p. 38, 1961.

63 Cfr. COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, 2015, p. 8.

titucional) se situa acima e fora da clássica tripartição de poderes, o que deixa claro que em um tal modelo, seria o Supremo Tribunal Federal, e não as FFAA, que teria a proximidade do exercício de uma função (ou papel) Moderador(a)⁶⁴.

5. O SENTIDO E O ALCANCE DO ART. 142 DA CRFB/88

Pois bem, como visto, o art. 142 da CRFB/88 possui uma historicidade que não autoriza a interpretação de que seria permissiva ou autorizativa de que as FFAA exercessem o papel (ou função) de um Poder Neutro ou Moderador.

Antes, o art. 142 estabelece que elas (as Forças Armadas) são constituídas pela junção das 3 forças (Marinha, Exército e Aeronáutica) como instituições nacionais permanentes e regulares, sob organização que remonta ao duplo pilar (hierarquia e disciplina), repetindo a referência de que respondem à “autoridade suprema do Presidente da República”, e destinam-se, conforme previsto, à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

No âmbito infraconstitucional pós-1988, a questão primeiro foi disciplinada por meio da Lei Complementar 69 de 1991, que dispunha sobre “*as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas*”, oriundo do Projeto de Lei Complementar nº 181 de 1989, enviado ao Congresso Nacional através da mensagem nº 695/89. O seu conteúdo apresentava a seguinte exposição de motivos⁶⁵:

MENSAGEM N° 695, DE 1989,

(Do Poder Executivo)

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional: Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 64 da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos dos Senhores Ministros de Estado da Marinha, Exército, Aeronáutica e Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, o

64 Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer os diversos problemas constitucionais de uma tal formulação do tipo “colcha de retalhos” caso fosse isso realmente considerado.

65 BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 26 de outubro de 1989, p. 12348.

anexo projeto de lei complementar que “dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas”.

Brasília, 24 de outubro de 1989. –

José Sarney.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 3.072/SC-1, DE 5 DE OUTUBRO DE 1989, DOS SENHORES MINISTROS DE ESTADO DA MARINHA. EXÉRCITO. AERONÁUTICA E CHEFE DO ESTADO-MAIOR DAS FORÇAS ARMADAS.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

1. A Constituição Federal reza em seu artigo 142 que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, terão a sua organização, preparo e emprego regulados por normas gerais, estabelecidas em Lei Complementar.

2. O EMFA, em consequência, elaborou, no âmbito da Comissão Interforças de Estudos e Legislação das Forças Armadas (CIELFA), um texto básico da lei, sobre o qual as Forças Singulares se pronunciaram. A contribuição de cada Força Singular possibilitou a redação de um texto final, que catalisa o pensamento das Forças Armadas sobre tão importante questão, recebendo a aprovação do Conselho de Chefes do Estado-Maior (CONCEM).

3. Assim, Senhor Presidente, temos a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência o Projeto de Lei Complementar que “dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas”. Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência, Senhor Presidente, os protestos do nosso mais profundo respeito. - Almirante-de-Esquadra Henrique Sabóia, Ministro de Estado da Marinha – General de-Exército Leônidas Pires Gonçalves, Ministro de Estado do Exército - Tenente-Brigadeiro-do-Ar - Octávio Júlio Moreira Lima, Ministro de Estado da Aeronáutica - Almirante-de-Esquadra Valbert Lisieux Medeiros de Figueiredo, Ministro de Estado Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas. Aviso nº 761-SAP.

A referida norma foi substituída pela Lei Complementar 97 de 1999, oriunda do Projeto de Lei Complementar nº 250 de 1998, enviado ao Congresso Nacional através da mensagem nº 1.418/99, o qual trazia em seu texto a seguinte exposição de motivos⁶⁶:

Temos a honra de submeter a elevada consideração de Vossa Excelência projeto de lei complementar, em anexo, que dispõe sobre as normas gerais a

66 BRASIL. Congresso Nacional. **Diário da Câmara dos Deputados**, de 22 de janeiro de 1999, p. 3228

serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas, em decorrência da iminente criação do Ministério da Defesa.

2. A partir da determinação de Vossa Excelência, no discurso de posse em 1995, foram apresentadas, com base em estudos realizados pela Marinha, Exército, Aeronáutica e Estado-Maior das Forças Armadas, propostas para se conduzir a adaptação gradual das nossas forças de defesa às demandas do futuro que já apontavam na direção da criação do Ministério da Defesa.

3. Em outubro de 1997, Vossa Excelência determinou em reunião da Câmara de Relações Exteriores e de Defesa Nacional do Conselho de Governo, a criação do Ministério da Defesa e o início de sua implantação entre outubro e dezembro do corrente ano, com a consequente extinção dos atuais ministérios militares. Para alcançar esse objetivo criou o Grupo de Trabalho Interministerial composto pelos signatários da presente Exposição de Motivos (...).

Com efeito, é de se observar que em nenhum momento as exposições de motivos disciplinam atuação moderadora, e nem poderiam fazê-lo sem eivar ou inquinar os dispositivos legais de inconstitucionalidade. Mas, a curiosidade legislativa se destina, antes, a verificar o nível e a intensidade da atuação das Forças Armadas do ponto de vista legal.

No que se refere ao emprego para Garantia da Lei e da Ordem, há o Decreto nº 3.897 de 2001, no qual se observa o PARECER AGU Nº GM-025, de 10 de agosto de 2001 do então Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes, que precedeu e orientou a edição do referido decreto, cuja conclusão é a que se segue:

O emprego, emergencial e temporário, das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem – viu-se – ocorre após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal (CRFB. Lei Complementar nº 97, de 1999, art. 15, § 2º). Em outras palavras: o aludido emprego das Forças Armadas tem por finalidade a preservação (ou o restabelecimento) da ordem pública, inclusive pelo asseguramento da incolumidade das pessoas e do patrimônio (público, e privado). E a realçada preservação (ou restabelecimento) é da competência das Polícias Militares, nos termos da Lei Maior.

Assim, à vista do exposto, já se tem condições de perceber que o emprego das FFAA é algo excepcional, sempre na “Defesa das Instituições Democráticas”, jamais exercendo um indevido e inexistente “papel ou função moderadora”. O seu

exercício deve operar sempre vocacionado para o desempenho de sua tríplice missão constitucional, nos termos do art. 142 da CRFB/88: a) defesa da pátria; b) garantia dos poderes constitucionais; e, c) garantia da lei e da ordem.

No primeiro caso (*defesa da pátria*), a interpretação sistemática leva à conclusão de que deve haver o exercício prévio da competência privativa do art. 84, XIX, da CRFB/88 com a declaração de guerra em casos de ocorrência de agressão estrangeira. Aqui, a medida deve ser autorizada “pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”, com a participação do Conselho de Defesa Nacional (art. 91, § 1º, I, CRFB/88), e com a prévia decretação do Estado de Sítio, na forma (e segundo os estritos requisitos e prazos) do art. 137, II, da CRFB/88, com autorização do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, IV, da mesma CRFB/88.

Nos outros dois casos (*garantia dos poderes constitucionais e garantia da lei e da ordem*), estar-se-á diante de Intervenção Federal ou Estado de Defesa com a necessária aprovação do Congresso Nacional, conforme o art. 34, III e IV, da CRFB/88 (“pôr termo a grave comprometimento da ordem pública” e “garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação”), sempre sob o signo da fiscalização do Congresso Nacional (art. 140) e a previsão da responsabilização (art. 141) dos agentes e executores, inclusive o Presidente da República, Ministros de Estado e militares (praças e oficiais) das FFAA.

Neste sentido, as medidas normativas utilizadas pelo Presidente da República devem ser submetidas ao Congresso Nacional, nos termos do art. 136, § 4º (em vinte e quatro horas), inclusive se estiver em recesso (art. 136, § 5º), mesmo (e também) os eventuais decretos de garantia da lei e da ordem.

Com efeito, os artigos 1º e 15 da Lei Complementar 97/99 somente são constitucionais se interpretados conforme à Constituição da República, o mesmo valendo para o Decreto nº 3.897/2001, quando caracterizada a atuação episódica e excepcional das FFAA, devidamente fundamentada, nos termos da exigida obediência irrestrita à Constituição Federal. Pelo emprego indevido das FFAA, aliás, é possível que o Presidente da República e/ou os demais chefes de poder respondam por crimes comuns e de responsabilidade.

6. CONCLUSÕES

Finda a pesquisa, pode-se concluir que, do ponto de vista constitucional, as Forças Armadas não foram elevadas pelo Constituinte Republicano de 1988 ao papel de “Poder Neutro” ou “Moderador”. Na verdade, isso nem mesmo pertenceu a tradição do Constitucionalismo Brasileiro no Período Republicano e, no Período Monárquico, essa perspectiva envolveu uma complexa ação do Monarca sob a orientação do Conselho de Estado.

Dessa forma, a admissão de que as Forças Armadas exercem uma espécie de função moderadora na República, a despeito da realidade normativa (e, portanto, tendo em vista a clivagem entre o país real e o país legal) só serve para diminuir sua função democrática e constitucionalmente delineada (e, infelizmente, presente numa boa fatia do pensamento político-jurídico nacional).

O fato é que, conforme se verificou, o art. 142 da atual CRFB/88 não pode ser interpretado isoladamente. Não se pode admitir interpretação que ignore a “defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, ou seja, a tríplice missão constitucional das Forças Armadas, quais sejam, “defesa da Nação”, a “garantia dos poderes constitucionais” e a “garantia da lei e da ordem”.

Com isso, as Forças Armadas só podem ser acionadas com a perspectiva prévia de existência de Estado de Defesa, Estado de Sítio ou Intervenção Federal, e sempre com a participação do Congresso Nacional nas funções de fiscalização, autorização e aprovação dessas medidas (pois é sempre possível a responsabilização de agentes e executores).

De fato, as Forças Armadas estão vinculadas aos pilares da hierarquia e da disciplina, como a possibilidade excepcional de auxílio nas atividades de serviço público, por se tratar de atividades anômalas (não constitucionais) atribuídas por lei. Ou seja, não se trata das previsões do pedido de garantia do direito de voto pelo Tribunal Superior Eleitoral (Lei Federal nº 4.737 / 1965), nem da possibilidade do uso do chamado “tiro de abate” para destruição de aeronaves hostis, por meio da Lei Federal n. 9.614 / 1998, entre outras hipóteses. Além disso, a Constituição de 1988 deixou de ser o documento do tipo que regulava a sociedade brasileira na década de 1930, pelo que, não mais permite uma interpretação peculiar baseada na Doutrina da Segurança Nacional ou no rompimento do contratualismo ao

prejuízo dos direitos individuais. Aliás, interpretações dessa natureza são típicas das sociedades fascistas. Hoje, os poderes constituídos pelo Constituinte devem sempre privilegiar os Direitos Fundamentais do texto constitucional, bem como a separação dos poderes.

Desse modo, somente em um contexto de subversão à Democracia é que se pode admitir que as Forças Armadas possam realizar uma espécie de fiscalização e moderação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). O artigo 142 da Constituição de 1988, portanto, não permite nenhuma intervenção militar na política, justamente porque as Forças Armadas devem obediência aos poderes constitucionais (constituídos). Qualquer postura que se afaste dessa perspectiva nada mais é do que vontade de poder, arbitrariedade e violência, infelizmente, algo bastante comum no retrovisor de nossa trajetória constitucional, mas que deve ser objeto de superação.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras, Volume II: 1891**. 3. ed. Brasília: Sena-do Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Jango tinha 70% de aprovação às vésperas do golpe de 64, aponta pesquisa. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <camara.leg.br/noticias/429807-jango-tinha-70-de-aprovacao-as-vesperas-do-golpe-de-64-aponta-pesquisa/>, acesso em 2020.

BRASIL. **Congresso Nacional. Diário da Câmara dos Deputados**, de 22 de janeiro de 1999, p. 3228.

BRASIL. **Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 26 de outubro de 1989, p. 12348.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. REPRESENTAÇÃO n. 700**, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.06.1967, RTJ 45, p. 714.

CABRAL, Bernarndo. [Entrevista]. Cabral diz que boatos de golpe condicionaram seu anteprojeto. **Jornal do Brasil**, política, 2 de setembro de 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 3, p. 38, 1961.

- CARVALHO, Luiz Maklouf de. **1988**: Segredos da Constituinte. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MEYER, Emilio Peluso. A Constituição protege o sistema político contra qualquer intervenção militar. **Conjur**, de 11 de outubro de 2017.
- CECÍLIO, Adriana. Documentos da Assembleia Constituinte revelam que deputados discutiram e descartaram papel moderador Forças Armadas. **Migalhas** de 5 de junho de 2020.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, 2015.
- CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**, A. Eymery, 1815.
- CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une Monarchie constitutionnelle, essentiellement constitué de son Esquisse de Constitution**, H. Nicolle, 1814.
- CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique. Sobre o Princípio Republicano: Aportes Para Entendimento Sobre o Interesse da Maioria. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, p. 98-116, 2008.
- DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: *laesae maiestas* e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930). **Sequência**, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.
- GELLATELY, Robert. **Apoiando Hitler**: consentimento e coerção na Alemanha nazista. Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011.
- HAMBLOCH, E. **Sua majestade o presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2000.
- LEVITSKI, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Oráculo de Delfos**: o Conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MARTINS FILHO, João Roberto. **O Palácio e a Caserna: a dinâmica militar das crises políticas na Ditadura (1964-69)**. São Paulo: Alameda, 2020.

MARTINS, Ives Gandra. [Entrevista]. Ives Gandra: Constituição permite 'intervenção pontual' das Forças Armadas. **O Antagonista**, em 02 de junho de 2020.

MARTINS, Ives Gandra. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. **Conjur**, de 28 de maio de 2020.

MARTINS, Ives Gandra. Harmonia e independência dos poderes? **Conjur**, de 2 de maio de 2020.

MEDEIROS, Borges de. **O poder moderador na república presidencial**. São Paulo: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Feitas Bastos, 2000.

MORAES, João Quartim de. Alfred Stepan e o mito do poder moderador. **Filosofia Política**, (2): 163-99, 1985.

NOGUEIRA, Octaciano. A Democracia que Terminou em Tragédia (prólogo), *In: A Constituinte de 1946: Getúlio, o Sujeito Oculto*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRIGUES, José Honório. **Conselho de Estado: O quinto Poder?** Brasília: Senado, 1978.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SARTORI, Ivan. 'É inconstitucional', diz Ivan Sartori, ex-presidente do TJSP, sobre decisão do STF. **Revista Oeste**, de 23 maio 2020.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História Militar do Brasil**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

SPONCHIADO, Lucie. Des usages républicains de la thèse du «pouvoir neutre monarchique» de Benjamin Constant en France et en Italie. *In: M.-A. Cohendet et A. Lucarelli, L'équilibre légitimité-responsabilité-pouvoir. Actes de la journée d'étude franco-italienne* organisée le 7 novembre 2014 par l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

STEPAN, Alfred. **Os militares na Política**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975.

STRECK, Lenio. Interpretações equivocadas sobre intervenção militar no artigo 142. **Conjur** de 7 de maio de 2020.

STRECK, Lenio. Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar! **Conjur** de 21 de maio de 2020.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo: RT, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, 4 (2), jul-dez, 2008.

Capítulo 2

A SUPRESSÃO DA SINGULARIDADE HUMANA NO AMBIENTE DE COLETIVIZAÇÃO CONTEMPORÂNEO

*Michelle Gironda Cabrera*⁶⁷

*Bárbara Feijó Ribeiro*⁶⁸

Resumo: O texto busca empreender uma interlocução entre importantes pensadores que tratam da questão da liberdade e do totalitarismo, para, após, traçar um panorama acerca do drama atual, existente nas culturas pós-modernas desde o fim do pós-guerra: a supressão da singularidade humana. No mundo contemporâneo, persistem ambientes facilitadores da transformação do homem em um ser supérfluo, capaz de minar, por conformismo ou sadismo, a concessão de direitos humanos a algumas minorias, identificadas, nesta investigação, por *displaced persons*.

Palavras-chave: Liberdade; Singularidade; Massificação do pensamento; Hannah Arendt; *Displaced persons*.

Abstract: The text seeks to undertake a dialog between important thinkers that deal with the issue of freedom and totalitarianism, for, after, draw a picture about the current drama, existing in post-modern cultures since the end of the post-war period: the suppression of the human singularity. In the contemporary world, persist environments that facilitate the transformation of man into a superfluous, capable of undermining, by conformism or

67 Doutora em Direito Socioeconômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com pesquisa financiada pela CAPES (2019). Professora de Direito Penal e Processual Penal no Centro Universitário Curitiba e na Faculdade de Pinhais. Professora do curso de Introdução ao Processo Penal do Introcrim. Coordenadora do Grupo de Estudo Antipatriarcalismo do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogada criminalista. ORCID: orcid.org/0000-0001-7301-6650. E-mail: michellegironda@hotmail.com.

68 Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pós-Graduada em Direito Penal e Criminologia pelo CEI e Introcrim. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada criminalista. ORCID: orcid.org/0000-0001-6517-7104. E-mail: barbarafejoribeiro@hotmail.com.

sadism, the granting of human rights to some minorities, identified in this research, by displaced persons.

Keywords: Freedom; Singularity; Massification of thought; Hannah Arendt; Displaced persons.

INTRODUÇÃO

Fomos compelidos a reconhecer que milhões (...) estavam ansiosos por abrir mão de sua liberdade do mesmo modo que seus pais o haviam estado por lutar por ela; que, em vez de desejarem a liberdade, eles buscavam meios de fugir dela; que outros milhões eram indiferentes e não julgavam valer a pena lutar e morrer em defesa da liberdade. (FROMM, 1983, p. 14)

O medo à liberdade é um convite ao estranhamento; reanima percepções que a repetição paralisa. Erich Fromm, em análise histórico-material atrelada à base psicanalítica fruto de sua formação, aborda a problemática do medo, o que fez durante a Segunda Guerra Mundial (a primeira edição do livro data de 1941).

Formulando a mesma questão que inaugura as reflexões de La Boétie em *Discurso da servidão voluntária*, o leitor é tomado de assalto ao tentar compreender por qual razão o povo se deixa tyrannizar. Seria a tyrannização um ato de covardia? (LA BOÉTIE, 2009)⁶⁹ É o desejo de liberdade algo inerente à natureza humana? Pode a liberdade tornar-se um fardo por demais pesado para o homem suportar, algo de que ele procure escapar? (FROMM, 1983, p. 15)

O presente texto busca empreender uma análise, a partir das reflexões e dos escritos de diversos pensadores, sobre a questão da liberdade e do totalitarismo, para, após, estabelecer uma interlocução com o atual panorama existente nas culturas pós-modernas desde o fim do pós-guerra: a supressão da singularidade humana.

69 Semelhante indagação encontra-se em: FROMM, 1983, p. 30.

1. REFLEXÕES SOBRE UMA ONTOLOGIA DA LIBERDADE

Imagino como será a vida quando a guerra acabar. Acho que a primeira coisa que farei será ir às ruas dançar, então, diário, se um dia vir uma menina louca dançando pelas ruas, saiba que terá chegado o fim da guerra e que esta garota serei eu. (CHALLENGER, FILIPOVIC, 2008, p. 305)⁷⁰

Enquanto La Boétie (2009, p. 105) propõe três espécies de obediência (aquela fundada em uma razão natural, a que decorre de coação e a dominação voluntária, que se funda no costume e no desejo de servir, sendo que, nesta, o subjugo considera natural a condição na qual nasceu - o subjugo - perdendo, assim, o prazer pela guerra, pela liberdade e por todas as demais coisas da vida), Fromm reflete que a questão mais crucial do subjugo e da submissão encontra-se sustentada pelo medo da solidão, algo que considera latente a todo ser humano. Apoiando-se em Freud, Fromm ressalta o papel dos fatores psicológicos no estudo da doutrina da maldade da natureza humana. Sendo o homem, fundamentalmente, um ser antissocial, a sociedade e os meios de produção acabam por o domesticar, visando torná-lo um corpo dócil e útil, na exata dimensão do preconizado por Foucault (2014).

Há muitos ensaios sobre a liberdade, no campo filosófico e político, e seu significado acaba por se prestar a tantas e diversas possibilidades que é preciso não incorrer no risco de se proporem interpretações inconvenientes. Isaiah Berlin examina dois sentidos que a palavra liberdade costuma carregar: (i) *freedom o liberty*, a que ele chamou de *sentido negativo da liberdade* e (ii) liberdade em seu *sentido positivo* (BERLIN, 1998, p. 220).

Em sua apreensão negativa, liberdade é o âmbito de atuação do homem sem interferência externa. A consequência da obstaculização da liberdade seria sua opressão, mas Berlin (1998, p. 220) alerta que nem toda forma de interferência é geradora de coação (o cego que não poderia ler Hegel e aquele que não conseguiria saltar mais de dez metros do chão são alguns exemplos que ele fornece). A

⁷⁰ A obra é uma compilação de trechos dos diários de crianças e adolescentes durante períodos de guerra (as duas Guerras Mundiais, Guerra do Vietnã, Guerra dos Balcãs, e a Segunda Intifada, no Oriente Médio).

opressão oriunda da obstaculização por outrem deve coincidir com a frustração dos desejos - utilizando metáfora de Rousseau, é como se construíssem um muro que impedisse o sujeito de “sair de seu castelo”.

A liberdade positiva é inerente ao sujeito enquanto deseja ser dono de seu próprio destino. Revela-se na pele daquele que não busca atender a expectativas alheias, mas a suas próprias. Com Lacan, sabe-se que o indivíduo projeta sobre o outro seu próprio desejo, razão pela qual, desde a infância, há uma tendência de satisfação e atendimento aos anseios do outro, confundindo-os com seus próprios. (LACAN, 1987)

Aquele que reconhece seus próprios anseios e os internaliza, apesar do medo e da possibilidade de frustração, acaba por tomar as rédeas de sua própria vida. É como se ele se despisse, saísse do Castelo e gritasse:

Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mi mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan desde fuera. (BERLIN, 1998, p. 231)

O desejo de reconhecimento e de satisfação condicionam a liberdade – positiva e negativa – e são peças-chave da aceitação, ainda que inconsciente, do autoritarismo e do totalitarismo.

Conforme o grau com que o indivíduo não se tenha afastado dos anseios que não lhe são próprios, ele é considerado um ser não totalmente livre. Os vínculos concedem-lhe sensação de segurança e de pertencimento a algum lugar (que não ele mesmo), menos ruidoso e abismático. Esses vínculos, que Fromm chamou de “vínculos primários”, “implicam uma ausência de individualidade, mas também dão segurança e orientação ao indivíduo”. (FROMM, 1983, p. 30) A areia movediça da insegurança e da angústia dá lugar a um solo seguro, estável e conhecido.

Os seres humanos possuem necessidades condicionadas fisiologicamente e demarcadas por um sistema econômico – comem, dormem, trabalham, etc. – mas, há uma necessidade essencialmente humana que não planta raízes em processos corporais: a necessidade de evitar a solidão.

Segundo Hannah Arendt, a essência dos regimes e movimentos totalitários encontra-se na atomização humana, a perda da capacidade humana de pensar por

si próprio – a essência, enfim, do mal que ela denominou banal.⁷¹ Este isolamento na esfera política ela chama de solidão na esfera social; é, exatamente, o que mais prepara os homens para a perda de sua liberdade e o consequente domínio totalitário.

O ser humano, ao experimentar a solidão, vivencia um mecanismo semelhante ao mimetismo adotado por alguns animais ao se defenderem: torna-se tão parecido com seu entorno que dificilmente é distinguido dele. O comportamento e o pensamento do homem passam a ser dados não mais por seus desejos e vontades, mas por um comportamento padrão do mundo em que vive. Esse comportamento é um meme⁷², que submete o homem a agir e pensar de forma repetida e autômata, acreditando possuir uma ideia quando, em verdade, a ideia é que lhe possui.

Enquanto o isolamento do ser na esfera política – o *homo faber* que se isola em seu trabalho - destrói a capacidade de agir na realização de um interesse comum, a solidão se refere à vida humana como um todo. Daí sua perversidade. Extrai-se daí sua periculosidade no ambiente de coletivização contemporâneo.

Enquanto o mundo é forjado segundo um arquétipo ameaçador, o alheamento ao próprio mundo passa a vigorar como mecanismo de fuga e distanciamento da dor. A *solidão*, que não se confunde com o *estar só*, é a experiência de não pertencimento ao mundo – decorrente do dispositivo de fuga citado – e traduz-se em uma das mais radicais e desesperadas experiências que o homem pode ter. (ARENDDT, 1989, p. 527)

Estar só é estar desacompanhado e é possível estar só sem, necessariamente, experimentar a solidão. Quem está desacompanhado, em que pese estar só, está na companhia de si mesmo, de seu próprio eu, formando consigo uma relação de dois-em-um.⁷³ E esse respeito, o Zaratustra de Nietzsche (2011, p. 55) já alertara:

71 Hannah Arendt, em *Origens do totalitarismo*, parte de uma concepção de mal radical, o que acabou por abandonar, mais tarde, quando da cobertura do julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, quando passou a conceber o mal como banal, algo que poderia ser atribuído a qualquer ser humano, desde que perdesse sua capacidade de pensar por si próprio, tornando-se supérfluo, inexpressivo, vazio. (ARENDDT, 1989; ARENDDT, 1999).

72 Este comportamento é estudado pela memética e o termo *meme* foi criado por Darwins. (DARWINS, 2007).

73 Arendt, por toda a vida, esteve ligada a dois dos grandes pensadores na vanguarda da filosofia da existência (Martin Heidegger e Karl Jaspers), o que lhe proporcionou uma guinada para dentro de si e um assombro perante a existência, que se distingue agudamente da mera curiosidade. Esse “choque filosófico” levou a uma intensa autorreflexão, um pensar consigo mesmo que seria a marca distintiva de todo filosofar autêntico. (ARENDDT, 2008, p. 09). Arendt, ainda que não tenha vivido em total afastamento do mundo, registrou que “a rigor, todo ato de pensar é feito quando se está a sós.” Ela sentiu-se horrorizada com a facilidade de alguns intelectuais da época em nadarem a favor, e

“Sempre há um de mais comigo (...) Sempre um vezes um – com o tempo, isso faz dois!”

Fromm, na mesma linha, sustenta que “o indivíduo pode ficar só, na acepção material, por muitos anos, e sem embargo estar relacionado com ideias, valores ou, pelo menos, padrões sociais que lhe dão um sentimento de comunhão e de ‘relacionamento’” (FROMM, 1983, p. 25). A falta de relacionamento com valores e com o dualismo próprio de toda relação consigo (ou a tríade da relação entre dois) é que se torna intolerável, e seus efeitos, nefastos.

A *solidão*, então, manifesta-se, inclusive, na companhia de outras pessoas. Eis seu traço mais característico - e perverso. Na solidão o sujeito torna-se essencialmente um – não mais dois-em-um – abandonado pelos outros, mas, sobretudo, pelo seu próprio eu. O ser solitário perde a confiança em si e em seus parceiros, distancia-se de seus pensamentos mais vorazes e autônomos (necessários à efervescência de uma existência plena).

Fromm sustenta que o medo da solidão é o maior dos medos humanos. Assim é que, para ele, a liberdade é essencialmente ambígua: um crescente grau de solidão é gerado pelo crescimento e amadurecimento humanos, o que pode dar impulso à renúncia à individualidade como forma de fuga ao medo e à impotência, ingressando completamente no mundo exterior – ou no mundo do outro.

Essa fuga pode se manifestar através de três mecanismos básicos: o autoritarismo, a destrutividade e o conformismo. (FROMM, 1983, p. 118)

Fromm, antecipando algumas concepções que mais tarde seriam encontradas em Hannah Arendt (a respeito das origens do totalitarismo), estabelece associações entre autoritarismo e sadismo e entre este e o masoquismo. Aquele que relega a própria vida, subjugando seus pensamentos livres e autônomos a decisões de terceiros, acaba por internalizar sentimentos de inferioridade, impotência e superfluidez individual (masoquismo, autoflagelação).

O sadismo manifesta-se naquele que possui o desejo pela exploração alheia, por tomar para si o corpo (Foucault) e vontades do outro. Como faces da mesma moeda, sadismo e masoquismo, concebidos no contexto da perda da liberdade e da perversão totalitária, auxiliam o indivíduo a evadir-se de sua intolerável solidão e

não contra, a crescente maré do nazismo, ou em não abandonar totalmente a corrente. Para ela, o ato de pensar “constitui um diálogo entre eu e eu mesmo; mas esse diálogo dos dois-em-um não perde o contato com o mundo dos meus semelhantes, pois que eles são representados no meu eu, com o qual estabeleço o diálogo do pensamento.” (ARENDDT, 1989, p. 528).

de sua impotência. Enquanto em um, o sofrimento é endereçado a si mesmo, no outro, endereça-se a terceiros.

A liberdade, inerente, em princípio, a todo ser humano (que nasce livre, assim como os animais) é alienada no momento em que ele a coloca nas mãos de quem quer que seja. O processo de perda da individuação é algo a que se deve resistir, diariamente, uma vez que o homem está sempre às voltas com opressões. A vontade é uma realidade complexa, mas, é, também, inevitável. A filosofia nietzschiana, através de uma determinação metafísica, assenta-se em tal acepção - a de que o mundo é Vontade de Poder (ou de Potência). “Onde encontrei vida, ali encontrei vontade de potência (...) o mundo visto de dentro, ele seria precisamente vontade de poder e nada além disso”, afirma o filósofo do Zaratustra. (NIETZSCHE, 2008, p. 63)

O duelo estabelecido com seu próprio eu, colocando à deriva a liberdade individual, pode ser compreendido através da alegoria das três metamorfoses empreendida por Nietzsche: do espírito em camelo, do camelo em leão e deste em criança.

O espírito (mente, intelecto) é livre ao nascer (como o animal), mas, em determinado momento, se metamorfosea em camelo, uma besta de carga sobrecarregada por muito peso (os anseios e vontades alheios). É na extrema solidão desse deserto que ocorre a segunda metamorfose, quando o espírito se transforma em leão, visando (re)conquistar sua liberdade e tornar-se rei de seu próprio deserto (NIETZSCHE, 2011, p. 33). O leão ainda não possui a liberdade para criar valores novos, mas reúne as condições para tal. Então, ocorre a terceira metamorfose: o espírito se torna criança. “A criança é inocência, esquecimento, um recomeço, um brinquedo, uma roda que gira por si própria, movimento primeiro, uma santa afirmação”. (NIETZSCHE, 2011, p. 33)

Enquanto camelo, o sujeito é dominado pelas ideias, ideologias e pulsões externas; enquanto leão, ele é capaz de dizer *não* ao que o subjuga e, finalmente, como criança, ele diz *sim* a seus próprios valores e pensamentos. *Sim* para o jogo da criação. Tendo perdido o próprio mundo, quer conquistar seu mundo. Assim falou Zaratustra. (NIETZSCHE, 2011, P. 34)

A destrutividade, por outro lado, enquanto fuga humana ao medo da solidão, é o produto da vida não vivida, no que o sujeito deseja a perfeita destruição de seu objeto de desejo (a pessoa dominada).

Ainda, e por fim, o conformismo traduz forma de escape cada vez mais comum. É o alheamento do mundo, de forma a que ele perca seu caráter ameaçador - que lhe é inerente, dada sua complexidade. Identifica-se esse fenômeno nas sociedades pós-modernas; fenômeno semelhante à servidão voluntária de que falou La Boétie, referindo-se à passagem do homem livre ao determinado pelos padrões socioculturais.

Fromm, depois de Marx, e La Boétie, séculos antes, abordaram a alienação e o conformismo que o Estado estrutura para garantir seu domínio sobre a organização dos sistemas de produção e divisão da sociedade em classes, garantir a força do trabalho através do salário e da sujeição à ordem vigente.

Isto porque a ideologia dominante utiliza-se de instrumentos, ora ideológicos, ora repressivos, para incutir ao homem a obediência à ordem estabelecida, seja ela qual for. Althusser (1996, pp. 105-142) classifica tais instrumentos através das siglas AIE e ARE. Os Aparelhos Ideológicos do Estado (AIE) funcionam por intermédio da ideologia (religiosa, familiar, educacional, jurídica, política, sindical, etc.), enquanto os Aparelhos Repressivos do Estado (ARE) agem por meio da força e da tirania. Aqueles são mais facilmente assimilados, e de forma pouco perceptível pelo subjugado, vez que se reproduzem em larga escala através de mensagens subliminares, presentes em tudo quanto é humano.

2. A MASSIFICAÇÃO DO PENSAMENTO ENQUANTO RUPTURA COM A LIBERDADE

A redução do homem a um feixe de reações separa-o tão radicalmente de tudo o que há nele de personalidade e caráter quanto uma doença mental. Mas, quando ele se ergue dentre os mortos, reencontra inalterados a personalidade e o caráter, exatamente como os havia deixado (ARENDRT, 1989, p. 492).

Hannah Arendt, ao anunciar, em *Origens do Totalitarismo*, que não estabelecerá uma relação de causalidade para tratar das causas do movimento totalitário,

ensina que ele se desenvolve através de cristalizações subterrâneas, no que a perda da capacidade de pensar por si próprio é uma de suas principais.

Já se abordou que a atividade de fuga de si próprio (e de todos seus fantasmas, medos e angústias) reconhece-se como um processo de autoflagelação fantasiado de autopreservação. O sujeito crê estar-se preservando, quando, em verdade, opera-se sua destruição, porquanto a destruição de seu pensar livre forja sua própria (e maior) destruição.

A insatisfação gerada por determinada situação - humilhação política, como no caso da Alemanha no pós-Primeira Guerra - confunde-se com a perda radical do interesse do indivíduo em si próprio, operando-se uma *atomização social*.

Hannah Arendt, brilhantemente, previu essa psicologia do homem-de-massa da Europa: uma multidão de homens insatisfeitos que, ao verem-se assediados por uma fuga da realidade, optam por ela. Tratam-se de seres tão sem laços sociais e cujos lugares no mundo lhes foram extorquidos, que lhes restam partidarizarem-se a movimentos de massa. Os movimentos totalitários valem-se da organização das massas, que, por sua vez, não se unem pela consciência de um interesse comum; ao contrário, o termo massa só se aplica quando se está lidando com a indiferença e a superfluidade humanas. Arendt reflete que, “potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto”. (ARENDDT, 1989, p. 361)

Aniquilada a liberdade individual para a tomada das rédeas da própria vida, cria-se ambiente fértil ao nascimento do fantasma do totalitarismo. O sujeito que tende a se considerar desimportante e dispensável tem mais chances de filiação ao fenômeno de massa e tal processo, alertou Arendt, não é freado pela expansão educacional, pois até os indivíduos cultos se sentiam particularmente atraídos pelos movimentos de massa. (ARENDDT, 1989, p. 366)

Regimes totalitários destroem a singularidade do homem. Valendo-se de sua crise de identidade, propõem uma ideologia redentora. Os indivíduos abrem mão de sua espontaneidade, tornando-se “horíveis marionetes com rostos de homem” (ARENDDT, 1989, p. 373). Distinguem-se de outros movimentos pela exigência de lealdade total e irrestrita de cada membro individual, que é compelido a jamais mudar de opinião (Hitler costumava dizer que o homem só poderia mudar de

opinião até os 30 anos de idade; depois disso, deveria manter-se fiel a velhas ideias e fechado a qualquer devir).

A estes homens possuidores de vidas supérfluas fora dada a oportunidade de aniquilamento daqueles que possuíam uma “vida sem valor” ou “vida indigna de ser vivida” (AGAMBEN, 2002, pp. 144-145), estes identificados com os que lhe são diversos (ciganos, judeus, nômades, árabes, negros, idosos, etc.). Durante o Holocausto, Hitler comandou a chamada Solução Final, e ordenou que o governo do Reich eliminasse doentes incuráveis, aqueles oriundos de origem judaica, que possuíam uma “vida indigna de ser vivida”. Essa era sua comunidade de destino: a raça ariana deveria se perpetuar e exterminar tudo aquilo que não pudesse ser consigo identificado.

Criou-se um tipo inédito de inimigo, que Arendt (1999, p. 45) chamou de “inimigo objetivo”; não importa o que (não) tenham feito, sua condenação é definida de acordo com a categoria a qual pertençam (ciganos, judeus, nômades, árabes, negros, idosos, etc.). Eram criminosos sem crimes. E, quando a Solução Final foi levada ao conhecimento da opinião pública, não houve protestos, o que demonstra a complacência com que os países ocupados pelos nazistas (e a população atomizada) possuíam em relação à política de extermínio de judeus⁷⁴.

Carlo Ginzburg (2001, p. 16), citando o russo Chklovski, assinala que “a vida passa, se anula. A automatização engole tudo: coisas, roupas, móveis, a mulher e o medo da guerra”. Utilizando-se do arbítrio e de seus aparelhos ideológicos próprios, Estados totalitários atingem o homem em toda sua essência, através de discursos de obediência e redenção. “Examinai, diligentemente, todas as faculdades de vossa alma, a memória, o entendimento, a vontade. Examinai, também, com

74 Arendt lembra a excepcionalidade da Dinamarca, que, mesmo não possuindo condições militares de enfrentamento aos nazistas, resistiu à Solução Final. O próprio rei informou aos ocupantes que se algum judeu dinamarquês fosse obrigado a usar a infame estrela amarela, ele seria o primeiro a utilizá-la. Enquanto Itália e Bulgária sabotavam as ordens alemãs e se permitiam um complicado jogo de negociação e trapaça, salvando seus judeus graças a um *tour de force* de pura criatividade, jamais contestando a política enquanto tal, os dinamarqueses fizeram uma coisa completamente diferente. Quando os alemães os abordaram, os funcionários governamentais tiveram o cuidado de esclarecer que medidas antijudaicas de qualquer ordem provocariam sua imediata renúncia. Essa recusa deve ter sido uma infinita surpresa para os alemães, visto que parecia ‘ilógico’ um governo proteger pessoas a quem havia recusado categoricamente naturalização e mesmo permissão de trabalho. Os dinamarqueses, porém, explicaram aos funcionários alemães que uma vez que os refugiados apátridas não eram mais cidadãos alemães, os nazistas não podiam requisitá-los sem o consentimento dinamarquês. Esse foi um dos poucos casos em que a falta de pátria acabou sendo um privilégio.” (ARENDR, pp. 190 e 191).

exatidão todos os vossos sentidos...Examinai, ainda, todos os vossos pensamentos, todas as vossas palavras e todas as vossas ações”. (FOUCAULT, 2014, p. 22)

Em 1958, quatro anos antes de cobrir o julgamento de Eichmann em Jerusalém, quando Arendt planejou intitular A condição humana de *Amor mundi* (amor ao mundo), ela assenta sua visão de mundo na pluralidade e singularidade dos homens, isto é, no fato de que, conquanto sejam todos humanos, “ninguém é exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir” (ARENDR, 1981, p. 16). A ação, condição humana da *vita activa* e o pensar, condição da *vita contemplativa*, são aquilo que conferem, em última e pioneira análise, a singularidade e consequente pluralidade humana.⁷⁵

Com a atomização social e o esvaziamento da capacidade humana de pensar, torna-se fácil afogar-se no despotismo da liberdade. Torna-se fácil ser um homem banal, que nada faz além de cumprir ordens. Arendt, ao analisar pessoalmente o caso Eichmann, concebe que a cristalização do totalitarismo se dá, basicamente, pela banalidade do mal, justificada por uma ausência de pensamento de quem o pratica. “Quanto mais se ouvia Eichmann, mais óbvio ficava que sua incapacidade de falar estava intimamente relacionada com sua incapacidade de pensar, ou seja, de pensar do ponto de vista de outra pessoa”. (ARENDR, 1999, p. 62)

O homem é um ser incompleto que preenche seu vazio quando se defronta com a dualidade amigo-inimigo, sendo tarefa do soberano decidir quem é o amigo e quem é o inimigo. Esse apego à dicotomia bem x mal restringe a liberdade. Complexas disputas éticas, políticas, econômicas, religiosas, estratégicas, ao serem diminuídas a tal dicotomia, perdem seu objeto, deslegitimando-se. A necessidade desse encaixe pode ser explicada pela necessidade de que falava Nietzsche (Wille zur Wahrheit), de “entender” o mundo, falsificando a realidade, encaixando-a em categorias de bem e de mal e, por fim, agir com base nesse entendimento.

75 Em A condição humana, Arendt reflete acerca da singularidade dos homens, debruçando-se sobre o tema da *vita activa*, por oposição à *vita contemplativa* que ela analisaria mais tarde na obra A vida do espírito, que restou inconclusa. As três atividades da *vita activa* são: o labor, o trabalho e a ação. A cada uma delas corresponderia uma das condições básicas mediante as quais a vida foi dada ao homem na Terra. O labor é o processo biológico do corpo humano, produção e consumo dos bens necessários à própria vida, cuja condição humana é a própria vida; no trabalho, o homem produz um mundo artificial de coisas, fabrica bens e coisas duráveis, esse é o *homo faber*, cuja condição humana é a mundanidade; já a ação, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem sobre a Terra e habitam o mundo.” (ARENDR, 1981).

Esse entendimento não corresponde à realidade, mas confere segurança e poder. “Somos assim: nascemos na insuficiência, morremos na insuficiência, sempre movidos pela necessidade que temos dos outros, em busca do complemento que nos falta.” (TODOROV, 2012, p. 114)

Nesse sentido, se os homens são bons ou maus, é necessário compreender que a decisão do soberano precede a linguagem moral da dicotomia bem x mal. O estado oligárquico dispõe da vida de seus cidadãos, ordenando-os que matam e morram na guerra com o “inimigo”. O totalitarismo seria, então, a única forma de garantir o afastamento da inimizade e a garantia da segurança e da paz dentro da nação (SCHMITT, 1992, p. 50).

Traçadas estas linhas, pode-se indagar quais seriam (se é que eles existem) os motivos pelos quais o sujeito entrega-se à atomização. A repetição dos atos da vida cotidiana e a sistematização diuturna do agir condicionam o olhar e esta parece ser uma das raízes do problema da massificação e da obediência organizada. A rotinização, sem o necessário empreendimento de um olhar enviesado sobre as coisas, impede o indivíduo de se assombrar com o mundo e sua violência. A ignóbil distribuição de riqueza, a guerra injusta, o discurso autoritário, a atitude misógina, a palavra racista, o não oferecimento de condições mínimas de subsistência, tudo deixa de assombrar, torna-se normal e corriqueiro.

3. (RE)CONSTRUIR IDENTIDADES: O CASO DOS APÁTRIDAS E DAS *DISPLACED PERSONS*

O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade. (ARENDDT, 1989)

Conforme já dito, aquele que não percebe nenhuma semelhança entre si e o outro é aquele que, para além de estar só, está em solidão – abandonou seu próprio eu.

Os indícios de desgraça multiplicam-se (o número de refugiados multiplica, imigrantes são achincalhados, apátridas vivem à beira do mundo) e, contudo, a

população de massa reage “não rejeitando-a, mas absorvendo-a na harmonia pré-estabelecida do universo; ela a deixa crescer por fora, mas a supera em seu foro íntimo, encontrando um sentido para ela” (a desgraça) (TODOROV, 1995, p. 248).

Nas sociedades pós-modernas, continuam a existir, conforme ponderação de Celso Lafer, “situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar os homens supérfluos e, portanto, sem lugar no mundo” (LAFER, 1988, p. 118). Se, de um lado, estes, oriundos do abandono de si mesmos, não sofrem as agruras de literalmente não possuírem um espaço no mundo, há tantos outros que, evidentemente, não possuem identidade, reconhecimento ou nacionalidade. São os sem-teto, sem-nome, sem-mundo. Em sua conotação literal.

São as chamadas *displaced persons*, que, neste trabalho, serão identificadas como exemplos da incapacidade de o sujeito da contemporaneidade espantar-se perante a desgraça e identificar-se com seus semelhantes (diversos e possuidores de potencialidades próprias).

Estima-se que 175 milhões de pessoas no mundo estejam deslocadas de seu país. Esta, talvez, seja uma chave comparável, em termos de impacto, à guerra, à fome e, em longo prazo, à prisão (SUVIN, 2005, p. 107). São pessoas que foram obrigadas a saírem de sua sociedade de origem por motivos políticos ou sociais. “*To be prevented from returning home, one must first have left under pressure and in circumstances which make a return impossible, although the particular individual may not have been fully that this would be the case.*” (SUVIN, 2005, p. 108)

A História traz diversos casos de expatriados, como Hemingway, Hannah Arendt, Fitzgerald, Stein, Miller, Wright. Ao contrário deles, milhões de pessoas vivem em desespero silencioso, cujas vozes foram caladas pela resignação e alienação frutos do ambiente de coletivização contemporâneo.

Essas *displaced persons* converteram-se no refúgio da terra, uma vez que, ao perderem seus lares, viram-se expulsos da trindade Estado-Povo-Território (LAFER, 1988, p. 139). Para Hannah Arendt, esse fator, de insignificante transformou-se em um dos agentes catalisadores do regime totalitário nazista.

As restrições à livre circulação das pessoas dificultaram migrações e a possibilidade de que se adquirisse nova nacionalidade por naturalização, o que contribuiu para tornar inócuo o direito humano afirmado por Jefferson, em 1801, de que todo homem tem o direito de viver em algum lugar da Terra (LAFER, 1988, p. 140).

A migração é um fenômeno amplo, que pode ser interno ou externo ao Estado nacional, e que é definido por deslocamentos ocorridos por diversos motivos, como inflação, desemprego, religião, etnia, dentre outros. Para Sayad, sociólogo argelino que estuda a imigração argelina para a França, a migração se define por relações de dualidade: emigração e imigração, ausência e presença, exclusão e inserção (SAYAD, 2000, p. 11). Esse deslocamento físico traduz-se, também, em uma significação de um evento na estrutura social: o poder simbólico presente no ato de migrar. Daí porque Sayad denomina o processo de migração de “processo total”, que deve ser visto em todas as suas formas, desde as condições da emigração até as formas de inserção e acolhimento do imigrante no país para onde vai.

Os argelinos, como a maioria dos imigrantes (haitianos, filipinos, judeus, indianos) não possuem condições de sobrevivência em seus países de origem. A sociedade que se vê obrigada a recebê-los encara-os como um “problema” e diversos relatos sobre como a imigração estereotipa e segrega podem ser encontrados, ainda em Sayad, como “biografias reconstruídas”.⁷⁶

O produto do fenômeno migratório, uma duplicidade de presença / ausência como faces de uma mesma moeda, não apenas unifica elementos em um mesmo processo (regiões expulsoras e receptoras), como transforma esse mesmo processo em uma constituinte de realidade política, econômica, social e historicamente distinta.

Diante da duplicidade da ausência/presença, o antropólogo Ulf Hannerz explica, ainda, que a história acumula correntes de fluxo cultural em padrões cambiantes. Esse complexo de assimetrias tomou forma séculos atrás na Europa, e, tendo-se acelerado neste século, também criou condições para os posteriores contrafluxos e fluxos entrecruzados no espaço que hoje se exteriorizam como admiráveis (HANNERZ, 1997, p. 14).

O processo de migração, assim, é marcado por sua natureza híbrida, medido por suas continuidades, rupturas e relações que ocorrem das mais diversas formas. O fenômeno de entrada e saída de seu país de origem implica, a quem se desloca, um processo de ausência/presença que não se restringe a ele, conquanto afeta instituições e agentes de toda a sociedade.

76 Sayad, nesse contexto, alerta que os relatos de histórias de vida traduzem artifício que visa superar a falta de arquivos, mas não devem resumir-se à mera abordagem de dados descontextualizados de um “objeto de estudo” já denominado e hostilizado (SAYAD, 2000, p. 15).

A experiência do deslocamento é uma situação marcante para aquele que deixa para trás seu país. E o marcante, aqui, conforme refletem Chueiri e Câmara (2010, p. 159), dá-se em sentido literal. “O corpo dos deslocados fica marcado justamente pela falta de identidade e reconhecimento”. As autoras recordam que há histórias de uma doença que acomete os viajantes migratórios, a Síndrome de Ulisses, cujo nome fora dado em referência ao personagem Homero que, conforme consta em *Odisséia*, atravessa o mundo, após a guerra, por anos, na esperança de voltar ao lar.

Relatos semelhantes podem ser encontrados em *Vozes roubadas* e *O diário de Anne Frank*. Neste, Anne, menina alemã que foi obrigada a deixar seu país, com sua família judia, após a chegada de Hitler ao poder, escreve um diário, relatando como eram os dias em que passava no Anexo Secreto, as transformações e angústias de viver escondida e sem algo que lhe desse sentido, ou que pudesse chamar de vida.

“Bem no fundo, os jovens são mais solitários do que os adultos.” Li isso em algum livro, e ficou na minha mente. Pelo que posso dizer, é verdade. Então, se você está me perguntando se ficar aqui é mais difícil para os adultos do que para os jovens, a resposta é não, com certeza. Os mais velhos têm uma opinião formada sobre tudo, são seguros de si e de seus atos. Para nós, jovens, é duas vezes mais difícil sustentar nossas opiniões numa época em que os ideais são estilhaçados e destruídos, quando o pior lado da natureza humana predomina. (...) Qualquer pessoa que afirme que os mais velhos passam por mais dificuldades no Anexo não percebe que o problema tem um impacto muito maior sobre nós. Somos muito jovens para enfrentar esses problemas (...) para mim, é praticamente impossível construir a vida sobre o alicerce de caos, sofrimento e morte. Vejo o mundo ser transformado aos poucos, numa selva, ouço o trovão que se aproxima e que, um dia irá nos destruir também, sinto o sofrimento de milhões. E, mesmo assim, quando olho o céu, sinto de algum modo que tudo mudará para melhor, que a crueldade também terminará, que a paz e a tranquilidade voltarão. Enquanto isso devo me agarrar aos meus ideais. Talvez chegue um dia em que eu possa realizá-los! Sua Anne Frank, sábado, 15 de julho de 1944. (FRANK, 2014, p. 365)

Na manhã de 4 de agosto de 1944, um carro parou na rua onde a família Frank estava escondida. Dele saíram um sargento da SS uniformizado e, no mínimo, três membros holandeses da Polícia de Segurança, todos armados. Alguém

deve os ter delatado. Foram todos presos e, destes, apenas Otto Frank, pai de Anne, sobreviveu aos campos de concentração (FRANK, 2014, posfácio).

É evidente, assim, que o ato de migração é (literalmente) marcante para seus personagens, que ficam privados não só da terra, das raízes e de seus costumes, mas de suas identidades. Seus direitos humanos lhe são arrancados, e a ferida aberta na pele, não raras vezes, jamais cicatriza.

Hannah Arendt, que, de família judia, teve de se retirar de seu país, permanecendo apátrida por uma década, salienta que, mesmo finda a Segunda Guerra, houve guerras civis e, mesmo estas, não foram menos cruéis e sangrentas que aquela.

Em decorrência das migrações, fenômeno que se tornou comum na Europa pós-guerra, aqueles que se viram compactados em grupos sem-destino, não foram assimilados em parte alguma; viram-se destituídos de direitos e de cidadania. Considerados mendigos sem identificação, sem nacionalidade, sem dinheiro e sem transporte; alguém que irá atormentar as fronteiras dos países (ARENDR, 1989, p. 302).

“A própria expressão direitos humanos tornou-se para todos os interessados – vítimas, opressores e espectadores – uma prova de idealismo fútil ou de tonta e leviana hipocrisia” (ARENDR, 1989, p. 302). Arendt (1989, pp. 300-336) identificou o Capítulo 5 de sua obra como “O declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem”, tratando da “nação de minorias e dos povos sem Estado” e das “perplexidades dos direitos do homem” em páginas que antecederam seu estudo sobre o totalitarismo.

O drama dos apátridas observa-se na medida em que perdem o fio condutor que os ligam ao Direito Internacional Público, pois é a nacionalidade que lhes garante proteção diplomática. Acabam por viver à margem das leis e das cidades; tornam-se, como os judeus para o nazismo, criminosos sem crimes, estando sempre sujeitos à prisão, à privação de seus direitos de locomoção, moradia e dignidade e à marginalização. Além do mais, a falta de cooperação intergovernamental é patente (RÊBELO, 2014, p. 147).

As realidades das *displaced persons* levantaram diversas questões inerentes à Filosofia do Direito, conforme ressalta Celso Lafer, e a principal delas talvez seja

a necessidade de se possibilitar a assunção de direitos humanos, por parte dos *Heimatlosen*⁷⁷, independentemente de seus *status civitatis* (LAFER, 1988, p. 146).

O mundo, para os deslocados⁷⁸, torna-se pequeno demais em expectativas e acolhimento; seus medos os enfraquecem e a possibilidade de serem sujeitos de suas próprias vidas se esvai. A condição mundana destas “minorias” é uma realidade latente em todo o mundo, crescente desde o surgimento das minorias resultantes dos acordos do final da Primeira Guerra e das desnacionalizações promovidas legitimamente pelos governos da época.⁷⁹ A instabilidade que permeava numa Europa sempre à beira da destruição ainda se verifica em diversos cantos do mundo. A atualidade do tema, aliás, pode ser verificada na situação estadunidense que, utilizando-se do combate ao terrorismo no pós-11 de setembro, instituiu um regime de exceção⁸⁰ e de permanente ameaça em nome da segurança nacional.

77 Expressão alemã para apátridas.

78 Deslocados, nesse texto, são considerados todos aqueles que se veem obrigados a saírem de seus países de origem, seja por motivos religiosos, políticos, culturais ou econômicos. Frise-se que, ademais, deslocados podem ser compreendidos como aqueles que se mudam dentro de seu próprio território, mas veem-se desabrigados de seus direitos. Caso emblemático pode ser analisado em *KARANOVIĆ v. BOSNIA AND HERZEGOVINA*: “*The circumstances of the case: The applicant was born in 1928 and lives in Sarajevo. In 1987 he was granted an old-age pension from the pension fund of the former Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina. In 1992 the applicant left his home in Sarajevo, in what is today the Federation of Bosnia and Herzegovina, and moved to what is today the Republika Srpska. While he was internally displaced, he received his pension from the Republika Srpska. Upon his return to Sarajevo in 2000, the applicant unsuccessfully sought to receive his pension from the Federation of Bosnia and Herzegovina. On 28 February 2002 he complained to the Human Rights Chamber. On 6 January 2003 the Human Rights Chamber joined the applicant’s case (no. CH/02/9364) and those of Mr Kličević and Ms Pašalić (nos. CH/02/8923 and CH/02/8924) and adopted a single decision. It was read out at a public hearing on 10 January 2003. Having been taken by the full Chamber, the decision became final immediately. The Human Rights Chamber held that the applicant (together with Mr Kličević and Ms Pašalić) was discriminated against in his enjoyment of the right to social security as guaranteed by Article 9 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.*” Disponível no site da **European Court of Human Rights**: <www.hudoc.echr.coe.int/>. Acesso: 03 de dez de 2021.

79 Olivia Bastos ressalta que “os tratados que visavam proteger essas minorias desnacionalizadas mostraram-se inadequados, o que os deixou sem possibilidade de recorrer a qualquer outro Estado em busca de proteção. O chamado Tratado das Minorias, elaborado e assinado por ocasião do Armistício, deixou esse problema sem solução, pois aglutinava povos diversos num só Estado e outorgava a alguns deles o status de ‘povos estatais’, confiando-lhes o governo. Isto porque supunham, silenciosamente, poderem os outros povos nacionalmente coesos chegar à parceria no governo, o que era inviável; e, com igual arbitrariedade, criaram um terceiro grupo de nacionalidades, o das chamadas minorias ou ‘rebotinho da terra’, acrescentando aos muitos encargos dos novos Estados a observação de regulamentos especiais, impostos de fora, para aquela parte do povo. Assim, os povos não agraciados com Estados nacionais se transformaram nas minorias destes próprios Estados. (...) Arendt aponta como consequência deste sistema o sentimento de deslealdade destes indivíduos, com um governo imposto, que, por sua vez, se via no direito de oprimir suas minorias do modo mais rigoroso possível.” (BASTOS, 2001, p. 304).

80 Agamben ressalta que “entre os elementos que tornam difícil uma definição do estado de exceção, encontra-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do estado normal, a guerra civil se situa numa zona de indecibilidade quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.” Para ele,

Deflagrou-se, diante do fenômeno das migrações, um novo conceito de soberania, exercitado, sobretudo, através do controle de migração nas fronteiras. A securitização dos espaços públicos se expande e, em seu nome, políticas de exceção anti-migratórias são instaladas em diversas legislações em todo o mundo (CHUEIRI; CÂMARA, 2010, p. 164).

A aporia queda-se latente. Contrários aos apátridas e aos deslocados, comunidades de diversas nações os discriminam, criminalizando suas tentativas de sobrevivência ao redor do mundo⁸¹. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão revela-se, para eles, inócua e inexpressiva, na medida em que não são reconhecidos como *homens* ou como *cidadãos* – o próprio título da declaração institui, ainda que implicitamente, uma diferenciação que dá azo a interpretações neste sentido.

Aquele sujeito que *estava* no mundo passa a *tangenciar* o mundo. Sua ontologia é dilacerada e é retratada por Agamben (2002, p. 16) como o ser possuidor da “vida matável”, a “vida nua”. Essa é a vida do *Homo sacer*, cuja função essencial na política moderna o autor pretende reivindicar.

A incapacidade de se colocar no lugar do outro é detonadora de conflito e intolerância. Para Arendt, aquele que perdeu seu *status civitatis* está expulso da humanidade. “É o que ocorre, por exemplo, com o soldado em época de guerra, que vê o seu direito à vida posto em questão; com um condenado por um crime à prisão, que perde o seu direito de ir e vir; com o cidadão que num estado de sítio enfrenta restrições em matéria de liberdade de opinião” (LAFER, 1988, p. 147).

Os limites de atuação dos Estados, perante o fenômeno das migrações, é assunto que deve ser tratado de forma conjugada com o respeito à dignidade e individualidade do outro, característica fundamental da condição humana da pluralidade na Terra. Os inúmeros casos de violência – indescritíveis – colocam em xeque a capacidade humana de resolver seus problemas e do mundo que (se diz) civilizado.

Diante desse contexto, parece que Steven Pinker (2002) estava enganado a respeito da pretensa evolução da cultura pós-moderna. Abre-se espaço, na contra-

as democracias ocidentais vivem um processo de rompimento e de expansão soberana dos Estados para além de seus limites, criando situações de exceção e de violência que, facilmente, são digeridos por uma comunidade atordoada e carente de si. (AGAMBEN, 2004, p. 12).

⁸¹ Arendt ressalta que “somente como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei”. (ARENDDT, 1989, p. 320)

mão, à feroz crítica de Robert Kurz (2010, p. 129) à razão sangrenta (ainda que o sangue seja simbólico): “o postulado weberiano da liberdade do valor e o postulado habermasiano do discurso livre de dominação são igualmente ilusórios.”

A intolerância e o sadismo ainda vigoram; enquanto parcela do mundo vive cotas de liberdades, minorias (não seriam maiorias?) vivem à parte do mundo racionalizado. Kurz, ainda em sua crítica à razão sangrenta, relata que vigoram, no mundo, leis não escritas de reputação, onde identidades são (des)protegidas; desenvolve-se aversões, expressam-se idiosincrasias e rivalidades terminam por se desencadear. Com isso, delimita-se aquilo que ele chamou de “não apenas uma fronteira meramente formal, senão que também se cultiva uma correção no trato; defende-se igualmente um senso comum” (KURZ, 2010, p. 130).

Retomando a questão central desse trabalho, é preciso reconhecer que a sublimação do eu é direito de todo sujeito. Afinal, existência humana e liberdade são, conforme reflexão de Fromm, inseparáveis (FROMM, 1983, p. 35). É verdade que esse “eu” é objeto, ao longo da vida, de inúmeros descentramentos⁸², fruto das próprias relações humanas, complexas e mutáveis que são, e das relações (tormentosas) consigo mesmo. Porém, não menos verdade é que um eu absolutamente descentrado mina a individualidade e toda a potencialidade de um devir humano, criativo e singular.

Como um resgate à liberdade e à valorização das particularidades individuais, e retornando ao proposto no início do texto, propõe-se um resgate ao estranhamento, a uma visão holística que repouse sobre as coisas do mundo um olhar móvel, reavivado e não paralisado. Ao nome de Um, La Boétie opõe o nome da amizade (CHAUÍ, 2013, p. 19). A superação da servidão (no que não resistir diante de manifestações de violência física ou simbólica, caracteriza, certamente, uma de suas manifestações) passa pela amizade, que, conforme texto de Chauí, forja a recusa do servir (CHAUÍ, 2013, pp. 11-100).

82 Expressão utilizada por Agnès Heller, quando trata do descentramento do eu e do descentramento do mundo desconhecido ao seu redor. (HELLER, 1999, pp. 185-199)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto propôs-se a investigar aspectos de uma ontologia da liberdade, abordando obstáculos que o homem da pós-modernidade passa a enfrentar, diante de discursos totalizantes de massificação do pensamento. A investigação buscou fazer uma interlocução entre as questões da rotinização, da liberdade e do drama das *displaced persons* diante da resignação do homem-de-massa às tragédias e dramas contemporâneos. É preciso resistir, tal qual Thoreau, Martin Luther King e Gandhi fizeram. Mais do que armas, é necessário o estranhamento, o *compreender* e o *enxergar*. Verdadeiramente. E, de preferência, com poesia.

Vi ontem um bicho
Na imundície do pátio
Catando comida entre os detritos.
Quando achava alguma coisa
Não examinava nem cheirava:
Engolia com voracidade
O bicho não era um cão,
Não era um gato,
Não era um rato.
O bicho, era um homem (BANDEIRA, 1958, p. 356).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer I**: o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado (notas para uma investigação). In: ADORNO, Theodor W. et al. Org. Salvoj Zizek. Trad. Vera Ribeiro. **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

ARENDT, Hannah. **Compreender**: formação, exílio e totalitarismo (ensaios 1930-54).

Trad. Denise Bottman. Org. Jerome Kohn. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

_____. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Origens do totalitarismo**: Anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BANDEIRA, Manuel. Poesia e prosa. v. 1. Rio de Janeiro: Aguillar, 1958.

BASTOS, Olivia Fürst. Hannah Arendt e o tema dos refugiados: breves notas. *In*: **O direitos internacional dos refugiados**: uma perspectiva brasileira. Coord. Nadia de Araújo e Guilherme Assis de Almeida. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERLIN, Isaiah. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 220. (Título original: **Four essays on liberty**).

CHALLENGER, Melanie; FILIPOVIC, Zlata. **Vozes roubadas**: diários de Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Contra a servidão voluntária**. Escritos de Marilena Chauí. Vol. 1. Org. Homero Santiago. Belo Horizonte: Autêntica Editora; São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade. *In*: **Direito, Estado e sociedade**. n. 36, jan/jun 2010.

DARWINS, Richard. **O gene egoísta**. Trad. Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1**: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ªed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FRANK, Anne. **O diário de Anne Frank**: edição integral. Trad. Ivanir Alves Calado. 26ª ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

FROMM, Erich. **O medo à liberdade**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

GINZBURG, Carlo. **Olhos de madeira**: nove reflexões sobre a distância. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HANNERZ, Ulf. **Fluxos, fronteiras, híbridos**: palavras-chave da antropologia transna-

cional. vol. 3. Rio de Janeiro: Abril, 1997, p. 14.

HELLER, Agnès. **A Theory of Modernity**. Blackwell: Malden, Mass. and Oxford, 1999.

KURZ, Robert. **Razão sangrenta**: ensaios sobre a crítica emancipatória da modernidade capitalista e de seus valores ocidentais. Trad. Fernando R. de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2010, p. 129.

LA BOËTIE, Etienne. **Discurso da servidão voluntária**. Trad. Casemiro Linarth. São Paulo: Martins Claret, 2009.

LACAN, Jacques. **Da psicose paranoica em suas relações com a personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 118.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 63.

_____. **Assim falou Zaratustra**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

PINKER, Steven. **The Blank slate**: the denial of human nature in modern intellectual life. New York: Viking, 2002.

RÊBELO, Felipe César José Matos. Atividade econômica, terrorismo e sistema de preservação dos direitos humanos. *In: Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. PUCPR, v. 5, n. 1, jan/jun 2014.

SAYAD, Abdelmalek. **Imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Edusp, 2000.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Trad. Alvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

SUVIN, Darko. Displaced persons. *In: New left review*. Jan/feb 2005. NLR 31. London.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 114.

_____. **Em face do extremo**. Trad. Egon de Oliveira Rangel e Enid Abreu Dobránszky. Campinas, SP: Papirus, 1995.

Capítulo 3

ACESSO A VACINA DA COVID-19 COMO PROBLEMA TRANSNACIONAL

*Janine Hillesheim*⁸³

*Márcio Ricardo Staffen*⁸⁴

Resumo: O escopo do presente trabalho está assentado nas implicações da pandemia causada pelo Sars-CoV2 no contexto de globalização e transnacionalismo e o acesso a vacina da Covid-19 como problema transnacional. Verificou-se que é imprescindível a cooperação e solidariedade global, assim como a responsabilidade humanitária para a concretização do alcance justo e equânime da vacina da Covid-19 a toda a população mundial, com atenção especial aos países mais pobres, como forma mais segura e eficaz de controle e fim do estado pandêmico. Quanto à metodologia, o método é o dedutivo e a técnica é a bibliográfica.

Palavras-chave: Transnacionalismo; Pandemia; Covid-19; Vacina.

Abstract: The scope of the present work is based on the implications of the pandemic caused by Sars-CoV2 in the context of globalization and transnationalism and the access to Covid-19 vaccine as a transnational problem. It was found that global cooperation and solidarity are essential, as well as humanitarian responsibility for achieving the fair and equitable reach of the Covid-19 vaccine to the entire world population, with special attention to the poorest countries, as a safer and more effective control and end of the pandemic state. As for the methodology, the method is deductive and the technique is bibliographic.

Key words: Transnationalism; Pandemic; Covid-19. Vaccine.

83 Mestranda em Direito pelo Complexo de Ensino Superior Meridional S.A. - IMED (2021). Advogada. E-mail: janine.hh@hotmail.com. Sem Orcid.

84 Professor orientador. Doutor em Direito Público Comparado pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Estágio de Pós-Doutorado em Direito Transnacional – Università degli Studi di Perugia (CAPES/PDE). Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Faculdade Meridional/IMED. *Visiting Researcher* no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Alemanha). Doutor *Honoris Causa* pela Universidad Antonio Guillermo Urello (Peru). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Email: marcio.staffen@gmail.com . Orcid: 0000-0002-4072-2644.

INTRODUÇÃO

A humanidade vivencia atualmente um dos maiores desafios já enfrentados, o estado de pandemia da Covid-19 declarada pela OMS em 11 de março de 2020. O alto poder de contágio da doença, que encontrou numa sociedade globalizada o cenário ideal para avançar de forma acelerada, ultrapassou barreiras territoriais que ignora classe social, raça, religião ou qualquer outra característica social, cultural, econômica ou política.

Entretanto, a atuação desordenada dos Estados nacionais, em especial pela falta de padronização de medidas de contenção do contágio pelo vírus, muito em razão da preocupação com a perda econômica e da possível recessão decorrente da paralização das atividades ou, até mesmo, pela postura negacionista de alguns governos, enfraqueceu a capacidade mundial de enfrentamento da doença e a Covid-19 tornou-se um problema de saúde pública que ultrapassou os limites dos Estados nacionais e suas fronteiras.

Houve um esforço global em pesquisas e estudos voltados a desenvolver, fabricar e distribuir vacinas seguras e eficazes contra a doença e, até o momento, seis vacinas já apresentam avaliação positiva de qualidade, segurança e eficácia pela OMS.

Em dezembro de 2020 foi dado início a vacinação em massa, contudo dados tem demonstrado que a vacina não tem alcançado a população a níveis mundiais de forma equânime, em especial os países de baixa renda.

Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo analisar o novo coronavírus ante a realidade transnacional e se propõe a investigar a possibilidade da utilização dos mecanismos presentes no Direito Transnacional como alternativa ao acesso a vacina contra a Covid-19 de forma equânime a população mundial como forma mais segura e eficaz de controle e fim do estado pandêmico.

Direcionar-se-á a pesquisa através do método dedutivo, a partir de revisão bibliográfica, tendo como base três tópicos, os quais buscam esclarecer o problema jurídico, possibilitando tecer, ao cabo, considerações finais.

Nesse sentido, no primeiro tópico busca-se contextualizar o cenário pandêmico gerado pela disseminação da Covid-19. No segundo tópico, serão conceitua-

dos os fenômenos da globalização e transnacionalismo, e suas implicações ao atual cenário mundial causado pela pandemia da Covid-19.

Por fim, no terceiro tópico, propõe-se a análise do acesso equânime à vacina contra a Covid-19 como problema global, que demanda a cooperação e solidariedade global para a concretização do alcance justo da vacina a toda a população mundial, seguindo uma visão transnacional para solução do problema.

ACESSO A VACINA DA COVID-19 COMO PROBLEMA TRANSNACIONAL

O CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, Província de Hubei, na República Popular da China, foram relatados casos de pneumonia grave em humanos. Entretanto, os órgãos chineses se manifestaram que não se tratava de casos de Síndrome Respiratória Aguda Grave – SARS - ou Síndrome respiratória do Oriente Médio – MERS - e que não havia evidências de transmissão do vírus de humano para humano (BBC NEWS BRASIL, 2020), sendo que somente em 07 de janeiro de 2020 que as autoridades chinesas tornaram público que se tratava de um novo tipo de coronavírus (OPAS, 2020).

Em 30 de janeiro de 2020, quando o Sars-CoV-2 já estava presente em quatro continentes (BBC NEWS BRASIL, 2020), a Organização Mundial da Saúde - OMS declarou que o surto do novo coronavírus se tratava de uma emergência de saúde pública de importância internacional, o mais alto nível de alerta da organização, conforme Regulamento Sanitário Internacional – RSI -. Em 27 de fevereiro de 2020 a Covid-19 tinha alcançado cinco continentes, com exceção apenas da Antártica (TV BRASIL, 2020).

Nas semanas que se seguiram, ao argumento da rápida disseminação geográfica da doença entre países, em 11 de março de 2020, a OMS declarou estado de

pandemia pelo Sars-CoV-2 e orientando todos os países quanto a prevenção da doença e demais obrigações e deveres impostas no Regulamento Sanitário Internacional – RSI -.

Fato é que o Sars-CoV-2 é um vírus de fácil transmissão, que se espalha principalmente por meio de aerossóis respiratórios ou gotículas de saliva ou secreção nasal de pessoa contaminada, ocorrendo a transmissão quando em contato com nosso nariz, boca ou olhos. Pode ser transmitido tanto por pessoas sintomáticas quanto assintomáticas (OMS, 2020).

Em 04 de dezembro de 2021 contabilizavam-se 263.563.622 casos confirmados da Covid-19 e 5.232.562 mortes em razão da doença no mundo (OMS, 2021).

O surgimento de doenças que se tornaram epidemias não fazem parte apenas do século XXI. Os registros demonstram que desde 1580, já se tem notícias de vírus tipo influenza que causava gripes na Ásia e que se espalhou pela África, pela Europa e pela América do Norte. (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 500 apud FERREIRA, 2020). Nos anos de 1918 a 1920, a gripe espanhola, tida como uma das pandemias mais graves já enfrentadas, estima-se que tenha resultado em número não inferior a 20 milhões de mortes (CORDEIRO. KIND, 2020). Já no século XXI, mais precisamente no ano de 2009, o mundo perpassou pela disseminação global do vírus influenza H1N1, também conhecida como “gripe suína” (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 500).

Em que pese as epidemias se tratem de problemas históricos, o Sars-CoV-2 encontrou na sociedade globalizada o cenário ideal para a sua rápida disseminação. A densidade populacional, que hoje ultrapassa 7 milhões de pessoas no mundo (ONU, 2020), a formação de centros urbanos superpopulosos, com ambientes residenciais e comerciais com uso de climatização artificial, a facilidade de viagens aéreas, as transações comerciais internacionais em larga escala, com grande variedade de produtos, os novos estilos de vida da população, a falta de saneamento básico, dentre tantas outras características de uma sociedade globalizada, tornou o contágio viral um problema de ordem global.

Nesse cenário globalizado, a ausência de um sistema de saúde global, já que a OMS cumpre função meramente orientativa, e a atuação desordenada entre dos Estados, que responderam cada um à sua maneira para o combate da Covid-19, di-

ficultou o controle da disseminação do Sars-CoV-2 (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 501).

A Covid-19 tornou-se um problema de saúde pública que ultrapassou os limites dos Estados nacionais e suas fronteiras.

Não obstante, houve um esforço global em pesquisas e estudos voltados a desenvolver, fabricar e distribuir vacinas seguras e eficazes contra a doença. Em junho de 2021, seis vacinas já possuíam avaliação positiva de qualidade, segurança e eficácia pela OMS e estavam sendo utilizadas pelo mundo, são elas: Moderna COVID-19 (Mrna-1273), Oxford / AstraZeneca COVID-19, Janssen Ad26. COV2.S COVID-19, Pfizer BioNTech (BNT162b2), Sinopharm COVID-19 e Sinovac COVID-19 (WHO, 2021).

Ocorre que o acesso a vacinação não tem se dado de forma equitativa em todos os países do mundo, muito pelo contrário, a reduzida distribuição de vacinas em países pobres se mostra cada vez mais evidente, razão pela qual se propõe analisar a necessidade de cooperação e solidariedade global, assim como a responsabilidade humanitária para a concretização do alcance justo da vacina da COVID-19 a toda a população mundial.

Antes, porém, traçam-se algumas considerações acerca dos fenômenos da globalização e transnacionalíssimo.

GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALISMO

Habermas (2001, p. 84) utiliza o conceito de globalização para descrever o que o autor chama de “processo” e “não um estado final”, caracterizado pela “intensificação de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais”. Para o autor, o termo se aplica a expansão intercontinental da telecomunicação, a massificação do turismo e da cultura, além de tendências globalizantes nas relações das organizações governamentais e não Governamentais.

Boa Ventura de Souza Santos, citado por Correio e Correio, ensina que globalização trata-se de um fenômeno complexo, multifacetado, que se apresenta sob diversas formas nas “dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas

e jurídicas que interligadas, por um lado, parecem combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais” (CORREIO e CORREIO, 2017, p. 319).

Acerca da globalização, merece destaque o posicionamento de Saskia Sassen:

El territorio, el derecho, la economía, la seguridad, la autoridad y la pertenencia son elementos que en la mayor parte del mundo se han construido en virtud de lo nacional, aunque en pocos casos presenten el grado de autonomía de se postula tanto en el derecho nacional como en los tratados internacionales. La capacidad transformadora que hoy exhibe la dinámica de la globalización supone una imbricación con lo nacional (los gobiernos, las empresas, los sistemas jurídicos o la ciudadanía) mucho más profunda de lo que permiten dar cuenta los análisis realizados hasta el momento (SASSEN, 2010, p. 19).

Correio e Correio (2017, p. 322), utilizando-se dos ensinamentos de Baumann, reforçam que a Globalização apresenta um caráter indeterminado, disciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais, com ausência de um controle centralizado.

Para a jurista Joana Stelzer, o transnacionalismo está inserido no contexto da globalização. Enquanto o primeiro está especialmente ligado a transpassar fronteiras nacionais, a segunda remete a ideia de unidade mundial, “está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio” (CORREIO e CORREIO, 2017, p. 322).

A partir desses fenômenos, tem origem o Direito Transnacional. Jessup (1965, p. 12), já em 1965, conceituou direito transnacional como “todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias clássicas”.

Oliviero (2013, p. 43) utiliza a expressão Direito Transnacional num sentido mais restrito que Jessup, sem englobar outras formas de regulação “além-fronteiras”, como no caso do Direito Público Internacional. Para Oliviero (2013, p. 42-43), o Direito Transnacional seria destinado a limitar poderes transnacionais, estaria “desterritorializado”, sem uma base física definida, o que é uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além da fronteira, pois não é o espaço estatal nacional e também não é espaço que está acima dele ou entre eles. Está para todos eles ao mesmo tempo, ou

seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Direito Nacional tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis.

Garcia (2019, p. 395) conceituou Direito Transnacional como:

[...] conjunto de ordens, normas e princípios evoluídos das concepções dos direitos internos, dos direitos humanos e da economia frente à influência do cenário global decorrente da globalização, pautados pela solidariedade sustentável, pela justiça ambiental e pelos próprios direitos humanos, cuja aplicação é garantida mundialmente pela organização jurídica interna dos Estados nacionais a indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados, ou outros grupos sociais e institucionais. (Garcia, 2019, p. 395)

No entendimento de Correio e Correio (2017, p. 323), estamos diante da visível erosão da soberania do Estado, que deixa o seu controle para favorecer a nova ordem mundial, especialmente porque atualmente não se supõe um Estado que vise uma política fechada que não se vislumbre o mercado global, o que justifica a atuação de atores particulares como grandes protagonistas desse novo cenário.

As fronteiras fictícias dos Estados nacionais não são mais relevantes para diversos aspectos da vida econômica, social e política, pois não consegue mais sozinho dar respostas consistentes à sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente, sendo necessário se pensar, no âmbito jurídico, sobre os problemas transnacionais que demandam respostas transnacionais. Nesse contexto, abrem-se as discussões sobre o Direito Transnacional (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 501-502).

As adversidades apontadas e consideradas como de escala global apenas demonstram que os problemas humanos podem surgir em qualquer nível da sociedade humana: individual, comunitário, inter-regional ou internacional. E a tratativa para as suas soluções deve ser diferenciada (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 500-501).

Nesse sentido, a pandemia da Covid-19 é mais uma evidência disso, pois demonstrou que todas as correlações humanas — multidimensionais, multiníveis e multiformes — geram, por consequência, dependência e responsabilidade também nas mais variadas dimensões, formas e níveis (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 500-501).

Somando-se aos temas da economia, da sustentabilidade, direito ambiental, direito penal, direito empresarial, a pandemia da Covid-19, como questão de saúde pública de escala global, não deixa dúvidas que problemas que ultrapassam fronteiras não podem mais ser resolvidos dentro dos Estados nacionais, pois são temas que ressaltam a ineficácia do Direito Nacional (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 501).

A complexidade dos conflitos políticos, sociais, econômicos e jurídicos decorrentes da globalização e da transnacionalização demandam o reconhecimento de uma sociedade e um direito global e não apenas nacional.

Ocorre que a vacinação da Covid-19, bem como o seu alcance à todas as pessoas de forma justa e equitativa, não estão alheios a esse cenário, muito pelo contrário, se mostram cada vez mais evidentes e em discussão, motivo pelo qual propõe-se analisar sua abordagem e concretização nessa nova ordem, o que será melhor abordado na próxima seção.

ACESSO A VACINA DA COVID-19 COMO PROBLEMA TRANSNACIONAL

A vacinação em massa da população sempre foi o meio eficaz de erradicar doenças infecciosas com altas taxas de mortalidade ou que deixam graves sequelas, como poliomielite, sarampo, rubéola, dentre outras, além de evitar epidemias de doenças ainda existentes, como a febre amarela.

No caso da Covid-19, houve um esforço global em pesquisas e estudos voltados a desenvolver, fabricar e distribuir vacinas seguras e eficazes contra a doença. Após um ano e três meses da declaração do estado de pandemia, seis vacinas já possuíam avaliação positiva de qualidade, segurança e eficácia pela OMS e estavam sendo utilizadas pelo mundo, são elas: Moderna COVID-19 (Mrna-1273), Oxford / AstraZeneca COVID-19, Janssen Ad26.COVS COVID-19, Pfizer BioNTech (BNT162b2), Sinopharm COVID-19 e Sinovac COVID-19 (WHO, 2021).

Acredita-se até o momento que a forma mais segura e eficaz de controle e fim da pandemia da Covid-19 também é a vacinação em massa da população, contudo

a vacinação deve alcançar a população a níveis mundiais, o que até então não vem acontecendo, ao menos não de forma equânime.

Dos dados extraídos do sítio da *Our World in Data* (2021), que concentra informações relativas a vacinação mundial, com atualizações diárias, observa-se que em 16.08.2021, já haviam sido ministradas 4,76 bilhões de doses das vacinas no mundo, sendo que 31,7% da população mundial recebeu pelo menos uma dose da vacina Covid-19 e 23,7% já recebeu as duas doses das vacinas. Ocorre que em relação aos países de baixa renda, apenas 1,3% da população recebeu pelo menos uma dose.

A evolução da parcela da população vacinada em cada país do globo está representada no gráfico abaixo, extraído diretamente do site da *Our World in Data* (2021):

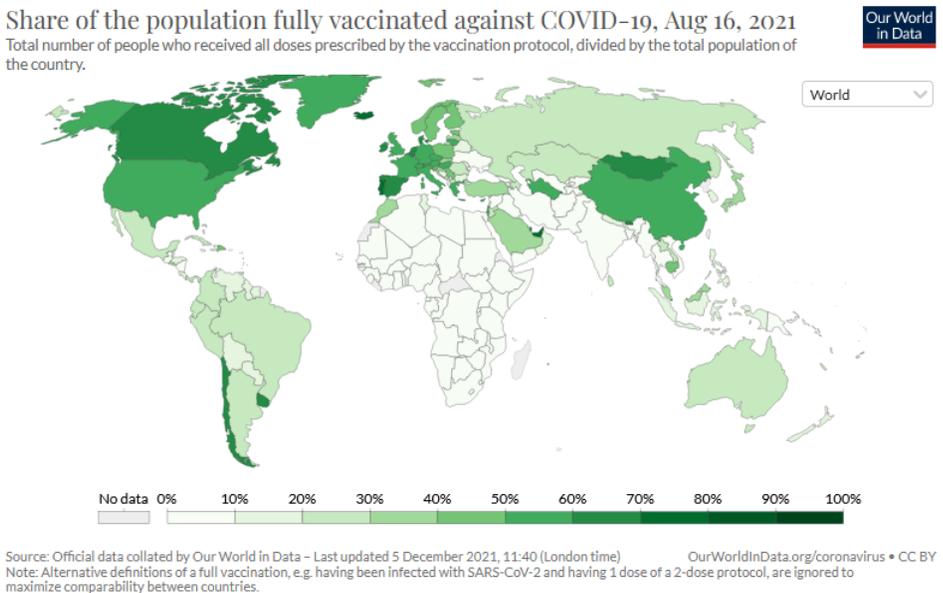


Figura 1: Parcela da população totalmente vacinada contra a Covid-19, em 16 de agosto de 2021. Disponível em <https://ourworldindata.org/grapher/share-of-people-fully-vaccinated-covid?tab=map&time=latest&country=~OWID_WRL> Acesso em 16 ago. 2021.

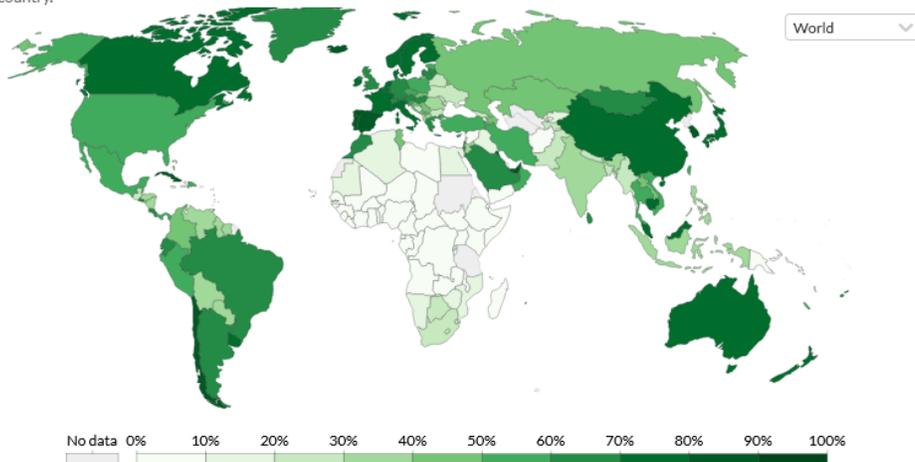
Importa comparar o mapa de vacinação mundial de 16 de agosto de 2021 com o mapa de vacinação de 04 de dezembro de 2021, em que não se verifica um

avanço significativo na vacinação nos países mais vulneráveis, como no continente

Africano:

Share of the population fully vaccinated against COVID-19, Dec 4, 2021

Total number of people who received all doses prescribed by the vaccination protocol, divided by the total population of the country.



Source: Official data collated by Our World in Data - Last updated 5 December 2021, 11:40 (London time) OurWorldInData.org/coronavirus • CC BY
Note: Alternative definitions of a full vaccination, e.g. having been infected with SARS-CoV-2 and having 1 dose of a 2-dose protocol, are ignored to maximize comparability between countries.

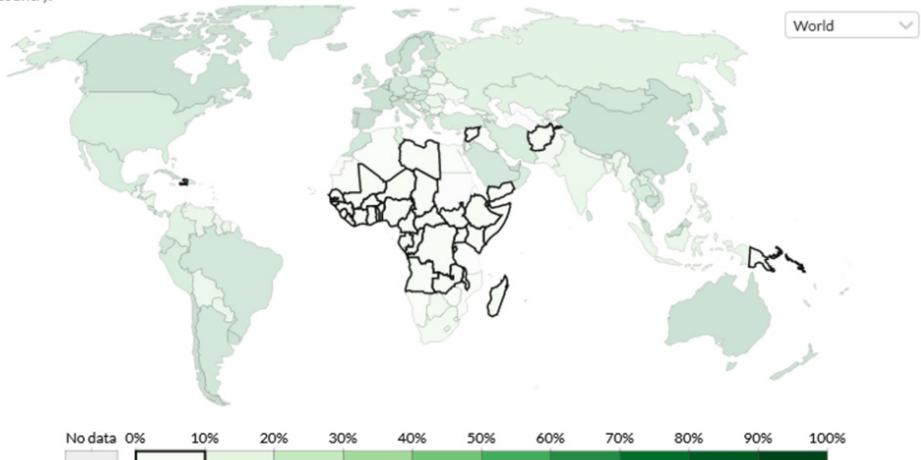
Figura 2: Parcela da população totalmente vacinada contra a Covid-19, em 04 de dezembro de 2021. Disponível em <https://ourworldindata.org/grapher/share-people-fully-vaccinated-covid?tab=map&time=latest&country=~OWID_WRL> Acesso em 04 dez. 2021.

Neste cenário, somente alguns países avançaram rapidamente na imunização de suas populações, enquanto em outros o acesso às vacinas é limitado ou o processo ainda não começou.

Share of the population fully vaccinated against COVID-19, Dec 4, 2021

Total number of people who received all doses prescribed by the vaccination protocol, divided by the total population of the country.

Our World
in Data



Source: Official data collated by Our World in Data - Last updated 5 December 2021, 11:40 (London time)

Note: Alternative definitions of a full vaccination, e.g. having been infected with SARS-CoV-2 and having 1 dose of a 2-dose protocol, are ignored to maximize comparability between countries.

OurWorldInData.org/coronavirus • CC BY

Figura 3: Países em que a vacinação contra a Covid-19 está entre 0 e 10% da população, em 04 de dezembro de 2021. Disponível em <https://ourworldindata.org/grapher/share-people-fully-vaccinated-covid?tab=map&time=latest&country=~OWID_WRL> Acesso em 04 dez. 2021.

De acordo com a Organização dos Estados Americanos (OEA, 2021), 90% das pessoas em países de baixa renda não terão acesso a vacinas contra a COVID-19 em 2021.

Soma-se a isso, a imunização de uma massa crítica da população mundial, crucial para controlar a pandemia, enfrenta um novo conjunto de desafios, além da concorrência mundial por uma oferta limitada de doses e o ceticismo público sobre as vacinas (OEA, 2021), incluem novas cepas perigosas do vírus, que desafiam a ciência quanto ao tratamento adequado, a gravidade das infecções e reinfecções, grau de transmissão, letalidade e colocam em xeque o alcance da imunização das vacinas já existentes, além da possibilidade de se atingir a chamada “imunização de rebanho”.

Enquanto a OMS tem defendido e orientado acerca da prioridade de avançar na vacinação da primeira dose de toda a população mundial, países como Estados

Unidos, República Dominicana, Israel e Rússia se preparam para aplicação da terceira dose da vacina contra a Covid-19 na sua população para buscar a imunização da população para as novas cepas do vírus (CNN BRASIL, 2021). Essa também é a atual situação do Brasil, que em setembro de 2021 iniciou o reforço da imunização.

Ocorre que mesmo a população dos países que estão em estágio avançado da vacinação de sua população, inclusive com a terceira dose da vacina, não estão a par de contaminação pelas novas variantes da Covid-19, as quais, como dito, ainda não se tem estudos conclusivos quanto ao grau de transmissão, letalidade, gravidade das infecções e reinfeções.

Neste contexto, para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é imperativo que se promova a distribuição justa e equitativa das vacinas e, em particular, torná-las acessíveis a um preço razoável para os países de renda média e baixa. A equidade deve ser o componente-chave não só entre países, mas também dentro dos países para poder pôr fim à fase aguda da pandemia (OEA, 2021).

Garcia, dos Santos e Ghilardi (2020, p. 503), com base em Garcia (2019), descrevem que “a crise de legitimidade das instituições nacionais, bem como a dificuldade de o sistema político gerir os problemas de escala global são fatores determinantes para a emergência da sociedade civil global”.

Garcia, dos Santos e Ghilardi (2020, p. 508), com base em Castells (2005), descrevem que as crises de eficiência, de legitimidade, de identidade e de equidade, que são crises de governabilidade, especialmente evidenciadas em momentos como o atual, em que fica abalada a crença dos cidadãos ante as decisões adotadas pelos governantes na condução de questões de interesse nacional de tão elevada importância, como é o caso do enfrentamento da pandemia da Covid-19, em que muitas vezes são colocadas em xeque a eficácia da vacinação contra o coronavírus, que são também crises políticas que afetam as instituições de governança transnacional. Para os autores, as respostas efetivas para essas questões serão alcançadas por meio da operacionalização do Direito Transnacional.

Disso decorre a necessidade de se buscar novos mecanismos capazes de dar respostas efetivas à crise, mesmo que para isso seja necessário relativizar o Estado nacional por meio da aplicação do Direito Transnacional, que se apresenta como uma consequência da própria globalização e da falha dos Estados nacionais

na condução de problemas dessa magnitude (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 501-502).

Diversos grupos e em diversas regiões estão em situação especial de vulnerabilidade, enfrentando impactos diferenciados decorrentes de problemas estruturais de exclusão e discriminação, o que se reflete em maiores desafios no acesso à saúde, em especial em tempos de pandemia e os Estados devem, nesse sentir, adotar medidas que visem minimizar este cenário (OEA, 2021, p. 3).

Frente aos princípios de igualdade e não discriminação, constitui uma obrigação de imediato cumprimento por parte dos Estados o acesso universal e equitativo às vacinas disponíveis, motivo pelo qual as vacinas, tecnologias e tratamentos desenvolvidos para enfrentar a COVID-19 devem ser considerados como bens de saúde pública, de livre acesso para todas as pessoas (OEA, 2021, p. 3).

Concorda-se com a Organização dos Estados Americanos (2021, p. 3), que defende que a cooperação internacional é crucial para que a distribuição equitativa das vacinas responda às realidades e necessidades de todos os Estados, com especial atenção aos países com menor capacidade financeira, institucional e tecnológica, motivo pelo qual é imprescindível orientar os esforços para facilitar a implementação de ferramentas e mecanismos que procurem garantir o desenvolvimento e a produção de testes, tratamentos e vacinas contra a COVID-19.

A sociedade global exige uma tratativa jurídica e política que acompanhe a nova realidade e ultrapasse as barreiras do Estado nacional a partir de soluções eficientes a essas novas questões jurídicas (GARCIA, 2019). A realidade transnacional é latente e demanda ação, principalmente jurídica. Ainda, precisa de uma resposta mais humana, em especial quando abordada uma questão sensível, de saúde, como é o caso da pandemia do novo coronavírus (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 501-502).

Luigo Ferrajoli (2020) defende que “o caráter global dessa epidemia confirma a necessidade de dar origem a uma Constituição global, que preveja garantias e instituições à altura dos desafios globais e da proteção da vida de todos”. Talvez, a partir dessa tragédia, possa nascer finalmente uma consciência geral voltada ao nosso destino comum, que, por isso, requer um sistema comum de garantia de e da convivência pacífica e solidária.

Mas isso não significa dizer que os Estados nacionais desaparecem, eles mantêm sua importância na garantia e aplicação dos direitos, inclusive o Direito

Transnacional operacionalizado pelo transconstitucionalismo (GARCIA. DOS SANTOS. GHILARDI, 2020, p. 509).

Nessa toada, questões que ultrapassam as fronteiras nacionais, como o caso da pandemia da Covid-19, são efetivamente transnacionais e necessitam o compromisso e participação de todos os Estados nacionais. Apenas através da atuação conjunta dos Estados nacionais, guiada por critérios de cidadania global, será possível proporcionar soluções para problemas transnacionais. A consciência global solidária é capaz de possibilitar a ampliação da visão humana para os infortúnios de proporção global que assolam toda a humanidade (GARCIA, 2019).

Assim, seguindo o que defende a OMS (WHO, 2021), o acesso equitativo a vacinas seguras e eficazes é fundamental para acabar com a pandemia de Covid-19, por isso é extremamente encorajador ver tantas vacinas sendo comprovadas e entrando em desenvolvimento. Mas não são as vacinas que vão parar a pandemia, é a vacinação. Se mostra imprescindível garantir o acesso justo e equitativo às vacinas e garantir que todos os países as recebam e possam distribuí-las para proteger seu povo, começando pelos mais vulneráveis. É necessário, para tanto, cooperação e solidariedade global através de uma atuação conjunta dos Estados nacionais, assim como a responsabilidade humanitária para a concretização do alcance justo da vacina da Covid-19 a toda a população mundial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A falta de distribuição justa e equânime da vacina da Covid-19 coloca em xeque o alcance da imunização das vacinas já existentes. Assim, para controle e fim do estado pandêmico não basta a imunização parcial da população mundial, restrita a países com maior desenvolvimento socioeconômico, posto que mesmo a população dos países que estão em estágio avançado da vacinação de sua população, inclusive com a terceira dose da vacina, não estão a par de contaminação pelas novas variantes da Covid-19, as quais ainda não se tem estudos conclusivos quanto ao grau de transmissão, letalidade, tratamento, gravidade das infecções e reinfecções, bem como o grau de imunização fornecido pelas vacinas já existentes.

Conclui-se, portanto, a partir dos fenômenos da globalização e transnacionalização, em especial para o enfrentamento de problemas que afetam a humanidade a níveis globais, como é o caso da pandemia da Covid-19, é necessário pensar a caracterização da sociedade como um grupo único mundial.

A crise global sanitária vivenciada salta aos olhos a importância da atuação conjunta e ordenada dos Estados nacionais para enfrentamento da pandemia, relativizando o Estado nacional por meio da aplicação do Direito Transnacional.

Constitui obrigação dos Estados nacionais a cooperação internacional, com foco no acesso universal e equitativo às vacinas e aos meios de tratamento disponíveis a toda população mundial, como forma de concretização dos princípios de igualdade e não discriminação, com foco em subsidiar a vacinação aos grupos e regiões que estão em situação especial de vulnerabilidade.

A cooperação e solidariedade mundial, assim como a responsabilidade humanitária para a concretização do alcance justo da vacina da COVID-19 a toda a população mundial, é crucial para acabar com a pandemia de COVID-19.

Como ensina Baumann, de alguma forma, todos dependem um dos outros, de modo que devem nadar juntos ou todos afundarão juntos. Finalmente o auto interesse e os princípios éticos de respeito e atenção mútuos de todos os seres humanos apontam na mesma direção e exigem a mesma estratégia. A Globalização, vista como uma maldição, pode virar uma benção, mas é uma questão que está em aberto e a resposta só depende dos seres humanos (CORREIO e CORREIO, 2017, p. 320).

Embora o presente trabalho não tenha a pretensão de esgotar qualquer dos assuntos propostos, espera-se que tenha promovido discussão relevante e que auxilie na concepção de outros assuntos futuramente, sendo, quem sabe, o ponto de partida de outras pesquisas e discussões.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGÊNCIA BRASIL. *OMS declara estado de emergência global em razão do coronavírus*. 2020. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-01/oms-declara-estado-de-emergencia-global-em-razao-do-coronavirus> > Acesso em 27 jun. 2021.

BBC NEWS BRASIL. *A misteriosa pneumonia que preocupa a China*. 2020. Disponível

em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-5101374> > Acessos em 27 jun. 2021.

BBC NEWS BRASIL. *Coronavírus: o avanço da doença que já afeta 4 continentes impactará a economia mundial?*. 2020. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51252755> > Acessos em 27 jun. 2021.

CNN BRASIL. *Veja quais países já aprovaram a terceira dose da vacina contra a Covid-19*. 2021. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/07/31/veja-quais-paises-ja-aprovaram-a-terceira-dose-da-vacina-contr-a-covid-19> > Acessos em 19 ago. 2021.

CORDEIRO, Rosineide. KIND, Luciana. *NARRATIVAS SOBRE A MORTE: A GRIPE ESPANHOLA E A COVID-19 NO BRASIL*. Scielo, set. 2020. DOI: 10.1590/1807-0310/2020v32240740. ISSN: 1807--0310.

CORREIO, Regiane Nistler. CORREIO, Leilane Serratine Grubba. *Globalização, transnacionalismo e efetivação de direitos humanos*. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, p.315-343, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-11X2017v12n3p315. ISSN: 1980-511X.

GARCIA, Heloise Siqueira. (2019). *Mecanismos transnacionais de combate à pobreza: uma possibilidade de análise a partir da solidariedade sustentável, da economia e da governança ambiental* [tese de Doutorado, Universidade do Vale do Itajaí]. RUA, Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/99427>.

GARCIA, Heloise Siqueira. DOS SANTOS, Kassy Gerei. HILARDI, Leandro Teixeira. *A pandemia da Covid-19 como realidade transnacional*. Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, ISSN 1692-2530, Vol. 19, N°. Extra 40, 2020 (Ejemplar dedicado a: Edición especial), págs. 495-512.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. *A pandemia de Coronavírus (Covid-19) e o pandemônio na economia internacional*. 2020. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596918-a-pandemia-de-coronavirus-covid-19-e-o-pandemonio-na-economia-internacional>> Acesso em 19 ago. 2021.

Jessup, P. C. (1965). *Direito Transnacional* (C. R. P. da Silva, trad.). Fundo de Cultura.

OEA (Organização dos Estados Americanos). *As vacinas contra a COVID-19 no âmbito das obrigações interamericanas de direitos humanos*. Resolução 1/2021. Disponível em < <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-pt.pdf> > Acesso em 17 ago. 2021.

OLIVIERO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos de Direito Transnacional*. In ROSA, Alexandre Moraes da. STAFFEN, Marcio Ricardo. (orgs.). *Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica*. Itajaí: Univali, 2013.

Organização das Nações Unidas (ONU). A ONU e a população mundial. 2020. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/acao/populacao-mundial/> > Acesso em 27 jun. 2021.

Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Regulamento Sanitário Internacional. 3ª Ed. 2005. Disponível em: < <https://www.paho.org/pt/regulamento-sanitario-internacional-rsi> > Acesso em 26 jun. 2021.

Our World in Data. 2021. : Parcela da população totalmente vacinada contra a COVID-19, em 16 de agosto de 2021. Disponível em <https://ourworldindata.org/grapher/share-people-fully-vaccinated-covid?tab=map&time=latest&country=~OWID_WRL> Acesso em 16 ago. 2021.

Our World in Data. 2021. : Parcela da população totalmente vacinada contra a COVID-19, em 16 de agosto de 2021. Disponível em <https://ourworldindata.org/grapher/share-people-fully-vaccinated-covid?tab=map&time=latest&country=~OWID_WRL> Acesso em 04 dez. 2021.

PAHO. *Marco de valores del SAGE de la OMS para la asignación y priorización de la vacunación contra la COVID-19*. Disponível em <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53323/OPSFPLIMCOVID-19210014_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 17 agos. 2021.

SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridade y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: katzeditores, 2010.

STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do Direito Global*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo. COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 15, n. 1, 130-152, jan.-abr. 2020.

TV BRASIL. *Novo coronavírus chegou aos cinco continentes*. 2020. Disponível em: < <https://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-brasil/2020/02/novo-coronavirus-ja-chegou-cinco-continentes> > Acesso em 22 jun. 2021.

World Health Organization (WHO). Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>> Acesso em 18 ago. 2021.

World Health Organization (WHO). *Global Study Of Origins of Sars-CoV-2: Terms of References for the China Part*. Publicado em 05 de novembro de 2020. Disponível em: < <https://www.who.int/publications/i/item/who-convened-global-study-of-origins-of-sars-cov-2-china-part> > Acesso em 21 jun. 2021.

World Health Organization (WHO). *Vacinas para o covid-19*. Disponível em: < <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/covid-19-vaccines> > Acesso em 18 ago. 2021.

Capítulo 4

IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL: DESAFIOS À JURISDIÇÃO

Pablo Milanese⁸⁵
 Gilson Jacobsen⁸⁶

Resumo: Este estudo analisa os influxos da globalização sobre o Direito Penal. Também distingue o Direito Penal Clássico ou Liberal do Direito Penal da Globalização, pontuando alguns desafios e tendências, a partir de uma delinquência transnacional – econômica e organizada –, relativos à jurisdição. Ao final, conclui que a expansão desse Direito Penal que surge para dar conta das novas formas delitivas que emergem com a globalização, muito mais preventivo, colide com alguns princípios básicos do Direito Penal Clássico e coloca em risco a liberdade de cada cidadão. Quanto à metodologia, o tratamento dos dados e a elaboração do relatório foram realizados com base no método indutivo.

Palavras-chave: Globalização. Direito Penal. Jurisdição.

Abstract: This study analyzes the influences of globalization on criminal law. It also distinguishes the Classic or Liberal Criminal Law from the Criminal Law of Globalization, pointing out some challenges and trends, from a transnational delinquency – economic and organized –, related to jurisdiction. In the end, it concludes that the expansion of this Criminal Law that arises to account for the new criminal forms that emerge with globalization, much more preventive,

85 Pós-doutorando em Direito junto à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutor em Ciências Jurídicas (criminalidade e direito) pela Universidad de Granada (Espanha) [doutorado este já reconhecido pela UNIVALI]. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Especialista em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR; do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE; e de cursos de pós-graduação. Advogado. E-mail: milaneseadv@hotmail.com. Orcid: 0000-0001-5479-4510.

86 Pós-doutor em Direito e Justiça Constitucional pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna – UNIBO (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil). Dottore di Ricerca in Diritto pubblico presso Università Degli Studi di Perugia – UNIPG (Itália). Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica (PPCJ) da UNIVALI. Juiz Federal em Florianópolis-SC. E-mail: giljacobsen@gmail.com | ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8250-8902.

conflicts with some basic principles of Classic Criminal Law and puts at risk the freedom of each citizen. As for the methodology, the treatment of data and the preparation of the report were carried out based on the inductive method.

Keywords: *Globalization. Criminal Law. Jurisdiction.*

INTRODUÇÃO

Não são poucas as mudanças que as últimas décadas engendraram no Direito Penal, especialmente a partir do fenômeno da globalização, pois uma tendência natural do Direito é acompanhar a evolução da Sociedade, oferecendo – ou procurando oferecer – respostas às novas situações ou transformações vivenciadas pela coletividade.

Com o surgimento de situações até então inéditas para o Direito, a Sociedade passou a clamar pela tutela de bens jurídicos que antes não formavam parte do rol protegido pelo Direito Penal, como o meio ambiente e a economia (HASSEMER, 1993).

Assim, o legislador penal tem atuado de maneira incessante, fundamentalmente na Parte Especial dos códigos penais, criando tipos novos ou ampliando a gravidade dos já existentes: delitos econômicos, delitos informáticos, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro, terrorismo, dentre tantos outros (VOGEL, 2005).

Ocorre que o Direito Penal clássico não possui elementos suficientes para enfrentar os problemas que derivam dessa torrente de novidades. As condutas que hoje se incriminam são de difícil conciliação com alguns princípios basilares daquele, com reflexos e desafios para a própria ideia de jurisdição penal.

Não se pode negar, portanto, que há um Direito Penal da globalização, com características próprias, atuando em setores distintos do Direito Penal clássico, com outros instrumentos e produzindo toda sorte de mudanças.

O presente estudo busca fazer uma breve análise dessa influência da globalização sobre o Direito Penal e sobre a própria Justiça criminal. Para tanto, inicialmente serão apresentados a origem, o conceito e as características da globalização. Fixadas essas premissas, serão analisados os assim chamados Direito Penal clássico e Direito Penal da globalização.

O método utilizado na fase de investigação e na elaboração deste relatório foi o indutivo; e a técnica de investigação foi a da revisão bibliográfica, com pesquisa em livros e revistas científicas atinentes às temáticas abordadas.

1. ORIGEM DA GLOBALIZAÇÃO

Há mais de duas décadas tornou-se frequente a utilização da palavra *globalização*, por milhares de pessoas, em diferentes atividades e em todo mundo. Entretanto, o estudo deste fenômeno não é uma tarefa simples, haja vista que não há consenso, tanto em relação ao seu alcance e características quanto ao momento de seu surgimento.

Diferentes teorias sobre a origem da globalização debatem se é um fenômeno recente ou se pertence a séculos remotos.

Uma identificação da Globalização com a ocidentalização do planeta, que começa no século XV, denomina-se conceito amplo; enquanto o conceito estrito faz referência às recentes características singulares que a Globalização adquire nos últimos anos, chamadas práticas transnacionais. Essa descrição implica que o conceito estrito configure-se como parte do conceito amplo, concretamente como sua última parte (ORTIZ, 2000).

Fink (2000) sustenta que a Globalização pode ser reconhecida como fenômeno não só no mundo greco-romano e, depois, no medieval, mas também anteriormente, pois a ideia de uma ordem mundial que abranja, de algum modo, toda a Terra é muito antiga.

Há, ainda, uma teoria defendida por economistas de variadas orientações e por autores com um ponto de partida economicista, que sustenta que a aparição da Globalização coincide com o nascimento do capitalismo e, por essa razão, descrevem-na como um fenômeno eminentemente econômico (FINK, 2000).

Para Capella (1997, p. 242), o que impulsiona a Globalização de hoje é a chamada *terceira revolução industrial*. Revolução que se caracteriza essencialmente pelo emprego de “novos materiais de origem química ou inclusive bioquímica, na introdução generalizada da informática na produção e no consumo privado, e na adoção de novas formas organizativas para desenvolver os processos econômicos”.

Através dos procedimentos químicos são obtidos novos materiais que permitem uma especificação e uma diferenciação produtiva nunca antes imaginada. E por meio da informática é possível realizar tarefas rotineiras, tanto materiais quanto intelectuais, por máquinas, diminuindo muito a intervenção humana direta (CAPELLA, 1999).

O que é de fundamental importância para a terceira revolução industrial são as novidades organizativas, que funcionam em combinação com os novos materiais e a informática, com destaque para as empresas transnacionais (CAPELLA, 1999).

As empresas transnacionais são, segundo Giddens (2001), companhias que operam *através* de diferentes fronteiras nacionais, mais do que simplesmente *dentro de* várias ou muitas nações; tais companhias possuem fábricas ou escritórios em dois ou mais países.

As transnacionais são estruturas gigantescas de recursos materiais e humanos, cujo surgimento coincide com o crescimento econômico da etapa keynesiana, quando os agentes sociais optaram por começar uma renovação a fundo de seu capital fixo e de suas formas de organização para solucionar, à sua maneira, a crise do sistema intervencionista. Para isso, dispunham de grande poder econômico e cultural, e tiveram apoio político de governos, principalmente, nos Estados Unidos, Japão, Reino Unido e Alemanha (CAPELLA, 1999).

Assim, é possível concluir que a Globalização não é um fenômeno novo, remontando ao tempo em que a influência ocidental começou a estender-se através do mundo. Entretanto, nos últimos anos, principalmente, pelo grande avanço tecnológico na área da comunicação e do transporte, o que tornou possível a existência daquelas empresas transnacionais, a Globalização desenvolve-se a uma velocidade e com características jamais imaginadas.

2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA GLOBALIZAÇÃO

O termo Globalização, segundo o dicionário da língua espanhola Real Academia Espanhola (2001, p. 1139), reflete a “tendência dos mercados e das empresas a estender-se, alcançando uma dimensão mundial que ultrapassa as fronteiras nacionais”.

Entretanto, o conceito apresentado já não pode prosperar, pois se refere a um aspecto da Globalização, tão somente: o econômico. Claro que também se pode falar em Globalização econômica e concluir que as influências da economia são muito importantes para se compreendê-la, mas aquele conceito não é capaz de satisfazer, tampouco esgotar, todas as características e efeitos da Globalização.

Assim, na atualidade, a Globalização é entendida com base em uma maior dependência entre os Estados, já que, com a generalização da modernização, o mundo converteu-se, em aspectos importantes, em um sistema social único, como resultado dos crescentes vínculos de interdependência que agora impactam praticamente todos os povos. As relações sociais, políticas e econômicas que atravessam as fronteiras dos países condicionam de forma decisiva o destino de todos os seus habitantes (GIDDENS, 2001).

Dessa forma, todos os países hoje estão condicionados não somente à interdependência econômica, mas também à interdependência cultural e política criada pela expansão da civilização ocidental a todos os lugares do mundo (GINER DE SAN JULIÁN, 1999).

Por isso, embora “a intensificação e sobretudo a incrível aceleração de transações nos mercados financeiros através da tecnologia da informação sejam o motor da Globalização” (HERZOG, 2003, p. 252), nota-se a influência da Globalização em vários setores, tais como, ecologia, organização do trabalho, desregulamentação jurídica, cultura, Sociedade civil (BECK, 1998b; FARIÑAS DULCE, 2000a), direitos humanos (COSTA, 2021).

No âmbito das relações sociais, pode-se afirmar que o fenômeno da Globalização adquire especial importância. Isso porque gera um reordenamento do tempo e da distância na vida social, ou seja, a vida das pessoas está cada vez mais

influenciada por fatos que acontecem muito longe de seus contextos sociais e de onde desenvolvem suas atividades cotidianas (GIDDENS, 2001).

Passa a existir, então, uma interdependência entre os Estados ou entre pessoas que vivem a milhares de quilômetros de distância umas das outras, com a formação de uma Sociedade mundial (GINER DE SAN JULIÁN, 1999) ou global, o que somente é possível devido ao grande avanço tecnológico na área da comunicação e do transporte.

Por outro lado, quando se fala em Globalização econômica é importante sublinhar a falta de controle das operações financeiras por parte dos Estados nacionais (BECK, 1998b), refletindo uma das características do processo de Globalização: a perda de soberania dos Estados em relação a algumas matérias.

A Globalização, deste modo, afeta a posição e o poder dos Estados em todo mundo, uma vez que a Soberania (CRUZ, 2002) já não é uma questão absoluta, pois as fronteiras estão se tornando cada vez mais imprecisas (GIDDENS, 1999).

Com isso, o Estado de Direito moderno mantém-se cada vez mais ausente quando se trata de relações econômicas transnacionais, porque são produzidas frequentemente à margem do Direito estatal. Isso também se pode afirmar a respeito das relações jurídicas estabelecidas por gigantescas estruturas empresariais. As empresas transnacionais surgem como os novos sujeitos das decisões e das contratações econômico-financeiras globais que impõem, acima das decisões sociais democraticamente negociadas dos Estados, modelos de regulação socioeconômicos que mais vantagens representam para seus próprios interesses (FARIÑAS DULCE, 2000a; MERCADO PACHECO, 1999).

Entretanto, alguns Estados-nação, em determinadas situações, possuem mais poder do que anteriormente. São exemplos disso os Estados Unidos da América, o Japão e os países da Europa Ocidental, elevando ainda mais a grande desigualdade existente entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento, implicando, pois, um novo processo de dominação em escala mundial.

Tal situação deve-se ao fato de que a Globalização é, essencial e intrinsecamente, parcial e desigual, ou seja, não há uma Globalização total e homogênea (CAPELLA, 1999). A Globalização, com todas as suas condições e contradições, não é um processo neutro, nem tampouco traz maior grau de harmonia, unidade e coesão mundial. Ao contrário, muitas vezes traz consequências negativas, pois gera

complexidade, desordem, tensão, contingência e, principalmente, desigualdade entre os Estados-nação (FARIÑAS DULCE, 2000b).

Como esse processo de Globalização atinge as mais diversas áreas (economia, ecologia, cultura), surge a necessidade de regular juridicamente as atividades desenvolvidas no âmbito supranacional, bem como adaptar as legislações nacionais à nova realidade, para evitar ou pelo menos minimizar seus eventuais efeitos negativos.

Neste sentido, a Globalização exerce uma grande influência sobre o Direito, não só Internacional, mas também – e fundamentalmente – na regulação jurídica interna dos Estados-nação. Isso se percebe nos seus mais diversos ramos: econômico, trabalhista, civil e, principalmente, penal, que aqui será analisado mais detidamente.

O próprio relacionamento entre justiça e direito na globalização, segundo Foglio (2011), se apresenta sempre mais alternativo, com a busca de uma dimensão não-legalista da regra jurídica, é dizer, com uma demanda social e política de justiça da lei, dos direitos, da jurisprudência e da própria ação administrativa. Além disso, o que está em voga não é só mais a definição de justiça e de direito, mas a questão relativa a como se obter justiça e, portanto, como se reivindicar os próprios direitos. “É, portanto, necessário definir novamente o campo dentro do qual se exercita a justiça” (FOGLIO, 2011, p. 134)⁸⁷.

Por isso mesmo a atual globalização econômica também acaba pondo em xeque a centralidade e exclusividade das estruturas jurídicas e judiciais do Estado moderno, baseadas, até então, nos princípios da soberania e da territorialidade, sob o primado do equilíbrio entre os poderes, da distinção entre público e privado, entre o interesse individual e o coletivo. Enfim, a própria “concepção do direito positivo como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas” (FARIA, 2006, p. 33).

Daí que, como bem observado por Staffen (2013), a globalização econômica produz um processo de globalização jurídica por via reflexa, pois ocorre uma globalização também dos comportamentos jurídicos.

No caso específico do Direito Penal, isso é bem nítido, como adiante se passa a examinar.

87 Tradução nossa. No original: “È dunque necessario definire nuovamente il campo all'interno del quale si esercita la giustizia”.

3. DIREITO PENAL CLÁSSICO OU LIBERAL

O Direito Penal Clássico ou Liberal surgiu das propostas do liberalismo, doutrina política nascida na segunda metade do século XVIII, principalmente na França e no Reino Unido, caracterizada pela “reivindicação de um importante espaço de liberdade no âmbito pessoal, religioso, literário, econômico, etc; um espaço muito mais amplo do que os filósofos do passado (ainda os mais ilustrados, como Spinoza ou Locke) consideravam razoável” (VERGARA, 1999, p. 9).

Seus ideais são totalmente explicáveis, em razão do momento histórico, marcado pela concentração de poderes ilimitados exclusivamente nas mãos do Monarca. No campo do Direito Penal, imperavam leis rígidas, as quais eram aplicadas nos mais distintos ramos da vida social. Consequentemente, as penas apresentavam um caráter severo que abarcava desterros, fortes penas pecuniárias e corporais, inclusive a pena de morte. Finalmente, o Direito Penal era utilizado como forma de coação às pessoas para que obedecessem ao soberano. Aliás, o próprio procedimento penal era severo, assinalado, entre outras características, pela inquisitorialidade, presunção de culpabilidade, desigualdade entre as partes e pela utilização de um sistema de provas elástico, que permitia a constatação de qualquer afirmação contra o réu, com pouquíssimos recursos de defesa (BECCARIA, 1976).

Assim, o liberalismo surgiu exaltando a liberdade como forma de reação a esse cenário, e foi a Revolução Francesa o momento culminante daquela oposição ao Estado absoluto, que teve como ideais os postulados propostos pelo liberalismo. Esse movimento da classe burguesa inaugurou uma nova concepção política e jurídica, que transformou o panorama do século XVIII, hoje considerado um marco histórico na evolução do Direito.

A ideologia resultante dessa mudança está, essencialmente, baseada nos fundamentos da soberania popular, do império da lei, do controle e separação dos poderes e da defesa da liberdade (FLORES PRADA, 1999). Tais fundamentos são estruturas do modelo de Estado originado pela Revolução: o Estado Liberal de Direito.

O ideal político do liberalismo tem como base duas grandes doutrinas morais do Ocidente: o *Direito natural* e o *utilitarismo*. O liberalismo, através de uma releitura, acrescenta ao enunciado do Direito natural, pelo qual os homens nascem

livres e iguais, que “os homens não só ‘nascem’, mas também ‘permanecem’ livres e iguais, como proclama o artigo primeiro da Declaração Francesa dos direitos do homem de 1789” (VERGARA, 1999, p. 17). Já o utilitarismo considera a liberdade como a instituição ou valor que propicia a maior felicidade ao máximo de pessoas, nos diferentes aspectos da vida social (VERGARA, 1999).

No Direito Penal, a maior expressão dos ideais do liberalismo é Cesare Beccaria, que, com sua obra intitulada *Dos delitos e das penas*, lança os fundamentos de um sistema penal garantista e limitador do poder punitivo, que sustentaram as proposições doutrinárias apresentadas mais tarde, e que chegam até os nossos dias (ASÚA BATARRITA, 1990).

O sistema apresentado por Beccaria é constituído basicamente por um elenco de garantias que limitam a intervenção punitiva do Estado, que era o reclame da Sociedade da época, ou seja, limitar o poder do soberano através da liberdade e da igualdade do cidadão.

Esse sistema responde a uma nova perspectiva, baseada na valoração da pessoa, com afirmação do princípio da dignidade humana, por meio do qual o ser humano não é mais visto como uma coisa, sendo, então, assegurada sua liberdade e sua igualdade.

A reforma que pretendia Beccaria no sistema penal vigente à época tinha como base um modelo garantista, sustentado em princípios que ainda hoje formam a base das Constituições dos Estados Democráticos de Direito, informando, assim, os sistemas penais e processuais penais destes Estados.

Efetivamente, o Estado, ao exercer o poder de preceituar os delitos e as penas, não é absoluto; assim, impõe-se a necessidade de introduzir uma série de limites e controles àquele poder punitivo do Estado, orientados a evitar que seu exercício se converta em um meio arbitrário de repressão de condutas.

Tal como assinalado, admitir ilimitadamente a intervenção penal possibilitaria um Estado totalitário e repressivo dos direitos e liberdades fundamentais, no qual os comportamentos contrários à ordem estabelecida poderiam ficar jungidos à máxima dureza. Por isso, tão importante quanto o estudo da ordem jurídico-penal [Direito Penal objetivo] é a análise dos limites deste ramo do ordenamento jurídico [Direito Penal subjetivo] (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000).

Assim, são vários os princípios e garantias do Direito Penal Clássico ou Liberal – proporcionalidade das penas, finalidade de prevenção das penas, Princípio

da Legalidade, Princípio da Intervenção Mínima, Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, dentre outros – que representam, na atualidade, verdadeiros direitos fundamentais, e em relação aos quais não pode haver renúncia, até porque embasam o próprio ideário do Estado de Direito (MUÑOZ CONDE, 2001).

4. DIREITO PENAL DA GLOBALIZAÇÃO

O Direito Penal apresenta atualmente algumas sensíveis mudanças devido ao fenômeno da Globalização, o que conduz a uma expansão (SILVA SÁNCHEZ, 2001) deste ramo do ordenamento jurídico, sob os influxos proporcionados pelos riscos característicos da chamada *sociedade do risco* (BECK, 1998a).

Essa expansão é percebida tanto em relação aos ordenamentos jurídicos nacionais quanto a uma nova tendência de construção de um Direito Penal supranacional, ou seja, que ultrapasse as fronteiras dos Estados-nação. Nesta linha, a Globalização não responde à unidade ou perfeição teórica, mas à necessidade do poder político ou da prática judicial, impotentes para construir, contra a criminalidade transnacional, concretas respostas jurídico-penais supranacionais em âmbitos afastados do Direito Penal Clássico (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

A Globalização, afinal, é um processo que, muitas vezes, apresenta consequências negativas, dentre as quais – e a que mais interessa ao presente estudo – está a Globalização do crime, que se manifesta através da aparição, ou proliferação, de condutas criminais de alcance transnacional.

Esse maior alcance dos delitos é fruto do grande avanço tecnológico, principalmente nas áreas das comunicações e dos transportes, pois com isto é possível estar em um país e praticar um delito em outro. São exemplos disso os delitos informáticos e econômicos. Assim, quando se fala da Globalização do crime, deve-se considerar que se trata de delinquência transnacional, organizada e, fundamentalmente, econômica (TERRADILLOS BASOCO, 1999; SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Daí que, com a Globalização, o Direito Penal sofre uma mudança de paradigma, ao construir suas bases partindo do delito econômico organizado e não mais do delito de homicídio (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Ocorre que, para responder a essa nova demanda derivada da Globalização, o Direito Penal dos ordenamentos nacionais vem demonstrando uma grande impotência, que a simples cooperação internacional clássica (QUINTERO OLIVARES, 2002), apesar de alguns avanços, não está conseguindo solucionar, o que parece levar à necessidade de formação de uma jurisdição supranacional (ESER, 2001).

Desta forma, para alguns autores, a resposta coerente à criminalidade da Globalização é a criação de uma Lei penal internacional ou um Código penal internacional o mais completo possível para regular os delitos internacionais (QUINTERO OLIVARES, 2002; ESER, 2001); concomitantemente com a implantação de um Tribunal Penal Internacional eficiente, com poder para julgar todos os delitos qualificados de transnacionais.

Um importante passo para a criação de um Direito Penal transnacional foi dado em Roma, no ano de 1998, com a criação, na Convenção das Nações Unidas, de uma Corte Penal Internacional (ESER, 2001), com competência limitada a determinados delitos, como, por exemplo, o genocídio.

Tudo a sugerir um grande lucro no que se refere à Justiça Penal internacional, mas, ao mesmo tempo, a evidenciar as dificuldades e desafios apresentados pela implantação de uma Justiça penal supranacional, capaz de atender à grande demanda derivada da Globalização. Afinal, sua implantação ainda está longe de acontecer, pois enfrenta algumas barreiras de difícil superação, tanto em termos jurídicos quanto políticos, derivadas da desigualdade econômica e cultural existente entre as nações.

Isso porque a criação de um Tribunal penal internacional com competência estendida a um maior número de delitos afeta a soberania das nações, pois quem “assina o compromisso de criação de um Tribunal dessa espécie aceita uma tácita redução de sua jurisdição penal, vez que os crimes que se remetam à competência internacional ficam subtraídos da jurisdição nacional no momento que intervenha a jurisdição supranacional” (QUINTERO OLIVARES, 2002, p. 23). E aí se nota a presença de uma das características do processo de Globalização, que é a redução da soberania dos Estados nacionais.

Essa perda de soberania em relação ao julgamento de determinados delitos é uma das justificativas, talvez a principal, pela qual alguns países, como, por

exemplo, os Estados Unidos da América, opõem-se ao funcionamento do Tribunal Penal Internacional.

O Direito Penal da Globalização também tem a difícil missão de conciliar as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos das nações. Isso porque, sem a integração e frente à diversidade de sistemas jurídicos, inclusive reconhecendo como horizonte a delinquência transnacional, econômica e organizada, cada tradição jurídica apresentará uma resposta distinta (TERRADILLOS BASOCO, 1999), impossibilitando a necessária unidade da resposta penal.

Entretanto, a formação do Direito Penal supranacional, além das dificuldades apresentadas, pode resultar em seu conjunto mais repressivo que qualquer dos sistemas que tenham contribuído para sua formação (SILVA SÁNCHEZ, 2001). E, ainda, apresentar uma grande tendência expansiva, em relação à qual o Direito Penal não tem facilidade de adaptação (TERRADILLOS BASOCO, 1999).

No Direito Penal nacional ou interno, a Globalização e com ela a integração supranacional demonstram um efeito duplo. Por um lado, fazem com que algumas condutas que eram reguladas como delitivas deixem de sê-las, ou seja, ocorre um processo de descriminalização de determinadas condutas que se converteriam em obstáculo para as finalidades perseguidas pela Globalização (SILVA SÁNCHEZ, 2001). Razão essa de a Globalização econômica sobrepor-se à política, pois, uma das características da Globalização é a perda de soberania dos Estados, com a conseqüente diminuição da identidade das nações, passando a titularidade de um poder de fato à conjunção das grandes companhias transnacionais e dos conglomerados financeiros (TERRADILLOS BASOCO, 1999). Dessa forma, para atender às exigências de um mercado que pretende ser mundial ou global, algumas condutas, como as que vulneram as barreiras e controles estatais à livre circulação de mercadorias, que outrora eram ilícitas e puníveis, passam agora a não serem consideradas como tal (SILVA SÁNCHEZ, 2001; TERRADILLOS BASOCO, 1999).

Assim, conforme afirmou Silva Sánchez (2001, p. 81), e parece que o tempo vai lhe dando razão, “o Direito Penal da Globalização econômica e da integração supranacional será um Direito desde logo crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais”.

Por outro lado, os fenômenos da Globalização e da integração econômica engendram modalidades novas de delitos clássicos, assim como dão lugar a novas formas delitivas (SILVA SÁNCHEZ, 2001). E isso pressupõe uma expansão do Direito Penal, que passa a atuar em determinadas áreas que não lhe eram próprias, bem como a ampliar sua atuação em esferas que já regulava.

Para melhor compreensão dessa expansão do Direito Penal dos Estados, deve-se ater ao fato de que a criminalidade relacionada com a Globalização é basicamente econômica em razão de seu conteúdo, ou seja, econômica em sentido amplo, vez que é uma delinquência lucrativa, não obstante coloque em perigo outros bens jurídicos (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

É, ademais, destacadamente empresarial em função do grande volume de atos delitivos que têm lugar em atividades tipicamente econômico-empresariais e, principalmente, porque as possibilidades de sua prática estão fortemente condicionadas à necessidade de utilizar consistentes redes logísticas e eficientes estruturas organizativas, o que motiva a adoção de formas tipicamente empresariais na prática desses delitos (GRACIA MARTÍN, 2003).

Assim, desde o grande impulso sofrido pela Globalização nos últimos anos, pelas razões já destacadas, a criminalidade econômica incrementou-se ao redor de algumas facetas, com: a criminalidade econômica organizada; a corrupção e a espionagem econômica; a criminalidade internacional; a criminalidade meio-ambiental; a fraude de investimentos, de crédito e de cartões de crédito; e, também, parcialmente, com uma típica criminalidade de mercado submerso (ALBRECHT, 2001).

Isso conduz à já referida mudança de paradigma no Direito Penal, pois a reflexão jurídico-penal apresenta, pela primeira vez, como objeto essencial de estudo, delitos claramente diversos daqueles clássicos, como homicídio ou delinquência patrimonial tradicional (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

E aquela delinquência econômica distingue-se tão rotundamente da criminalidade clássica ou convencional justamente porque o assim chamado *Moderno Direito Penal Econômico*, por regra, não está em situação de tipificar o injusto de modo preciso (ALBRECHT, 2001).

De fato, a delinquência econômica da Globalização envolve delitos classificados criminologicamente como *crimes of the powerful* e delitos que têm uma

regulação legal insuficientemente prevista ou cuja dogmática ainda depende, parcialmente, de elaboração (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Isso explica por que a delinquência econômica, bem como outros delitos relacionados com a Globalização, expõe problemas com relação a alguns princípios básicos do Direito Penal Clássico, como é o caso do Princípio da Legalidade, mais especificamente quanto ao seu mandado de proibição de leis penais indeterminadas ou imprecisas.

E é exatamente por isso que esse Direito Penal da Globalização possui características próprias em relação à proteção de bens jurídicos, à prevenção, à orientação, às consequências e à flexibilização dos princípios político-criminais, assim como em relação às regras de imputação e à própria antecipação das barreiras de tutela penal.

Produz-se uma tendência, já assinalada, ao Direito Penal preventivo, com uma acentuada antecipação da tutela penal, o que conduz a um frequente recurso à formulação de delitos de perigo (geralmente abstratos), assim como à configuração de novos Bens Jurídicos universais de conteúdo vago. Desta forma, como assinala Prittwitz (2003), a diferença fundamental é que o novo Direito Penal protege mais e distintos bens e, além disso, os protege antes, ou seja, em um estágio prévio à lesão do bem jurídico.

Assim, comportamentos que estão em campo anterior ou mesmo posterior a um dano específico passam a ser frequentemente incriminados, como, por exemplo, falsificação de cartão de crédito ou lavagem de dinheiro (VOGEL, 2005).

Com isso, o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra uma ação lesiva individualmente delimitada, converteu-se em um Direito de gestão punitiva de riscos gerais e, nesse sentido, “administrativizou-se”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização, ainda que não seja um fenômeno novo, nas últimas décadas, com o grande avanço tecnológico, principalmente na área da comunicação e do transporte, desenvolveu-se com uma velocidade e com características jamais imaginadas.

Esse novo “modelo” de globalização passou a exercer grande influência sobre toda a Sociedade e, conseqüentemente, sobre o Direito internacional, assim como na regulação jurídica interna dos Estados-nação.

O Direito Penal não ficou à margem desse cenário, recebendo influência ampla e direta em muitas de suas características e, por isso, pode-se afirmar que sofreu uma verdadeira e paradigmática mudança, passando sua orientação **principal à prevenção de riscos**.

É que, como resposta às mudanças sociais, geradoras de crescente insegurança social, o Estado passou a utilizar sua “arma” mais contundente, qual seja, o Direito Penal, com tipificação de novos delitos e agravamento das penas dos já existentes.

Ademais, o Direito Penal da Globalização apresenta determinadas características próprias do Direito administrativo sancionador, tais como a proteção de bens jurídicos, a prevenção, a orientação às conseqüências, a flexibilização dos princípios político-criminais e das regras de imputação, além da antecipação das barreiras de tutela penal.

Ocorre que essas características do Direito Penal da Globalização, por violarem ou flexibilizarem alguns dos princípios e garantias existentes no Direito Penal Clássico, rompem ou põem em xeque o equilíbrio entre o poder punitivo estatal e a liberdade cidadã.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBRECHT, Hans-Jörg. Investigaciones sobre la criminalidad económica en europa: conceptos y comprobaciones empíricas. **Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología**. Madrid: Ed. UNED, 2001.

ASÚA BATARRITA, Adela. “Reivindicación o superación del programa Beccaria”. **El pensamiento penal de Beccaria**- su actualidad. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1990.

BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Tradução ao castelhano e introdução de Francisco Tomás y Valiente. Madrid: Aguilar, 1976.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo** - hacia una nueva modernidad. Tradução ao castellano de Daniel Jiménez, Jorge Navarro e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Editorial Paidós, 1998a.

BECK, Ulrich. ¿Qué es la globalización? - falacias del globalismo, respuesta a la globalización. Tradução ao castellano de Bernardo Moreno e María Rosa Borrás. Barcelona: Editorial Paidós, 1998b.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida** - una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CAPELLA, Juan Ramón. Estado y derecho ante la globalización- aspectos y problemáticas generales. **Transformaciones del derecho en la mundialización**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. **Conduta típica e o comportamento da vítima** - a intervenção da vítima no fato perigoso. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

CRUZ, Paulo Márcio. Soberania, Estado, Globalização e Crise. In: **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí. Ano VII. Nº 5. dez./2002.

ESER, Albin. Una justicia penal “a la medida del ser humano” en la época de la europeización y la globalización. **Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología**. Madrid: Ed. UNED, 2001.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul - AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006.

FARIÑAS DULCE, María José. **Globalización, ciudadanía y derechos humanos**. Madrid: Dykinson, 2000a.

FARIÑAS DULCE, María José. De la globalización económica a la globalización del derecho- los nuevos escenarios jurídicos. **Derechos y libertades** - revista del instituto Bartolomé de las casas. (8), Madrid: Universidad Carlos III, 2000b.

FINK, Andrés. La Globalización y su historia. **Globalización y nuevas tecnologías**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.

FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FOGLIO, Giuseppe. La quadratura. Lo spazio della giustizia nella globalizzazione. **Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporânea**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. **Derecho Penal** - Introducción. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,

2000.

GIDDENS, Anthony. **Sociología**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GIDDENS, Anthony. **La tercera vía**– la revolución de la socialdemocracia. Tradução ao castelhano de Pedro Cifuentes Huertas. Madrid: Taurus, 1999.

GINER DE SAN JULIÁN, Salvador. La naturaleza de la mundialización. **Transformaciones del derecho en la mundialización**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad Penal**. Tradução ao castelhano de Francisco Muñoz Conde. n. 43, 1993.

HERZOG, Félix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – perspectivas más allá del derecho penal. **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo** – el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Tradução ao castelhano de Eduardo Demetrio Crespo. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

MERCADO PACHECO, Pedro. El “estado comercial abierto” - la forma de gobierno de una economía desterritorializada. **Transformaciones del derecho en la mundialización**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal. **El nuevo derecho penal español** – estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Aranzadi, 2001.

ORTIZ, Túlio. Globalización: visión histórica desde sudamérica. **Globalización y nuevas tecnologías**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad de riesgo y derecho penal. **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo** - el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Tradução ao castelhano de Adán Nieto Martín e Eduardo Demetrio Crespo. Toledo: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. El derecho penal ante la globalización. **El derecho penal ante la globalización**. Madrid: Editorial Colex, 2002.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **Diccionario de la lengua española**, tomo I, 22. ed., Madrid, Ed. Espesa Calpe, 2001.

STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do Estado Constitucional Nacional e a ascensão do direito global! Há espaço para os juizados especiais federais? In: GRADOS, Guido Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs.). **Constitucionalismo em mutação**: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica. Blumenau: Nova Letra, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**- aspectos de la política criminal en las Sociedades postindustriales. 2 ed. rev. Madrid: Civitas, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. El Derecho penal de la globalización - luces y sombras. **Transformaciones del derecho en la mundialización**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

VERGARA, Francisco. **Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo**. Madrid: Alianza, 1999.

VOGEL, Joachim. Derecho penal y globalización. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**. Tradução ao castelhano de Manuel Cancio Meliá. n. 9, 2005.

Capítulo 5

A SUPERAÇÃO DA DISTINÇÃO ONTOLÓGICA ENTRE O HOMEM E A NATUREZA COMO DESAFIO ÉTICO NO ENFRENTAMENTO DA CRISE ECOLÓGICA GLOBAL⁸⁸

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza⁸⁹

Josemar Sidinei Soares⁹⁰

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar que a distinção ontológica entre o homem e a natureza presente na história do pensamento humano teve um papel determinante na eclosão da crise ecológica que atualmente ameaça o equilíbrio ambiental do nosso planeta. Após revisão histórica e conceitual das origens dessa distinção, especialmente nas tradições filosóficas e teológicas, apresentaremos os problemas que delas decorrem e tentaremos esboçar os contornos de novos princípios éticos possivelmente capazes de orientar o agir humano na direção de uma relação sustentável com o meio ambiente.

Palavras chaves PT-BR: Homem. Natureza. Crise ecológica. Ética. Ontologia.

⁸⁸ Esta pesquisa foi apresentada durante o IV Encontro Virtual do CONPEDI e, será publicada na Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo – volume 08. numero 2 - 2021

⁸⁹ 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 Permanente 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: “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade”, cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Advogada e Consultora Jurídica. E-mail: mclaudia@univali.br. <https://orcid.org/0000-0002-8118-1071>.

⁹⁰ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Especialista em Psicologia Social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Possui livros publicados nas áreas de Desenvolvimento Empresarial, Filosofia, Educação e Direito. Mais de 20 anos de experiência na área empresarial, atuando na consultoria para instituições públicas e privadas. Professor no programa de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da Univali. Itajaí – SC – Brasil. Professor na Antonio Meneghetti Faculdade e coordenador do laboratório ‘Hard Cases’. E-mail: jsoares@univali.br. <https://orcid.org/0000-0001-6412-4094>

Abstract: The main goal of this paper is to demonstrate that the ontological distinction between man and nature present over the history of the human thought played a decisive role in the outbreak of the ecological crisis that currently threatens the balance of our planet's environment. After a historical and conceptual review of the origins of this distinction, especially in the philosophical and theological traditions, we will present the problems that arise from them and try to outline the contours of new ethical principles possibly capable of guiding human action towards a sustainable relationship with the environment.

Keys words: Man. Nature. Ecological crisis. Ethics. Ontology.

INTRODUÇÃO

Recentemente, uma questão preocupante ganhou grande visibilidade nos meios de comunicação: a possibilidade de extinção das abelhas. Em um curto período de tempo, diversas matérias sobre o assunto foram publicadas em jornais, blogs, programas de televisão, canais digitais e outros veículos de informação⁹¹.

De tom alarmante, todas as peças advertem para o risco de extinção que esses pequenos insetos estão correndo e para o impacto que esse fenômeno poderia ter sobre nosso planeta – em particular, para os seres humanos. Segundo elas, o papel das abelhas no processo de polinização é tão decisivo que, caso deixem de existir, seria possível que nossa biosfera entrasse em colapso, levando também ao perecimento da humanidade.

Apesar de possuírem certa dose de sensacionalismo, essas matérias apresentam relatos de especialistas que reiteram enfaticamente a importância das abelhas para o equilíbrio natural da Terra. Em 2016, o Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES) publicou o “Relatório de avaliação sobre polinizadores, polinização e produção de alimentos”⁹², que traz uma análise aprofundada sobre os potenciais problemas que a diminuição ou desaparecimento desses animais poderia acarretar.

Ou seja, mesmo que as projeções mais trágicas possam ser exageradas à luz dos estudos científicos disponíveis, as consequências negativas da extinção dos po-

91 Tais como “Como a extinção das abelhas coloca em risco o futuro da humanidade?...” (ECO/ UOL) ou “A extinção das abelhas poderia acabar com a vida na terra?” (Terra). Os links para acesso estarão listados nas referências.

92 Tradução livre do título original: “*The assessment report of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services on pollinators, pollination and food production.*”

linizadores (entre os quais as abelhas são os mais importantes) são uma realidade que exige nossa atenção urgente.

No entanto, para além de nos advertir sobre um perigo iminente, essa discussão também traz à tona uma questão ainda mais profunda e que será um dos principais temas abordados neste trabalho: a íntima – mas frequentemente ignorada – relação existente entre o que poderíamos chamar de “mundo humano” e “mundo natural”.

É comum, de maneira geral, tratarmos esses “dois mundos” como entidades dissociadas. Quando falamos sobre o mundo humano, geralmente nos referimos às nossas sociedades, tanto no sentido daquele conjunto de convenções e instituições que estabelecemos para organizar nossa vida comunitária (a cultura, as leis, a economia, a política, a religião, etc) quanto no sentido dos espaços físicos que ocupamos com nossas cidades e demais obras de arquitetura humana.

Já quando falamos sobre a natureza – a fauna, a flora, os minerais, os rios, o clima e assim por diante – aparentamos sempre estar falando de *outra coisa*, não de algo em que estamos inseridos umbilicalmente enquanto organismos vivos. Tratamos o mundo natural como alheio e essencialmente diverso ao mundo humano, mesmo que capaz de afetá-lo de maneira decisiva (inclusive na forma de uma *ameaça*⁹³).

Essa distinção é tão forte em nossa cultura que parece possuir um caráter quase ontológico – é como se os humanos não pertencessem à natureza do mesmo modo que os demais seres o fazem. Uma das consequências mais imediatas dessa visão cindida da realidade fica logo evidente: as relações materiais e psicológicas que estabelecemos com *algo que nos afeta* serão muito diferentes daquelas que estabelecemos com *algo do qual fazemos parte*.

Certamente evitaríamos ao máximo agredir um todo que compomos, pois isso significaria uma agressão contra nós mesmos. Porém, provavelmente não teríamos (e, de fato, temos demonstrado não ter) o mesmo grau de hesitação diante do que meramente nos afeta, especialmente se entendermos que essa afecção é negativa.

Ao longo deste trabalho, tentaremos demonstrar como essa forma de encarar a relação homem-natureza se desenvolveu e influenciou nossas ações no decorrer

93 A concepção da natureza como uma possível ameaça ao ser humano será tratada na Seção 4 deste artigo.

da história, sendo determinante para os resultados que colhemos hoje em relação às questões ambientais, tanto como sociedade quanto como indivíduos.

Com esse objetivo, na seção seguinte, remontado à tradição filosófica e teológica, trataremos do que parece ser o fator originário da distinção entre o homem e os demais seres da natureza: a faculdade da razão.

Depois, abordaremos o papel da nossa racionalidade na criação do “mundo humano” como entidade separada do “mundo natural”, através de um ímpeto de dominação movido pelo medo das implacáveis forças naturais.

Na quarta sessão, procuraremos entender como as questões tratadas anteriormente contribuíram para o desenvolvimento de uma cultura *antropocêntrica* – onde a natureza se constituía em uma preocupação apenas enquanto meio para realização dos fins humanos – e como isso culminou na crise ecológica que o mundo enfrenta atualmente.

Na penúltima seção, explicitaremos o caráter ontológico e ético do problema a ser enfrentado, fazendo contrapontos com os aspectos da tradição que sugerimos terem nos trazido até a situação atual e, assim, esboçando os contornos de novas concepções capazes de balizar uma relação sustentável da humanidade com o meio ambiente,

Por fim, nas considerações finais, revisaremos muito brevemente a discussão proposta ao longo deste artigo, com a finalidade de reforçar os objetivos e a relevância de sua realização.

1. AS ORIGENS DA DISTINÇÃO HOMEM-NATUREZA

Para entendermos essa percepção dicotômica entre o que é natural é o que é humano, precisamos primeiro buscar seu ponto originário. Na história do pensamento filosófico ocidental, a faculdade de raciocínio da qual somos dotados parece sempre ter sido considerada como o grande fator distintivo entre nossa espécie e o restante da natureza. O homem não é apenas um animal, mas é um *animal racional*.

Apesar de, modernamente, essa visão ser profundamente associada à corrente racionalista fundada por René Descartes⁹⁴, sua origem é muito mais antiga e seu

94 Segundo esse autor, “[a razão e o bom senso] é a única coisa que nos torna homens e nos distingue dos animais” (1987, p. 29)

alcance é muito mais amplo. Tanto Platão⁹⁵ quanto Aristóteles⁹⁶, por exemplo, já afirmavam que as almas dos seres vivos eram divididas em partes distintas e que apenas os humanos eram detentores da parte racional. Segundo Matos (2011, p. 49),

Parece haver uma distinção, tradicionalmente aceita, entre os seres humanos e os outros animais, com base no critério da capacidade de conhecimento. Ninguém duvidaria de que há, de fato, uma enorme diferença entre o comportamento cognitivo do ser humano e o dos outros animais. Na teoria do conhecimento moderna, com efeito, uma concepção tradicional de razão é costumeiramente estabelecida como base desta distinção.

Mas, afinal, o que é isso que chamamos de razão? Max Horkheimer, em seu livro “Eclipse da Razão”, faz uma provocação a esse respeito. Segundo ele, “quando se pede ao homem comum para explicar qual o significado do termo razão, sua reação é quase sempre de hesitação e abraço.” (2002, p. 13).

De fato, os termos “razão” e “racionalidade” são tão presentes em nosso cotidiano que sua definição aparenta ser quase uma autoevidência – isto é, até sermos chamados a apresentá-la. Nesse caso, nenhuma descrição parece ser abrangente o suficiente para defini-la de maneira satisfatória.

Essa dificuldade enfrentada pelo “homem comum” não surpreende. Nem mesmo a Filosofia, que tem se ocupado de refletir acerca desse tema há mais de dois mil anos, foi capaz de chegar a qualquer consenso sobre ele.

Apesar dessa discussão ser de grande importância, não será possível abordá-la neste artigo, uma vez que transcenderia muito o escopo da reflexão proposta. De maneira geral, consideraremos a racionalidade como aquela faculdade que permite ao ser humano fazer raciocínios complexos (tais como juízos, deduções, inferências, abstrações, etc), bem como produzir conhecimento e estabelecer consensos através de um sistema de linguagem arrojado.

O problema sobre o qual nos debruçaremos mais a fundo, no entanto, diz respeito à uma característica que parece comum à maioria dos conceitos formulados

95 No livro *A República* (2017), Platão afirma que as almas possuem três partes: concupiscente, irascível e racional.

96 Aristóteles discorre sobre as faculdades da alma na obra *Sobre a Alma* (2010), cujo título também já foi traduzido como *Da Alma*. São elas: nutritiva, perceptiva, desiderativa, de deslocação e discursiva (do entendimento).

ao longo da tradição: que a razão confere ao homem não apenas uma distinção, mas uma posição de *superioridade* dentro do mundo natural.

John Locke (1987, p. 198), por exemplo, afirma que ela é “a faculdade pela qual o homem é suposto distinguir-se das bestas, e pela qual é evidente que ele as ultrapassa.” No mesmo sentido, Leibniz (1987, p. 389) a define como “uma faculdade, pela qual supomos que o homem se distingue do animal e o supera em muito”.

Aqui, cabe nos perguntarmos: porque a racionalidade é considerada algo que nos distancia tanto dos demais seres e não apenas uma capacidade que possuímos, da mesma forma que os pássaros podem voar ou os peixes podem respirar dentro da água?

Uma possível resposta para essa pergunta remonta à noção de “*scala naturæ*” – também conhecida como “escada da natureza” ou “cadeia do Ser” – que nasceu junto com os esforços empreendidos pelos gregos antigos para compreenderem a natureza e o funcionamento de nosso mundo.

Esses pensadores concebiam o universo como uma um sistema *ordenado*, dotado de uma estrutura *linear*, onde cada componente teria seu lugar próprio acima ou abaixo dos demais. Sendo assim, eles classificavam os entes da natureza (desde os inanimados até os seres vivos) em uma ordem hierárquica de complexidade, sempre posicionando o ser humano no topo dessa hierarquia.

Com efeito, para Aristóteles (2006, p. 21), “a natureza nada fez de imperfeito, nem de inútil; ela fez tudo para nós [humanos].” Essa forma de compreensão da realidade influenciou profundamente todo o pensamento filosófico, científico e teológico subsequente.

Sem embargo, quase um século depois de Aristóteles, Crisipo vai afirmar que os cavalos e os bois existem apenas para trabalhar para o homem, da mesma forma que o porco existe para ser abatido e servido como alimento. Panécio de Rodes e Posidônio de Apaméia (Estoicismo Intermediário), Epicteto, Sêneca e Marco Aurélio (Estoicismo do Último Período), porém, vão introduzir estas idéias no mundo romano, e elas acabam por exercer uma grande influência nas ciências, na ética e no direito romano, de modo que os animais não tiveram uma melhor sorte sob o governo dos Césares. Com o declínio do Império Romano, porém, essa herança filosófica passa a ser da Igreja Católica, de modo que os seus principais representantes, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, a partir da teoria da

grande cadeia da vida vão ressaltar que a capacidade de pensar é um atributo espiritual exclusivo do homem, e portanto, é a diferença fundamental entre ele e os demais seres animados. (SANTANA, 2006, p. 51)

Além da tradição filosófica, a tradição judaico-cristã também tem um papel determinante na consolidação dessa visão sobre a superioridade humana com relação ao restante da natureza. Afinal, conforme nos informa o livro do Genesis (1,27-30), nós somos as únicas criaturas feitas à imagem e semelhança de uma divindade onipotente, onipresente e onisciente.

Esse fato, por si só, já seria suficiente para nos colocar em uma categoria completamente apartada. Mas, além disso, todas as outras criaturas foram colocadas sob nosso domínio por essa mesma divindade, que orienta: “Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a; dominai sobre os peixes do mar, as aves do céu e todos os animais que rastejam sobre a terra.”

Assim, seja por sua capacidade cognitiva superior, por sua posição na cadeia do ser ou pelos designios de uma divindade, podemos afirmar que as concepções filosóficas e teológicas tradicionais ajudaram a consolidar a percepção de que o ser humano ocupa uma posição privilegiada no mundo, estando acima do restante da natureza. Mais do que isso, essas tradições também parecem nos autorizar a utilizá-la de acordo com nossa vontade, seja ela qual for.

2. A DOMINAÇÃO DA NATUREZA E O SURGIMENTO DO “MUNDO HUMANO”

De fato, ao longo da história, a razão serviu como ferramenta de dominação da natureza. Adorno e Horkheimer (1985) afirmam que tanto os rituais xamânicos e religiosos do passado quanto a impressionante ciência moderna são frutos desse mesmo propósito.

Antes, em seu estado primitivo, o sofrimento e a morte só se faziam realidade para o ser humano no momento em que este era por eles confrontado. Porém, com o desenvolvimento de nossa capacidade cognitiva, os indivíduos começaram a tomar consciência de sua finitude e do constante risco ao qual estavam expostos.

Nesse sentido, a força implacável dos fenômenos e das leis do mundo natural se constituíam em uma permanente ameaça. A natureza, da qual antes fazíamos parte de maneira absolutamente simbiótica, passa a ser vista como uma força antagonista à nossa existência.

Por esse motivo, através do uso de nossa racionalidade, buscamos entender, intervir e controlar os processos naturais, com o intuito de utilizá-los ou modificá-los de acordo com nossos interesses e vontades.

O mito queria relatar, denominar, dizer a origem, mas também expor, fixar, explicar. Com o registro e a coleção dos mitos, essa tendência reforçou-se. Muito cedo deixaram de ser um relato, para se tornarem uma doutrina. Todo ritual inclui uma representação dos acontecimentos bem como do processo a ser influenciado pela magia. Esse elemento teórico do ritual tornou-se autônomo nas primeiras epopeias dos povos. Os mitos, como os encontraram os poetas trágicos, já se encontram sob o signo daquela disciplina de poder que Bacon enaltece como o objetivo a se alcançar. (Ibid, p. 7)

Em outras palavras, para se livrar do medo constante da aniquilação, o homem precisou se investir na posição de senhor com relação ao mundo natural. Para isso, além de buscar formas de manipular a natureza – primeiro através da magia, depois através da técnica – ele também criou um “mundo” próprio, apartado tanto quanto possível daquele, que é justamente o que chamamos de civilização. Como aponta Hans Jonas (2006, p. 32), “a violação da natureza e a civilização do homem caminham de mãos dadas”.

Mas, ainda segundo o mesmo autor, “antes de nossos tempos, as interferências do homem na natureza, tal como ele próprio as via, eram essencialmente superficiais e impotentes para prejudicar um equilíbrio firmemente assentado”. Mesmo que o homem possa ser considerado um ser superior com relação aos demais indivíduos que a compõe, ele não é mais forte do que a natureza como um todo.

Ou seja, apesar de conseguir realizar grandes feitos com o uso de sua razão, as ações do homem possuíam um alcance limitado, pois “todas as liberdades que ele se permite com os habitantes da terra, do mar e do ar deixam inalterada a natureza abrangente desses domínios” (Ibid, p. 32).

Já no espaço que cria para si (a “cidade⁹⁷”), ao contrário, a existência humana obedeceria às suas próprias leis e ordem internas, estando menos suscetível à inexorabilidade do mundo natural. De certa forma, podemos dizer que os humanos, através da sua capacidade racional, construíram um mundo à parte justamente para se *refugiar* da ameaça que a natureza representa à sua conservação.

Essa é a origem da distinção entre os “dois mundos” que tratamos na introdução. Dentro dessa perspectiva, é curioso pensar que, nos dias atuais, estamos enfrentando um problema quase completamente oposto. Agora somos nós que estamos afetando o mundo natural de tal maneira que passamos a representar uma ameaça à sua conservação.

Esse problema, entretanto, também é paradoxal e será tratado mais a fundo na sequência deste trabalho: na medida em que o nosso mundo “artificial” passa a afetar a natureza negativamente, ele volta se colocar sob o risco de sucumbir às implacáveis forças naturais.

3. O PROBLEMA DO ANTROPOCENTRISMO CULTURAL

Todavia, antes de adentrarmos nessa discussão, abordaremos outra questão decorrente do que já foi exposto até aqui. O ímpeto dominador do homem (motivado por sua necessidade de autopreservação), a criação das sociedades como um mundo à parte da natureza e a visão filosófico-teológica de que o ser humano possui uma posição de superioridade dentro da ordem do cosmo acabaram culminando no que chamamos de *cultura antropocêntrica*⁹⁸.

[...] essa cidadela de sua própria criação, claramente distinta do resto das coisas e confinada aos seus cuidados, forma o domínio completo e único da responsabilidade humana. A natureza não era objeto da responsabilidade

97 O autor Hans Jonas, que será citado ao longo deste artigo, denomina “cidade” todo o conjunto da obra humana, tanto em seus elementos físicos quanto abstratos, que o homem constrói para ser a “casa de sua existência humana”, em contraposição à sua existência como ser natural. (2006, p. 32-34)

98 Apesar de ter sido essencialmente teocêntrica, a Idade Média também entra nessa lógica no sentido exposto na Seção 2 deste artigo. Apesar de haver um Deus transcendente e superior que se torna a referência central de nossa cultura, o ser humano continua tendo posição de superioridade e domínio dentro do mundo material/natural.

humana – ela cuidava de si mesma e, com a persuasão e a insistência necessárias, também tomava conta do homem: diante dela, eram úteis a inteligência e a inventividade, não a ética. (Ibid., p. 33-34)

Com o surgimento das civilizações, os homens se voltaram completamente para si mesmos e para aquilo que dizia respeito à ordem interna dessa nova organização. Assim, desenvolveram a Filosofia, a Arte, a ciência, a política, a economia e tudo mais que caracteriza nosso *mundo humano*. No entanto, esse desenvolvimento se deu tendo como referência apenas as nossas próprias necessidades, interesses e anseios.

Nesse contexto, de maneira geral, a preocupação com o mundo natural tinha um caráter meramente instrumental, na medida em que a natureza era vista como um meio para a manutenção da nossa vida e da nossa sociedade. Conforme Souza e Granado (2016, p. 11) “certamente, a proteção do ambiente não fazia parte da tradicional cultura humana. Ao longo da história, o homem dominou a natureza sem se preocupar com a viabilidade de causar a escassez dos recursos naturais”.

Um dos problemas inerentes à essa visão de mundo antropocêntrica é de natureza ética e diz respeito à questão dos direitos dos animais. Como vimos nas seções anteriores, ao afirmarem que os demais seres vivos seriam, de algum modo, inferiores a nós e existiriam com a finalidade de nos servir, as tradições filosófico-teológicas ofereceram uma base justificacional para a exploração do meio ambiente pelo homem.

Essa autorização moral para usarmos inclusive outros seres sencientes de acordo com nossa vontade – mesmo à custa da dor, sofrimento e morte dos mesmos – é, certamente, problemática. Ela suscita um amplo debate, que merece uma discussão muito mais profunda do que seremos capazes de fazer aqui. Por esse motivo, não abordaremos essa questão de maneira direta no presente artigo.

No momento, focaremos no problema paradoxal apresentado ao final da sessão anterior. Por muito tempo, a questão da preservação do meio ambiente não constituiu uma preocupação presente no pensamento humano.

Do final dos anos 1960 ao início dos anos 1970, anos trágicos para o meio ambiente, houve o nascimento de um novo cenário mundial, pelo que fez insurgir os primeiros passos a identificação do problema, causando um abrir de olhos que

reagiu em favor da busca por conscientização, avaliação e remediação da crise ambiental descoberta. (Ibid., p. 11)

Como apontado anteriormente por Jonas, até um passado relativamente próximo, o impacto de nossas ações sobre o mundo natural era tão pequeno que não colocava em risco o seu equilíbrio. Foi principalmente a partir da Revolução Industrial, com o desenvolvimento acelerado da ciência e da tecnologia, que essa lógica deixou de ser verdadeira.

Com os avanços da técnica, a extensão dos danos contra a natureza que somos capazes de causar aumentou exponencialmente. Episódios como a tragédia de Chernobyl e os efeitos ambientais devastadores das bombas atômicas são apenas alguns exemplos desse fato.

Além disso, a Modernidade e a Pós-Modernidade também trouxeram consigo outro fenômeno que contribuiu para o agravamento desse cenário: o consumismo de massa. Com as diversas mudanças culturais em marcha após o final da Idade Média, o antropocentrismo se radicalizou, acabando por se transformar em um individualismo que “atribui um valor extraordinário ao direito dos indivíduos de decidirem por si mesmos que bens e serviços desejam obter” (BARBOSA, 2004, p. 49).

Assim, em vez do gênero humano, é o próprio indivíduo que passa a ocupar a posição de centralidade em nosso pensamento e em nossas organizações sociais. E, como afirma Lipovetsky (2005, p. 3), nossas sociedades passam a operar pela lógica da *sedução*.

A sedução nada tem a ver com a representação falsa e a alienada das consciências; é ela que dirige o nosso mundo e o remodela de acordo com um processo sistemático de personalização cuja finalidade consiste essencialmente em multiplicar e diversificar a oferta, em oferecer mais para que você possa escolher melhor, em substituir a indução uniforme pela livre escolha, a homogeneidade pela pluralidade, a austeridade pela satisfação dos desejos. (Ibid., p. 3)

Esse crescente desejo de consumo dos indivíduos gera o aumento tanto da demanda quanto do descarte de produtos industriais. Por consequência, produzimos grandes passivos ambientais com os quais nem sempre possuímos formas adequadas de lidar – tais como o aumento do consumo de recursos escassos, quantidades imensas de lixo e rejeitos químicos oriundos de seus processos de produção.

Não é por acaso que, atualmente, estamos enfrentamos uma grave crise ecológica de escala global. Se antes erámos capazes de fazer pequenos arranhões nos domínios da natureza, agora somos capazes de feri-la mortalmente.

O rápido desenvolvimento experimentado pelas sociedades humanas nos confrontou com uma situação completamente nova, onde as concepções antropocêntricas que marcaram os períodos anteriores já não são mais capazes de fornecer respostas satisfatórias aos problemas emergentes.

Concebida para a felicidade humana, a submissão da natureza, na sobremedida de seu sucesso, que agora se estende à própria natureza do homem, conduziu ao maior desafio já posto ao ser humano pela sua própria ação. Tudo aí é novo, sem comparação com o que o precedeu, tanto no aspecto da modalidade quanto no da magnitude: nada se equivale no passado ao que o homem é capaz de fazer no presente e se verá impulsionado a seguir fazendo, no exercício irresistível desse seu poder. Toda sabedoria acumulada até então sobre o justo comportamento esteve talhada para aquela experiência. Nenhuma ética tradicional nos instrui, portanto, sobre as normas do “bem” e do “mal” às quais se devem submeter as modalidades inteiramente novas do poder e de suas criações possíveis. (JONAS, op. cit., p. 21)

Mesmo que as preocupações com o problema da sustentabilidade já tenham ganhado grande relevância em nossa sociedade, ainda há um longo caminho a percorrer para mudarmos os paradigmas de pensamento que causaram esse problema em primeiro lugar.

4. CRISE ECOLÓGICA: UM DESAFIO ÉTICO E ONTOLÓGICO

Considerando tudo o que já foi exposto até aqui, fica evidente que a humanidade está diante de um grande desafio de natureza ontológica e ética – ontológica porque está ligado à forma como compreendemos os entes que compõe este universo e ética porque também diz respeito àquele conjunto de princípios que orientam as ações humanas.

Portanto, se a raiz da crise ecológica que nos ameaça está nas concepções de mundo que tem determinado nosso agir, é necessário buscar novas concepções e

princípios que possam balizar as relações que estabelecemos com o mundo natural, de modo que esta permaneça sustentável ao longo do tempo.

O primeiro e mais importante passo para isso certamente é a superação da visão fragmentária da realidade que foi extensamente discutida ao longo deste trabalho. Afinal, de fato, todos os elementos que compõe nosso universo estão essencialmente interligados. Como nos informa Capra (1996, p. 40),

[...] a física quântica mostra que não podemos decompor o mundo em unidades elementares que existem de maneira independente. Quando desviamos nossa atenção dos objetos macroscópicos para os átomos e as partículas subatômicas, a natureza não nos mostra blocos de construção isolados, mas, em vez disso, aparece como uma complexa teia de relações entre as várias partes de um todo unificado.

Assim, podemos afirmar que tudo o que existe é parte de uma unidade elementar, até aqueles objetos que estão mais distantes de nós. Sabemos que a vida na Terra não seria possível sem o Sol. Sabemos também que a força gravitacional exercida pela Lua determina o movimento das marés, o que influencia diretamente no clima do planeta.

Na ordem cósmica, não existem entidades que existam de maneira independente ou isolada. Tudo está em conexão com tudo, de uma forma ou de outra. Em última instância, mesmo que não se veja dessa maneira, o ser humano também é um animal cuja sobrevivência depende da saúde de um ecossistema no qual todos os elementos tem importância fundamental.

Como já vimos na introdução, mesmo aqueles indivíduos encastelados em grandes edifícios, no seio de movimentadas megalópoles, cercados pelas mais diversas tecnologias de ponta, precisam dos polinizadores se quiserem seguir existindo.

Esquecer ou ignorar esse fato pode vir a se tornar o erro fatal cometido por nossa espécie. Afinal, os problemas ambientais que estamos enfrentando não são resultados de processos naturais que ocorrem à revelia da nossa vontade ou controle. Pelo contrário, é a própria ação humana está desencadeando os processos que colocam em risco nossa sobrevivência na Terra.

Em outras palavras, nossa tentativa de dominar a natureza para nos preservarmos dentro de um mundo humano agora está produzindo o efeito oposto.

Atualmente alcançamos um nível tal de agressão que equivale a uma espécie de guerra total. Atacamos a Terra no solo, no subsolo, no ar, no mar, nas montanhas, nas florestas, nos reinos animal e vegetal, em todas as partes, onde podemos arrancar dela algo para nosso benefício, sem qualquer sentido de retribuição e sem qualquer disposição de dar-lhe repouso e tempo para se regenerar. Mas não nos iludamos. Nós, seres humanos, não temos qualquer chance de ganhar esta guerra irracional e desapiadada, pois a Terra é ilimitadamente mais poderosa que nós. De mais a mais, nós precisamos dela para viver. Ela não precisa de nós. (BOFF, 2016)

É justamente o caso da possível extinção das abelhas, cujas causas diretas são o uso de pesticidas, a poluição e as formas como ocupamos e manejamos nossas terras (IPBES, 2016, XII). Se nada for feito para deter o que provocamos, provavelmente estaremos colocando em risco nossa segurança alimentar.

Que o destino de um ser tão pequeno (que costumamos tratar como irrelevante e inferior) possa influenciar tão decisivamente no destino da “poderosa” humanidade explicita claramente a indissociabilidade que existe entre o homem e a natureza.

Dentro dessa compreensão unitária do universo, àquela noção de hierarquia linear entre os seres que surgiu no pensamento antigo já não parece fazer sentido. Afinal, podemos continuar afirmando que as abelhas são *inferiores*, mesmo sabendo que a existência humana pode depender delas?

Mesmo que possamos utilizar diversos critérios de classificação para os mais diferentes propósitos (os estudos da Biologia, por exemplo), de uma perspectiva ontológica, essa ideia não parece se sustentar. A visão da ordem do cosmo como uma *teia*, conforme sugerido por Capra (1996), aparenta ser muito mais adequada.

Por fim, ainda nos resta discutir o papel que a razão deve exercer dentro dessa nova perspectiva ética. Afinal, como vimos na Seção 2, essa grande capacidade cognitiva da qual somos dotados sempre foi vista como o fator determinante para fundamentar as visões que nos colocam, de alguma forma, como seres alheios ao restante da natureza.

Quando escreveram “A Dialética do Esclarecimento”, Adorno e Horkheimer se propuseram a “descobrir por que a humanidade, em vez de entrar em um estado verdadeiramente humano, está se afundando em uma nova espécie de barbárie” (1985, p. 2). No caso específico dessa obra, o objetivo dos autores era entender

como a nossa razão supostamente esclarecida acabou gerando episódios tão bárbaros quanto os regimes totalitários que marcaram aquela época.

Contemporaneamente, certamente poderíamos fazer uma indagação parecida a respeito da questão ambiental: como o ser humano, dotado de uma inteligência elevada e capaz dos feitos mais incríveis, foi capaz de cometer violências tão brutais contra a natureza que acabaram provocando uma crise ambiental de tamanhas proporções?

Uma possível resposta à essa pergunta é dada por Milaré (2011, p. 114) ao afirmar que:

[...] o racionalismo moderno e o desvendamento dos segredos da natureza ensinaram ao homem a posição de arrogância e de ambição desmedidas que caracterizam o mundo ocidental contemporâneo. E o desenvolvimento científico-tecnológico, submetido ao controle do capital para efeitos de produção e criação de riquezas artificiais, desembocou nessa lamentável 'coisificação' da natureza e dos seus encantos.

É inegável que a racionalidade é uma faculdade fantástica. O problema, no entanto, está na instrumentalização que ela sofreu. Se usada como ferramenta criativa, a razão possibilita ao ser humano produzir desde as coisas mais básicas de seu cotidiano prático até as coisas mais belas e abstratas, como a Filosofia e a Arte. Mas, se usada para fins destrutivos, ela também será capaz de produzir as maiores atrocidades.

Infelizmente, ao longo da história e de forma ainda mais grave a partir da Modernidade, nossa capacidade cognitiva elevada foi predominantemente utilizada como artifício para dominar e subjugar a natureza, com a intenção de fazê-la servir aos propósitos humanos e sem qualquer consideração acerca das implicações disso para a sua sanidade. As consequências nós já conhecemos.

Por isso, se quisermos estabelecer uma relação positiva com a natureza, partindo da compreensão de que também somos parte dela, precisamos compreender esse grande poder que possuímos como uma espécie de compromisso de responsabilidade com o desenvolvimento mútuo – nosso e do planeta.

Cada homem que nasce e vive neste planeta deve ter a responsabilidade de custodiá-lo e evolui-lo, no âmbito da sua casa, da sua horta, das suas roupas, do encontro com qualquer pessoa. Conseguindo compreender essa visão, surge ime-

diatamente um encontro afável e cordial para qualquer um, seja humano, planta, alma vivente. É um encontro inteligente no qual existem hierarquias, não de poder ou de predominância, mas de *prioridade de serviço*. Na verdade, a ter a liderança do planeta devem ser aqueles que melhor sabem servi-lo e mantê-lo, desenvolvendo a sua vitalidade. (MENEGETTI, 2017, 24).

Dentro dessa perspectiva, na medida em que promovemos o bem estar da Terra, promovemos o bem estar do homem. Porém, é importante ressaltar que o contrário também é verdadeiro. Afinal, “o ambiente é uma extensão do organismo do homem e reflete a ordem e desordem de quem é responsável por zelar e regular-se pelas leis imanes na própria natureza.” (SOUZA & SOARES, 2018, p. 313).

Neste sentido, o “mundo artificial” que criamos não separa o ser humano apenas da natureza “externa”, mas também faz com que ele perca o contato com aquela parte interna de si que está umbilicalmente conectada com a ordem da natureza.

Estamos nesta atmosfera coligada, onde se reverifica a vitalidade da parte se inserida na vitalidade em homologação com o todo. Nesse modo de entender, para colher o quanto nós estamos entitativamente no universo da vida, é preciso partir do saber colher o sinal informático que há em cada um de nós como célula, como momento, como ponto no espaço energético de um espaço vital. (MENEGETTI, 2017, p. 14)

Para que uma concepção ética voltada para a preservação ambiental seja capaz de produzir o resultado ao qual se destina, é indispensável que os homens busquem também um processo de autoconhecimento. Enquanto partes dessa unidade universal que citamos acima, nós já possuímos a lógica da vida *dentro de nós* – e a vida jamais destrói a si mesma.

É importante ressaltar que isso não significa que precisamos fazer uma “inversão de valores” de ordem hierárquica, colocando o mundo natural “acima” de nossa existência enquanto indivíduos particulares. Isso já seria voltar àquela visão fragmentada que estamos tentando combater.

Ao contrário, na medida em que compreendemos que só podemos existir no mundo e nos realizarmos no mundo, percebemos que investir nele significa investir em nós; aperfeiçoá-lo significa nos aperfeiçoar; preservá-lo significa preservar a nós mesmos. E todos os contrários também são verdadeiros. “A terra é um enorme

dom do ser e, quem não sabe amá-la significa que não sabe amar a si mesmo e, tanto menos, a própria dignidade” (Ibid., p. 96).

Assim, nossa principal tarefa para enfrentar os desafios ambientais atuais, no âmbito da ontologia e da ética, parece ser o resgate tanto a nossa conexão externa quanto da nossa conexão interna com o mundo enquanto unidade orgânica da qual somos parte constituinte e indissociável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que foi discutido ao longo deste trabalho, podemos concluir que, se não “acordarmos” para nossa condição de interdependência existencial com o mundo, não haverá chance de sobrevivência à longo prazo para a humanidade.

O homem nasce, cresce, é nutrido pelo cordão umbilical deste planeta. Até o nosso rosto e os nossos olhos ficam coloridos pela reação química dos fótons da atmosfera. Inclusive as nossas formalizações, as fantasias, a consciência. Definimo-nos humanos enquanto derivamos do húmus, do sangue orvalhado desse imenso ventre que é a “mãe terra”: essa é nossa estação vital. (MENEGHETTI, 2011, p. 286-287)

Não importa quão longe nosso pensamento ou nossa técnica alcance, se ela fizer isso às custas da degradação do equilíbrio natural que nos sustenta, mesmos nossos empreendimentos mais grandiosos não passarão de um esforço em direção à autodestruição. De fato, a crise ambiental que enfrentamos atualmente já um sinal claro do destino trágico para o qual nossas ações estão nos levando.

Porém, a via de saída para essa enlacrada em que nos colocamos não será pelo mesmo caminho que nos trouxe até aqui. As concepções de mundo que nos fizeram encarar a realidade de maneira dicotômica e nos “separaram” do restante da natureza precisam ser revisadas com o intuito de reestabelecer a sanidade do Planeta Terra e promover a sustentabilidade da nossa existência como parte dele. Esse foi o escopo da tarefa a qual nos propusemos aqui.

Além disso, outro ponto que procuramos demonstrar foi a influência fundamental que algumas correntes de pensamento desenvolvidas ao longo da história

da humanidade exerceram sobre nosso modo de viver e pensar tanto o mundo quanto a nós mesmos.

Podemos afirmar que os trabalhos intelectuais desenvolvidos por esses pensadores foram determinantes para a construção da realidade que vivemos hoje, tanto em seus aspectos positivos quanto negativos. Apesar deste artigo ter se concentrado na questão ambiental, é notório que o mesmo se aplica à todas as esferas da vida humana.

A reiteração dessa influência pode parecer quase trivial, mas, na verdade, é muito importante para nos lembrar da importância e do impacto que nossas reflexões podem ter sobre o rumo das coisas. Além disso, essa lembrança também nos coloca em uma posição de responsabilidade perante à realidade: se o mundo está enfrentando uma crise, qual pode ser a nossa contribuição?

No escopo do Direito, Soares, Souza e Ferrer afirmam que (2020, p. 44),

Quando as opiniões emitidas pelos intelectuais jurídicos começam a ganhar corpo em meio à sociedade, passam a se manifestar também como consciência jurídica, como percepção de um grupo, parte ou todo da sociedade. O resultado do trabalho intelectual, então, quando visa mudança da realidade jurídico-política, precisa passar pela capacidade de influenciar a consciência jurídica.

Neste sentido, nossos dois principais objetivos com este artigo foram elucidar as possíveis origens históricas da crise ecológica que vivemos atualmente e, como contraponto, propor novas formas de encarar nossas relações com o meio ambiente, de modo a contribuir com a mudança de pensamento necessária para frear esse processo destrutivo. Afinal, “não se ajuda o humano com revoluções externas, mas com revoluções interiores.”⁹⁹ (MENEGETTI, 2017, p. 231).

REFERÊNCIAS

A EXTINÇÃO das abelhas poderia acabar com a vida na terra? **Terra**, 2017. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/climatempo/a-extincao-das-abelhas-poderia-acabar-com-a-vida-na-terra,c0037cfc7c5dc4c4ee2b226c1ade956049xt58pl.html>>. Acesso em: 14 de setembro de 2021.

ADORNO, T; HORKHEIMER, M. **Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Trad.: Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

ARISTÓTELES. **A política**. 3ª ed. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Sobre a Alma**. Trad.: Ana Maria Lóio. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010.

BARBOSA, L. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BOFF, L. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

CAPRA, F. **A Teia da Vida: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos**. São

Paulo: Cultrix, 1996

DESCARTES, R.. **Discurso do método**. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

FLORESTTI, F. **Como a extinção das abelhas coloca em risco o futuro da humanidade?** ECOA/UOL, 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2021/04/13/como-a-extincao-das-abelhas-coloca-em-risco-o-futuro-da-humanidade.htm>> Acesso em: 14 de setembro de 2021.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. Trad.: Sebastião Uchoa Leite. São Paulo, 2002.

IPBES. **The assessment report of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services on pollinators, pollination and food production**. Bonn: Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, 2016.

JONAS, H. **O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Trad.: Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e Ed. PUC-Rio, 2006.

LEIBNIZ, W. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

LIPOVETSKY, G. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005.

LOCKE, J. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

MATOS, J. C. M. **A questão da razão como critério distintivo entre homem e animal.** Filosofia Unisinos, São Leopoldo, v. 12, n. 1, p. 48-55, jan/abr 2011. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/1003/228>>. Acesso em: 17 de setembro de 2021.

MENEGHETTI, A. **O projeto homem.** 3ª ed. Trad. e rev.: Claudia Montenegro e Gabriela Rockenbach. Recanto do Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2011.

_____; **Antonio Meneghetti sobre... Projeto Terra.** Recanto do Maestro: Fundação Antônio Meneghetti, 2017.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PLATÃO. **A República.** 15ª ed. Trad.: Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

SANTANA, H. J. **Espírito animal e o fundamento moral do especismo.** Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 1, n. 1, p. 37-65, jan 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10240>>. Acesso em: 18 de setembro de 2021.

SOUZA, M. S. A.; SOARES, J. S. **Sociedade de consumo e o consumismo: implicações existenciais na dimensão da sustentabilidade.** Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 303-318, ago/dez, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/815>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

_____; SOARES, J. S.; FERRER, G. R. **Política jurídica, vida de consumo e pandemia: a responsabilidade do intelectual jurídico.** Revista Jurídica, Curitiba, v. 5, n. 62, p. 538-565, dez 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4972/371373115>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

_____; SOARES, J. S.; GRANADO, J. R. M. **A Contextualização da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) no Brasil: a Experiência Brasileira com o Implemento do Processo de Pensamento Estratégico.** Revista Direito Público, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p. 9-33, mai/jun 2016. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2640>>. Acesso em: 12 de setembro de 2021

Capítulo 6

O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COMO UM NOVO PARADIGMA PARA A GARANTIA DA SUSTENTABILIDADE E PARA O ENFRENTAMENTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Ana Clara Brandelli Alves dos Santos¹⁰⁰

Débora Bós e Silva¹⁰¹

Cleide Calgato¹⁰²

Resumo: O objetivo do artigo reside em uma reflexão sobre as mudanças climáticas, a partir de uma análise sobre meio ambiente, sustentabilidade e consumo. Tendo em vista este propósito, a pesquisa tem natureza teórica, utilizando-se como método o analítico dedutivo, a partir da leitura de doutrina, documentos e artigos. Para tanto, analisa-se, em um primeiro momento, os aportes teóricos sobre o constitucionalismo latino-americano e

100 Mestranda em Direito na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista PROSUC/CAPES na modalidade taxa. Integrante do grupo de pesquisa Ambiente, Estado e Jurisdição (ALFAJUS), na linha de pesquisa “Estado, Crise da Jurisdição e Meio Ambiente” da UCS. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9307172887985664>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7194-7651>. E-mail: acbasantos@ucs.br.

101 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (UCS). Bolsista PROSUC/CAPES, na modalidade taxa. Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Relações Internacionais. Pós-Graduada em Direito Processual (PUC/MG) e em Administração Pública Municipal (UFMG). Integrante do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica vinculado a Área de Conhecimento das Ciências Jurídicas e Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS). E-mail: dbsilva18@ucs.br, debbie-bos@hotmail.com, deborabosesilva@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7765348124559288>. Orcid: 0000-0001-5410-6335.

102 Pós Doutora em Filosofia e em Direito, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutora em Ciências Sociais, Filosofia e Direito, professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. É líder do Grupo de Pesquisa «Metamorfose Jurídica». E-mail: ccalgato@ucs.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. Orcid: 0000-0002-1840-9598.

o meio ambiente, reconhecendo-o como um novo paradigma ecocêntrico. Na sequência, estabelece-se a problemática das mudanças climáticas em face do novo constitucionalismo latino-americano, discorrendo-se sobre a necessidade de uma transformação, na consciência coletiva, sobre a compreensão do que, efetivamente, é viver bem, para o enfrentamento às mudanças climáticas. Ao final, entrelaçam-se os dois primeiros capítulos com a sustentabilidade e o consumo, enfatizando a necessidade de conceber estratégias que fomentem uma nova relação do ser humano com o meio ambiente, considerando que a sobrevivência depende da habilidade humana de respeitar a integridade ecológica. Os resultados do artigo sinalizam o inédito contributo do constitucionalismo latino-americano, com o resgate de práticas harmoniosas entre o ser humano e a natureza, sobretudo diante dos dados científicos que comprovam a afetação do clima pelas práticas antrópicas insustentáveis, dentre elas, o consumo.

Palavras-chave: Constitucionalismo Latino-Americano; Meio Ambiente; Mudanças Climáticas; Sustentabilidade; Consumo.

Abstract: The purpose of the article resides in a reflection on climate change, based on an analysis of the environment, sustainability and consumption. With this purpose in mind, the research has a theoretical nature, using the deductive analytical method as a method, based on the reading of doctrine, documents and articles. Therefore, it analyzes, at first, the theoretical contributions on Latin American constitutionalism and the environment, recognizing it as a new ecocentric paradigm. Then, the issue of climate change is established in the face of the new Latin American Constitutionalism, discussing the need for a transformation, in the collective conscience, about the understanding of what, in fact, it is to live well, to face the climate changes. At the end, the first two chapters are intertwined with sustainability and consumption, emphasizing the need to devise strategies that foster a new relationship between human beings and the environment, considering that survival depends on human ability to respect ecological integrity. The results of the article point to the unprecedented contribution of Latin American Constitutionalism, with the rescue of harmonious practices between human beings and nature, especially in light of scientific data that prove the affectation of the climate by unsustainable anthropic practices, including consumption.

Key words: Latin American Constitutionalism; Environment; Climate changes; Sustainability; Consumption.

INTRODUÇÃO

A problemática da variação do clima está reunindo a atenção da comunidade científica, dos Estados Nacionais e da população global em geral. Constatada a responsabilidade do ser humano sobre o aumento da concentração dos gases de efeito estufa na atmosfera, torna-se cada vez mais evidente a necessidade de revisar os sistemas e estruturas que deram causa ao desequilíbrio do sistema climático, atualmente prestes a colapsar.

Nessa esteira, percebe-se que o sistema capitalista, grande instigador do consumo desenfreado, vem simultaneamente movimentando a indústria, gerando toneladas de resíduos e consumindo recursos naturais para além dos limites de regeneração da natureza. A racionalidade dominante é, portanto, uma racionalidade insustentável e que encontra lastro nesse contágio da população mundial pela necessidade de ter sempre mais.

Tendo em vista esse cenário, torna-se necessário discutir sobre novos paradigmas capazes de modificar a racionalidade hegemônica dominante.

Como proposta deste artigo, apresenta-se o surgimento do constitucionalismo latino-americano como uma resposta de grande relevância nesse contexto, capaz de estabelecer uma nova abordagem, para o enfrentamento das mudanças climáticas. Esta guinada teórica oferece uma visão distinta da eurocêntrica, recuperando ensinamentos e preceitos ancestrais acerca da relação harmoniosa entre ser humano e natureza, incentivando o ser humano a incorporar valores condizentes às condições existenciais de qualquer sociedade civilizada. Ao reconhecer a natureza como sujeito de direitos, quebra-se o paradigma vigente, que acaba substituído pelo ecocentrismo, alcançando não só elementos bióticos, mas também os abióticos, havendo espaço reservado para a proteção do clima, impactando

Para a elaboração deste artigo, privilegiou-se a pesquisa de natureza teórica, utilizando-se o método analítico dedutivo, a partir do estudo de obras, artigos e documentos sobre o tema, compartimentando-se o conteúdo em três capítulos principais. No primeiro capítulo, discorre-se sobre o constitucionalismo latino-americano, analisando os dispositivos constitucionais equatorianos, bolivianos e cubanos, alterando sensivelmente o tratamento destinado à natureza, inclusive, reconhecendo-a como sujeito de direito (Equador e Bolívia). Essa transformação, fruto da eclosão de demandas cidadãs em prol de uma maior qualidade de vida, apresenta-se como uma tendência crescente de substituição por um modelo ecocêntrico. Em seguida, no segundo capítulo, discorre-se sobre a problemática das mudanças climáticas, a partir de uma reflexão sobre o crescimento acelerado das interferências antrópicas, assim consideradas como aquelas geradas pelo ser humano, as quais demonstram um agravamento sucessivo do sistema climático. Partindo deste norte, a adoção de um novo paradigma ecocêntrico, pelas Constituições latinas, ressignifica a proteção climática, pela primazia de novas formas de *buen vivir*, pautadas na cosmovisão andina sobre a natureza. Ao final, enfatiza-se a necessida-

de de conceber estratégias que fomentem uma nova relação do ser humano com o meio ambiente, diante do impacto das atividades antrópicas, considerando que a desaceleração do consumo depende da habilidade humana de respeitar a integridade do meio ambiente e o desenvolvimento de práticas sustentáveis.

Diante das considerações acima tecidas, o constitucionalismo latino-americano traz a concepção do *buen vivir*, ajudando a ressignificar parâmetros éticos e a reformular a noção do que é preciso para viver bem. Conclui-se que, ao fazer isso, mostra seu potencial de enfrentamento às mudanças do clima, pois reconecta o que estava separado: a percepção de que o ser humano faz parte da natureza, e que é nela que se realizam todas as formas de vida. Surge assim, nas constituições dos Estados, mas também na consciência coletiva, a premência de trilhar o caminho mais próximo possível da sustentabilidade, à semelhança do que faziam os povos originários andinos, num último esforço para restauração do equilíbrio perdido em prol do capitalismo e do hiperconsumo.

1. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E MEIO AMBIENTE: O NOVO PARADIGMA ECOCÊNTRICO

A relação entre ser humano e meio ambiente, pautada em racionalidade europeia e antropocêntrica, se confirma como insustentável, pois lentamente destrói o equilíbrio necessário para congregar as diferentes formas de existência num espaço sadio. Em sua curta estadia na terra, comparativamente ao histórico de Gaia (CAMPRA, 2006, p. 206), a espécie humana evoluiu na complexidade de suas formas, explorando espaços e degradando-os em escala capaz de ameaçar até mesmo o futuro das próximas gerações.

A construção de uma mentalidade autocentrada e dominadora é fruto de múltiplas influências, reunidas ao longo da história da humanidade, e hoje volta-se principalmente ao alcance de objetivos econômicos. As mudanças ocorridas a partir da segunda metade do século XX são especialmente significativas, de fragmentação de sentidos, valores e certezas, num contexto de “busca de liberdade egóica e afirmação do poder individual, a partir da transformação e posse material de coisas e pessoas através do Mercado” (PELIZZOLI, 1999, p. 13-14).

O consumismo se tornou um traço das sociedades contemporâneas, assim como os efeitos negativos das práticas insustentáveis: exploração intensa de recursos naturais, acúmulo de resíduos, dentre outros. A “nova” realidade inclui ilhas de plástico e lixo espacial, demonstrando que a interferência humana não está restrita aos espaços terrestres, onde encontram-se construídas as cidades. Até mesmo o clima, que durante muito tempo foi considerado imune à interferência antrópica, apresenta variações derivadas de atividades do ser humano, tal como a atividade industrial.

À medida em que foram se tornando mais e mais evidentes os danos ao ambiente, investigados e identificados pela comunidade científica, e posteriormente reconhecidos por outras esferas, a problemática ambiental ingressou nas pautas internacionais. Aos poucos foi sendo transformada a abordagem jurídica destinada aos elementos constituintes do ambiente, pois estes eram previamente tutelados numa perspectiva privada, em disputas de vizinhança por exemplo.

Nessa linha do tempo, a Conferência de Estocolmo (1972) é um marco para a proteção ambiental e motivou alterações nos ordenamentos jurídicos internos dos países participantes. A título exemplificativo, influenciou a incorporação do meio ambiente como direito fundamental na Constituição portuguesa de 1976, e cerca de dois anos depois, em 1978, a inserção de previsão expressa sobre a matéria ambiental na Constituição espanhola (CANOTILHO et al, 2008, p. 179). Observando tal orientação estruturante, a Constituição brasileira de 1988 consagra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, atribuindo ao Estado e à coletividade o dever de proteção e preservação da natureza.

Porém, em contrapartida às influências europeias, que mantinham o ser humano em posição central, um novo formato foi cunhado, denominado constitucionalismo latino-americano. Nele muda o tratamento destinado à natureza, que assume papel autônomo, dignitário e detentor de determinados direitos. Com isso, novos propósitos são agregados à proteção do ambiente, ultrapassando aqueles limitados a interesses puramente antropocêntricos, como a preservação de recursos para prover as necessidades da sociedade a longo prazo.

Segundo Moura (2012), demandas cidadãs por qualidade de vida fizeram emanar o novo constitucionalismo latino-americano, que encontra a expressão elevada nas constituições equatoriana de 2008 e boliviana de 2009, embora fragmentos já pudessem ser identificados na Constituição colombiana de 1991 e ve-

nezuelana de 1999. Tendo por norte os casos do Equador e da Bolívia, nota-se o surgimento de um novo paradigma constitucional biocêntrico, firme no ideal do *buen vivir* como parâmetro ético regulador das relações entre os seres humanos e também destes com a natureza (ZAFFARONI, 2010, p. 120-121).

A Constituição equatoriana de 2008 contém, em seu preâmbulo, uma celebração à natureza, “Pacha Mama”. Trata-se da recuperação de referência ancestral que remete à forma como os povos originários percebiam o entorno, com respeito, espiritualidade e harmonia, refletindo nos delineamentos do novo constitucionalismo latino-americano.

Com efeito, a construção de uma convivência harmoniosa com a natureza, análoga a de outrora, está prevista em referida Constituição como meio para alcançar o *buen vivir*, “*el sumak kawsay*”. Ainda, em capítulo próprio, estão previstos os direitos da natureza, a seguir transcritos:

Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

[...]

Art. 74. Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado. (EQUADOR, 2008.)

As disposições supracitadas diferem sobremaneira da visão instrumental do ambiente e de seus recursos, pois na linha constitucional equatoriana, que honra os conhecimentos de herança andina, a natureza é reconhecida como sujeito de direito. Esse reconhecimento representa um paradigma inovador para a ordem jurídica, suscitando discussões no âmbito teórico, conforme aludem Tolentino e Oliveira (2015, p. 321). É que de acordo com o próprio comando normativo, o res-

peito à existência, manutenção e regeneração dos ciclos vitais da natureza é direito outorgado a ela pelo constituinte equatoriano.

De outra banda, a Constituição boliviana de 2009 também faz referência à Pachamama em seu preâmbulo, que, aliás, deixa manifesto se tratar de uma Carta erigida em face das políticas advindas de contexto exógeno à América Latina (BASTOS; LIMA, 2019, p. 71). Elaborada por uma Assembleia Constituinte, nela estão previstos vários direitos ambientais, tão importantes a ponto de a preservação da natureza ser considerada um verdadeiro pilar (SOBRINHO; ROQUE; PIUCCO, 2020, p. 35). Soma-se a isso o enaltecimento da cosmovisão dos povos originários, permitindo o avanço para além dos valores eurocêntricos rumo a um pluralismo que é étnico e cultural.

Especificamente sobre a regulação constitucional ambiental, o constituinte boliviano inseriu, na Seção I do Capítulo Quinto, disposições sobre o direito ao meio ambiente:

33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Artículo 34. Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente. (BOLIVIA, 2009)

Depois de promulgada a Constituição na Bolívia, foi aprovada em 2010 a Ley de Derechos de La Madre Tierra, que visa “reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos” (BOLIVIA, 2010). Os princípios relacionados neste diploma se pautam na harmonia, no bem coletivo, na garantia de regeneração da Mãe Terra, no respeito e na defesa dos seus direitos, bem como na interculturalidade e na não mercantilização. O art. 3º da Lei define a Mãe Terra como “el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, inter-

dependientes y complementarios, que comparten undestino común” (BOLIVIA, 2010).

Seguindo na linha do Equador e da Bolívia, uma nova Constituição entrou em vigor em Cuba no ano de 2019. Diferentemente da Carta anterior, que não trazia alusão à proteção ambiental, o texto atual prevê que “Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado” (art. 75) (CUBA, 2019). Já no âmbito das relações internacionais, no que toca à postura de Cuba, embasada nos interesses do povo, o constituinte trouxe previsão inovadora (art. 16, ‘f’) que engloba a proteção e conservação ambiental, assim como o enfrentamento às mudanças climáticas, reconhecendo a ameaça para a sobrevivência da espécie humana. Desse modo, de acordo com Lunelli e Brandelli (2019, p. 93), alcançou-se o mesmo nível das demais constituições latino-americanas, afinando-se aos ideais de sustentabilidade e harmonia.

A tendência confirmada em Cuba é de uma crescente proteção legal do ambiente, até que sejam alcançados os patamares equatorianos ou bolivianos, onde a natureza angaria o status de sujeito de direito, expressão máxima do constitucionalismo latino-americano. A concretude de tal modelo, porém, depende da possibilidade de levar os preceitos constitucionais para além do texto, transpondo-o em direção ao plano fático, e que ele seja reflexo das reivindicações de um povo. Caso contrário, a Constituição reduzida à folha de papel eventualmente sucumbirá (LASSALLE, 2015, p. 30).

Nesse sentido, que o constitucionalismo latino-americano possibilite uma nova abordagem da questão ambiental, inclusive à luz das mudanças climáticas, reflete uma percepção social que trilha para esse mesmo caminho, de resgate das práticas harmoniosas entre o ser humano e a natureza, sobretudo ante os dados científicos que comprovam a afetação do clima pelas práticas antrópicas insustentáveis. E de fato, valores como o do *buen vivir*, assim como de outros preceitos ancestrais, tem muito a contribuir para o enfrentamento da crise climática, conforme se discutirá na sequência.

2. A PROBLEMÁTICA DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS EM FACE DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

As questões climáticas são hoje, possivelmente, uma das maiores causas de preocupação global. Mas nem sempre foi assim, pois durante muito tempo o clima foi assimilado como imune às interferências antrópicas, o que foi mudando a partir de 1950, quando constatado o aumento da concentração de CO₂ na atmosfera (RICHTER, 2012, p. 34).

O compêndio dos dados atualizados acerca do sistema climático é realizado pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), sendo que a sequência de relatórios organizados ao longo dos anos por diferentes grupos de estudo permite concluir por um agravamento sucessivo. Já no relatório de 2007, por exemplo, foi considerado muito provável (*very likely*) que a maior parte da elevação da temperatura média global desde a metade do século XX era consequência do aumento na concentração de gases de efeito estufa (GEEs) de origem antropogênica (IPCC, 2007, p. 05).

Como é cediço, exemplos de práticas emissoras de GEEs são a queima de combustíveis fósseis, de lixo ou de florestas, bem como as atividades industriais, todas concorrendo para a intensificação do efeito estufa e, conseqüentemente, para o aquecimento da Terra. Nesse cenário, os hábitos consumistas, que movimentam a indústria, geram resíduo e consomem recursos naturais, estão intimamente atrelados ao aumento da concentração de CO₂ na atmosfera, não sendo coincidência que a Revolução Industrial seja um marco no histórico de variação do clima.

Tendo primeiro ganhado destaque nas pautas internacionais, a preocupação com o sistema climático foi sendo trazida para o âmbito de regulação interna. No Brasil, porém, não há previsão constitucional expressa acerca das mudanças climáticas, diferentemente do que ocorre no Equador. É possível que isso se deva à apuração de dados científicos acerca da matéria, resultado de pesquisas desenvolvidas ao longo dos anos, proporcionando mais clarividência aos constituintes do século XXI.

Assim, a Constituição do Equador (2008) possui em seu texto previsão expressa acerca da variação do clima, dispondo acerca do papel do Estado na adoção de medidas de mitigação:

Art. 414. El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo. (EQUADOR, 2008)

Cumprindo ao Estado do Equador, portanto, agir no sentido de reduzir as emissões de gases de efeito estufa e proteger a população do risco de colapso do sistema climático.

A inserção de previsão desse gênero e ambição é possível em virtude da existência de uma racionalidade ecocêntrica, a qual, por sua vez, é característica do novo constitucionalismo latino-americano. Com a mudança de paradigma, muda também a amplitude da valorização existencial, transpondo o ser humano e os demais seres vivos para atingir além destes os “elementos naturais como a água, o ar, as rochas, o clima” (MALISKA; MOREIRA, 2017, p. 157).

Sobre o clima, aliás, é notável sua importância para os ciclos vitais que compõem os ecossistemas e, numa perspectiva preponderantemente antrópica, para as práticas agrícolas que alimentam a humanidade. Sendo assim, a celebração de “la Pacha Mama”, de onde se reproduz e realiza a vida, engloba a dimensão de um sistema climático sadio, sem o qual não há equilíbrio na Terra.

No caso da Bolívia, após a COP15, “o presidente Evo Morales convocou a Conferência Mundial dos Povos sobre Mudanças Climáticas e os Direitos da Mãe Terra, realizada em Cochabamba, em abril de 2010” (ACOSTA, 2016, p. 137), dando origem à Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra. Já no preâmbulo, os povos originários reconhecem a ligação entre capitalismo, degradação ambiental e risco à vida pela variação do clima, ao mesmo tempo em que afirmam consciência acerca da necessidade de agir com urgência na transformação das estruturas e sistemas que causam esse fenômeno.

Ainda, no ordenamento legal boliviano, o art. 4º da Ley de Derechos de La Madre Tierra (2010) expressamente integra o clima à dinâmica dos sistemas de vida, enquanto a Lei nº 300 de 2012, denominada “Ley Marco de la Madre Tierra

y desarrollo integral para vivir bien”, contém artigo regulando as bases e diretrizes do Viver Bem ante às mudanças climáticas, a seguir transcrito:

ARTÍCULO 32. (CAMBIO CLIMÁTICO). Las bases y orientaciones del Vivir Bien, a través del desarrollo integral en cambio climático son: 1) Establecer políticas, estrategias, planes, mecanismos organizativos, institucionales, técnicos y legales para la mitigación y adaptación al cambio climático y desarrollo de medidas de respuesta efectivas a sus impactos en armonía y equilibrio con la Madre Tierra. 2) Desarrollar capacidades institucionales y técnicas para el monitoreo, modelación y pronósticos de escenarios para la planificación y toma de decisiones sobre cambio climático a largo plazo. 3) Promover la recuperación y aplicación de prácticas, tecnologías, saberes y conocimientos ancestrales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas para el desarrollo de medidas de respuesta efectivas a los impactos del cambio climático en armonía y equilibrio con los sistemas de vida, priorizando la soberanía y seguridad alimentaria de los bolivianos. 4) Desarrollar y mejorar la capacidad de prevención y gestión de riesgos ante eventos climáticos extremos, con énfasis en las regiones con sistemas de vida más vulnerables al riesgo del cambio climático. 5) Todos los planes y programas de reducción de emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI), estarán enfocados en la no mercantilización de las funciones ambientales de los componentes de la Madre Tierra, por lo que no incluirán mecanismos de financiamiento asociados a los mercados de

carbono. 6) El Estado impulsará que los recursos financieros de los fondos orientados al cambio climático, estén destinados al manejo integral y sustentable de todos los componentes de la Madre Tierra, promoviendo la capacidad de sostenimiento y adaptación de los sistemas de vida. (BOLÍVIA, 2012)

O capítulo IV dessa mesma Lei é denominado “Marco Institucional sobre Cambio Climático”, por meio do qual foi instituída a “Autoridad Plurinacional de la Madre Tierra”, responsável por formular e implementar o “Plan Plurinacional de Cambio Climático para Vivir Bien”. Trata-se de legislação avançada na matéria, atenta à gravidade do cenário mundial, mas que mantém raízes (e preconiza o resgate) da cosmovisão andina sobre a natureza.

Isto é, a ótica e a ética do constitucionalismo latino-americano, cujos alicerces estão no *buen vivir*, recomendam uma convivência harmônica entre o ser humano e o seu entorno, em cujo bojo se inserem fatores bióticos e abióticos, abrangendo a concepção de clima. Partindo disso, a celebração da Pacha Mama

pelas constituições e a adoção do paradigma ecocêntrico ressignificam a proteção climática pelo reconhecimento da sua importância aos sistemas da vida.

Na prática, isso significa ir além da tutela dos seres humanos, animais e vegetais, para proteger elementos abióticos, importantes para a harmonia dos ecossistemas, sendo o clima um dos mais importantes, justamente pela influência que tem sobre os ciclos vitais da natureza. Em contrapartida, as ações humanas estão abalando o equilíbrio atmosférico, dando causa a um aumento na concentração de gases de efeito estufa e conseqüentemente intensificando o aquecimento global “normal”. As mudanças climáticas tem justificativa nessa intensificação, ao ponto de ser necessário buscar alternativas aos métodos e sistemas que agravam o fenômeno, sob pena de extinção da espécie.

Nesse sentido, torna-se de extrema relevância que no constitucionalismo latino-americano se promova o *buen vivir*, eis que permite sejam vislumbradas formas de viver bem que não estão pautadas no mercado, na indústria e no consumo de produtos e serviços. Nesse sentido, as palavras de Acosta (2016, p. 34):

O Bem Viver questiona o conceito eurocêntrico de bem-estar. É uma proposta de luta que enfrenta a colonialidade do poder. [...] Compreende-se, paulatinamente, a inviabilidade do estilo de vida dominante. O crescimento material sem fim poderia culminar em suicídio coletivo. A concepção – equivocada – do crescimento baseado em inesgotáveis recursos naturais e em um mercado capaz de absorver tudo o que for produzido não tem conduzido nem conduzirá ao desenvolvimento. Pelo contrário.

Tendo isso em vista, vê-se que o enfrentamento às mudanças climáticas precisa passar por uma transformação, na consciência coletiva, da noção do que é viver bem. O constitucionalismo latino-americano, ao resgatar preceitos ancestrais – do *Pacha Mama*, *Sumak Kawsay* etc. – representa um passo no caminho dessa transformação, pois volta a conectar o ser humano e a natureza, esta última em sua concepção mais ampla, trazendo o paradigma ecocêntrico para o coração dos ordenamentos jurídicos, qual seja, a Constituição.

3. SUSTENTABILIDADE E CONSUMO

Com a finalidade de mitigação das mudanças climáticas, não restam dúvidas de que as escolhas responsáveis por pautar os padrões de consumo necessitam ser revisitadas (e ressignificadas). Essa mudança perpassa, primordialmente, pelo reconhecimento de que as nossas escolhas diárias geram consequências ambientais. Algumas, em um estágio bem acelerado de prejuízos ao meio ambiente e à natureza e, outras, muito próximas de serem irreversíveis.

Essas escolhas podem ser das mais simples, como separar corretamente os resíduos, conforme a destinação adequada a ser realizada ou mais complexas, a partir da mudança dos hábitos de consumo.

Os hábitos de consumo alteraram-se significativamente, a partir da modificação da relação ser humano-natureza, quando a soberania da razão (racionalidade cartesiana), contribuiu para legitimar a apropriação desmedida do meio ambiente (MORAES, 2015, p. 29-30).

Essa apropriação desmedida, pautada por uma concepção antropocêntrica, vigente no sistema capitalista, considera o meio ambiente como um produto como qualquer outro:

É desde então, com o desenvolvimento e crescimento do capitalismo, que a natureza bruta deixa de existir e passa a dar lugar para um meio ambiente modificado, produzido pela sociedade moderna emergente. A harmonia do homem com a natureza passa a ser fator secundário, e passa a entendê-la como apenas mais um dos produtos que pode comprar pelo comércio (FEDRIGO; SILVA, 2014, p. 77).

Com a instauração de um modelo capitalista hegemônico, pautado pela submissão da natureza aos propósitos do ser humano, o consumo, antes compreendido como o ato de “adquirir e utilizar bens e serviços para atender às necessidades”, recebeu uma nova roupagem (MORAES, 2015, p. 29-31).

Para além de atender as necessidades básicas, o consumo se transpôs para contemplar o supérfluo e o excesso, transformando-se em consumismo, “tendo o novo como elemento propulsor dos desejos” e tornando os consumidores escravos, cada vez mais do consumo desregrado das necessidades ditadas pelo mercado (PE-

REIRA; CALGARO, 2012, p. 71) e pelo sistema produtivo (MORAES, 2015, p. 31).

A publicidade e os avanços tecnológicos aceleraram as mudanças nas relações sociais, inculcando aos consumidores a satisfação momentânea pelo consumo exacerbado, para além, das necessidades básicas, imiscuindo-se de uma maior preocupação com o passado ou futuro, já que centralizada nos desejos do presente (PEREIRA; CALGARO, 2012, p. 73).

Dessa maneira, por meio da dominação ideológica centralizada no consumo insaciável, acentuado “pelas tecnologias eletrônicas e pela internet, ou seja, por meio da informação, da rapidez e da acessibilidade”, a busca da felicidade perfectibiliza-se enquanto se consome, seja para se enquadrar nos padrões sociais, satisfazer o ego, ganhar status ou para consumir (PEREIRA; CALGARO, 2012, p. 73)

A “ressignificação do tempo”, consubstanciada numa multiplicidade de instantes eternos, opera-se na valorização de uma vida “agorista”, em que descartar e substituir tornam-se as palavras de ordem, na economia crescentista (MORAES, 2015, p. 38-40). Dito isso, ocorre uma completa inversão entre o que realmente nos é útil e o que não é necessário:

A noção de utilidade, de origem racionalista e economista, tem portanto de rever-se segundo uma lógica social muito mais geral em que o desperdício, longe de figurar como resíduo irracional, recebe uma função positiva, substituindo a utilidade racional numa funcionalidade social superior e se revela, no limite, como a função essencial – tornando-se o aumento da despesa, o supérfluo, a inutilidade ritual do “gasto para nada”, o lugar de produção de valores, das diferenças e do sentido – tanto no plano individual como no plano social (BAUDRILLARD, 2008, p. 40).

Com a exploração desmedida da natureza, ocorre um volume cada vez maior de produção de resíduos e do que a capacidade dos ecossistemas de absorvê-los. Veja-se, que se trata de uma prática perniciosa e corriqueira na economia:

Na década de 1950, um destacado desenhista industrial dos Estados Unidos, Brooks Stevens, declarou expressamente que toda a economia americana era baseada na prática da obsolescência planejada, vez que o mercado industrial fabricava e divulgava seus produtos de forma a torna-los rapidamente velhos, antiquados, obsoletos, convencendo assim as pessoas a descartá-los pouco tempo após a compra. Segundo o autor, isto não representava um

desperdício organizado, mas uma sólida contribuição à economia norte-americana (MORAES, 2015, p. 50).

Um exemplo clássico, decorre do excesso de resíduos eletrônicos cuja origem é o fenômeno da obsolescência planejada, caracterizada pelo uso de técnicas para limitar a durabilidade dos produtos e, assim, estimular o consumo cada vez maior, por parte dos consumidores (MORAES, 2015, p. 51).

A partir destas reflexões, este modelo de desenvolvimento capitalista ocidental crescimentista, promove uma estratégia pautada no lucro, com o lançamento de outro produto no mercado (obsolescência planejada funcional) ou quando impulsiona o consumidor a acreditar que tudo que é antigo, perde o seu valor (MORAES, 2015, p. 52-54). Ao mesmo tempo, o mercado obstaculiza o conserto dos produtos, justificando-se pelo “alto custo para conservação e conserto dos bens de consumo”, promovendo a cultura do descarte como um hábito cotidiano (MORAES, 2015, p. 62)

Neste sentido, veja-se, a título exemplificativo que os celulares são reconhecidos, atualmente, como os eletrônicos com menor tempo de vida útil:

Nos Estados Unidos, telefones celulares construídos para durarem cinco anos são agora aposentados apenas após 18 meses de uso. No Japão, eles são descartados depois de um ano de comprados. Assim, só nos Estados Unidos, tem-se que no ano de 2005 cerca de 50 mil toneladas de telefones celulares obsoletos foram aposentados e apenas uma pequena fração deles foi desmontada para reuso. Os celulares conquistaram o duvidoso título de terem o menor ciclo de vida entre todos os produtos eletrônicos consumidos, e o tempo de vida útil deles ainda está em declínio. Contudo, é certo que vários outros produtos eletrônicos têm seguido esta mesma tendência. Portanto, uma montanha de estoque de lixo eletrônico se posta como um problema que nenhum programa de aterro um dia imaginou que estaria apto a resolver. Um precipício diante do qual se encontra a sociedade contemporânea (MORAES, 2015, p. 78)

O sistema capitalista, considerado como um sistema pautado pelo acúmulo de produção de bens e serviços (FEDRIGO; SILVA, 2014, p. 77) “induz à insaciabilidade na busca de uma felicidade inalcançável” (PEREIRA; CALGARO,

2012, p. 76), caracterizada pela “indefinição, incerteza e consumo que permeiam as diversas relações sociais” (FEDRIGO; SILVA, 2014, p. 78),

Consequentemente, essa cultura do descarte mostra-se desapropriada à sociedade atual, pois ela se revela estruturada sobre um padrão insustentável, permeado pela superexploração de recursos e de resíduos, decorrentes do modelo econômico hegemônico. Nesse sentido, verifica-se que:

Um estudo publicado no *Journal of Industrial Ecology* mostra que o material que consumimos é responsável por até 60% das emissões globais de gases de efeito estufa e entre 50% e 80% do uso total de terra, material e água. Entre 60% a 80% dos impactos no planeta vêm do consumo das famílias. Se mudarmos nossos hábitos de consumo, isso teria um efeito drástico em nossa pegada ambiental também.

De acordo com o estudo, cerca de quatro quintos do impacto ambiental do consumismo não vêm de comportamentos diretos como dirigir carros ou tomar longos banhos, mas sim de fontes mais abaixo nas cadeias de suprimentos de nossos produtos. A quantidade de água que entra em um hambúrguer ou pizza congelada, por exemplo, se mostrou muito mais significativa do que os hábitos de tomar banho e lavar louça.

Eles descobriram que o consumismo era muito mais alto nos países ricos do que nos países pobres e que aqueles com as taxas mais altas de consumo tinham até 5,5 vezes o impacto ambiental que a média mundial. Os EUA relataram que tinham as maiores emissões per capita, com 18,6 toneladas de CO₂ equivalente (“CO₂ equivalente” é uma métrica que gera vários tipos de emissões de gases de efeito estufa em uma). Luxemburgo tinha 18,5 toneladas e a Austrália ficou em terceiro com 17,7 toneladas. A média mundial, para comparação, foi de 3,4 toneladas, e a China teve apenas 1,8 toneladas, conforme a figura abaixo (TOGNATO, 2018).

A compreensão dessa realidade torna imperioso uma nova relação do ser humano com o meio ambiente, sustentabilidade e consumo, com a finalidade de não acentuar ainda mais as mudanças climáticas em curso, especialmente considerando que caminhar em sentido contrário é um elemento decisivo para colocar o futuro do ser humano em xeque.

Nesse sentido, estabelecer padrões de consumo mais sustentáveis implica reconhecer que “nossa sobrevivência depende da habilidade humana de manter e respeitar a integridade ecológica da terra” (BOSELNANN, 2015, p. 7)

Além disso, “enxergar a sustentabilidade com o mesmo imediatismo que enxergamos a justiça é totalmente apropriado, precisamente porque as distâncias estão

desaparecendo” (BOSELMANN, 2015, p.14). Em outros tempos, as mudanças climáticas apareciam como uma possibilidade remota, no futuro. No entanto, BosseLMann (2015, p. 14) sinaliza que, o futuro já chegou e, desde o documentário “A verdade inconveniente”, de Al Gore, os impactos das mudanças climáticas são considerados como um grande desafio. O principal deles seria “Como podemos justificar o fato de que nossas ações de hoje certamente ameaçam o futuro do planeta?” (BOSELMANN, 2015, p. 14).

Essa reflexão exige a compreensão da sustentabilidade a partir de uma dimensão ética, tendo em vista que uma sociedade pode decidir por “incorporar ou ignorar a necessidade de viver dentro dos limites da sustentabilidade” (BOSELMANN, 2015, p. 14).

Tendo em vista estas considerações, considera-se que a sustentabilidade, como princípio a ser seguido, desempenha uma função essencial e hábil a inverter a lógica atual de produção e consumo desmedido, limitando os impactos nocivos decorrentes das mudanças climáticas.

Este raciocínio explica-se pela necessidade de reconhecer como preocupação comum da humanidade e obrigação fundamental dos seres humanos e dos Estados, a proteção do meio ambiente, pois o conjunto de problemas ambientais mundiais como o desmatamento e a poluição atmosférica afeta a qualidade de vida do ser humano e outras espécies, bem como, do ecossistema (BOSELMANN, 2015, p. 157).

Cabe recordar, que o documento denominado “Transformando nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, estabeleceu no Objetivo 12, diretrizes sobre produção e consumo, destacando a importância de se estabelecer uma abordagem em prol das sociedades sustentáveis, minimizando os impactos ambientais, promovendo uma melhor qualidade de vida e a gestão sustentável dos recursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os hábitos de consumo movimentam o mercado, produzindo um excesso de produção e consumo, sinalizando o esgotamento dos recursos naturais, gerando a desintegração ambiental e acarretando índices cada vez maiores de CO₂ na atmosfera. É preciso uma ressignificação do consumo e dos modos de produção que a sociedade atual vive.

As mudanças climáticas sinalizam os desafios existentes e um cenário incerto, caso novas práticas não sejam adotadas antes dos efeitos serem irreversíveis. Nesse sentido, a insurgência do constitucionalismo latino-americano, mostra-se como uma proposta concreta, pautada por uma realidade ecocêntrica, para que os desafios sejam mitigados, garantindo, deste modo, a modificação da insustentabilidade de uma economia crescentista.

Como visto, a Constituição do Equador estabelece expressamente sobre o papel do Estado na adoção de medidas de mitigação, com a finalidade de redução das emissões de gases de efeito estufa, bem como, promover a proteção da população. Essa realidade, porém, não se encontra prevista constitucionalmente no Brasil, havendo, portanto, uma lacuna, no que diz respeito às mudanças climáticas e que deve ser preenchida.

Diante das considerações tecidas, os aportes teóricos apresentados no trabalho evidenciam a adoção do paradigma ecocêntrico, protegendo seres humanos, animais, vegetais, elementos abióticos, todos essenciais para a harmonia dos ecossistemas, gerando o resgate de preceitos ancestrais, para o enfrentamento às mudanças climáticas.

O constitucionalismo latino-americano estabelece um discurso reconciliatório e de resistência, que se manifesta em todo o seu esplendor, reconhecendo a necessidade de se repensar um desenvolvimento que contemple o *bien vivir*, assegurando um equilíbrio perene entre consumo e sustentabilidade, com vistas a evitar uma catástrofe ecológica, decorrente das mudanças climáticas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACOSTA, Alberto. *O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; LIMA, Caroline Figueiredo. Os marcos do novo constitucionalismo latino-americano à luz do Estado Plurinacional da Bolívia. *Revista Videre*, v. 11, n. 21, jul. 2019, p. 68-79.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. São Paulo: M. Fontes, 2008.

BOLÍVIA. Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

BOLÍVIA. Ley De Derechos De La Madre Tierra (Ley nº 71, de 21 de Diciembre de 2010). 2010. Disponível em: <https://www.bivica.org/file/view/id/2370>. Acesso em 15 nov. 2021.

BOLÍVIA. Ley Marco De La Madre Tierra Y Desarrollo Integral Para Vivir Bien (Ley nº 300, de 15 de Octubre de 2012). 2012. Disponível em: <http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20300%20MARCO%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BOSELTMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: Transformando Direito e Governança*. Tradução: Phillip Gil França. Prefácio: Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CUBA. Constitución De La República de Cuba. 2019. Disponível em: <https://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%2024%20KB-1.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

EQUADOR. Constitución de la Republica del Ecuador. Disponível em: <https://sital.iiep.unesco.org/pt/bdnp/290/constitucion-republica-ecuador>. Acesso em 15 nov. 2021.

FEDRIGO, Camila Paese; SILVA, Débora Bós e. A dupla face da sociedade de consumo e sua relação com o meio ambiente sob uma perspectiva marxista, p. 74-89. In: BELLO, Enzo; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; AUGUSTIN, Sérgio (Orgs.). *Direito e Marxismo*. Caxias do Sul, RS: EducS, 2014. Disponível em: <https://fundacao.ucs.br/site/>

midia/arquivos/Direito_e_marxismo_Vol4.pdf#page=75. Acesso em: 03 dez.2021.

IPCC. Climate Change 2007: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. 2007. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar4/syr/>. Acesso em: 17 ago. 2021.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Prefácio e organização Aurélio Wander Bastos; epílogo Rosalina Corrêa de Araújo. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

LUNELLI, Carlos Alberto; BRANDELLI, Ailor Carlos. A proteção ambiental na nova Constituição da República de Cuba: evolução do constitucionalismo latino-americano. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; ALMEIDA, Juliana Cainelli de (org.). Relação de consumo, socioambientalismo e constitucionalismo latino-americano [recurso eletrônico]. Caxias do Sul, RS: Educs, 2019. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-relacao-consumo.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

MALISKA, Marcos Augusto; MOREIRA, Parcelli Dionizio. O Caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico. Revista Sequência (Florianópolis), nº 77, nov. 2017, p. 149-176. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n77p149>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MORAES, Kamila Guimarães de. Obsolescência Planejada e Direito (in) sustentabilidade do consumo à produção de resíduos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MOURA, Luiza Diamantino. O novo constitucionalismo latinoamericano e o meio ambiente: as possibilidades de proteção face ao direito ambiental internacional. In: PARAGUASSU, Monica; MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (coord.). Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] / organização CONPED/UFF. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 379-406.

PELIZZOLI, M. L. A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o século XXI. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

PEREIRA, Agostinho; CALGARO, Cleide. A posição do consumidor na sociedade moderna hiperconsumista. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 69-92, jul./dez.2012.

RICHTER, Burton. Além da fumaça e dos espelhos: mudanças climáticas e energia no século XXI. Tradução: Luiz Claudio de Queiroz Faria. Revisão técnica: Marco Aurélio dos Santos. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; ROQUE, Alcindo Batista da Silva; PIUCCO, Micheli. A constitucionalização latino americana dos bens comuns: comparativo entre as constituições do Brasil, Bolívia e Equador. Revista do Direito, n. 59, set./dez. 2019, p.27-40. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14653>. Acesso

em: 24 nov. 2021.

TOGNATO, Carla. Mudança climática e consumo. Medium. Disponível em: <https://medium.com/@carlatog92/mudan%C3%A7a-clim%C3%A1tica-e-consumo-f6a775136e67>. Acesso em: 05 dez.2021.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão S. Pachamama e o Direito à Vida: Uma Reflexão na Perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino Americano. Revista Veredas do Direito, v. 12, nº 23, jan/jun 2015, p. 313-335.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: VARGAS, Idón Moisés Chivi (coord.). Bolivia: nueva constitución política del Estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo. Vicepresidencia del Estado Plurinacional. Bolívia: La Paz, 2010.

Capítulo 7

O DIÁLOGO DAS FONTES LEGISLATIVAS E A SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES

Paulo Antonio Locatelli¹⁰³

Resumo: O presente artigo trata da sustentabilidade das cidades sob a perspectiva do diálogo das fontes legislativas. Nesse sentido, inicia-se com a apresentação da conjuntura incidente na busca da sustentabilidade das cidades. Na sequência, aborda-se a evolução do conceito jurídico de sustentabilidade. Igualmente, retrata-se um breve histórico da sustentabilidade das cidades no cenário regulatório internacional. A partir desses fundamentos, passa-se à análise da propagação da sustentabilidade nas normativas integrantes do ordenamento jurídico pátrio. Com relação à metodologia, foi utilizado o método dedutivo, além do uso da técnica do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Sustentabilidade; Cidades; Diálogo das Fontes Legislativas.

Abstract: This article deals with the sustainability of cities from the perspective of the dialogue of legislative sources. In this sense, it begins with the presentation of the situation in the search for sustainability in cities. Next, the evolution of the legal concept of sustainability is briefly discussed. Likewise, a brief history of the sustainability of cities in the international regulatory scenario is portrayed. Based on these foundations, the spread of sustainability is analyzed in the regulations that are part of the Brazilian legal system. Regarding the methodology, the deductive method was used, in addition to the use of the referent technique, the category, operational concepts, and bibliographic research.

Key words: Sustainability; Cities; Legislative Sources Dialogue.

103 Mestre em Ciências Jurídicas UNIVALI com dupla titulação com a Universidade de Alicante – IUACA. Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina, tendo atuado no Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente entre abril de 2013 e março de 2019 e na 32ª Promotoria de Justiça com atribuição ambiental e urbanística na Capital/SC até novembro de 2021. Membro da diretoria da ABRAMPA, Diretor e Professor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Público com ênfase em Direito Constitucional ambas na UNOCHAPECÓ. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8474-7870>. Florianópolis/SC, e-mail: plocatelli@mpsc.mp.br.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto analisar sustentabilidade das cidades sob a perspectiva do diálogo das fontes legislativas, e abordar como o conceito de sustentabilidade evoluiu, como se desenhou no cenário regulatório internacional e como se apresenta no ordenamento jurídico pátrio, à medida que esta constitui-se em pressuposto para a promoção do desenvolvimento urbano.

Justifica-se o estudo diante da indispensabilidade de se garantir o resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado em consonância com o desenvolvimento urbano sustentável, a partir do cumprimento e interpretação sistemática das normas incidentes.

De início, apresenta-se a conjuntura incidente na busca da sustentabilidade das cidades e a necessidade de equacionar as profundas transformações que o crescimento destas ocasiona.

Nesse particular, aborda-se brevemente a evolução do conceito jurídico de sustentabilidade, observado o seu alcance e múltiplas dimensões. Retrata-se, igualmente, o histórico da sustentabilidade das cidades no cenário regulatório internacional.

Por fim, verifica-se a necessidade do diálogo das fontes legislativas a medida que se analisa como a sustentabilidade perpassa diversas normativas urbano ambientais positivadas no ordenamento jurídico pátrio.

Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se o método dedutivo, além do uso das técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

1. A SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES

Sustentabilidade pressupõe estabilidade climática e ações homeostáticas de desenvolvimento. Contudo, ser estável não significa ser estático. Portanto, para tratar da sustentabilidade das cidades importa reconhecer o seu constante crescimento e mutação, atendendo as necessidades da sociedade e os limites aceitáveis de não exaurimento dos recursos naturais, garantindo-se o bem-estar da popula-

ção. As cidades materializam a vida comunitária e o poder de criação do homem, reconhecendo a sua capacidade de interferir exaustivamente e modificar o meio ambiente. Até o seu surgimento, a ancestralidade humana, composta por caçadores coletores, viveu de forma nômade e somente com a revolução agrícola passou a ocupar assentamentos permanentes, reduzindo consideravelmente o seu terreno.

Em vez de se contentar apenas com uma fixação temporária em local com abundância de alimentos, a real permanência implicava na existência de recursos d'água de forma segura e ininterrupta, de pastagens para os seus animais, de alimentos para os ocupantes e de material de construção para as suas habitações. Independentemente da estação do ano, não poderiam faltar os recursos para a sobrevivência, sob pena de prosseguir-se em um modo de vida errante.

Com o tempo, as edificações evoluíram sob várias perspectivas, entre elas a social, econômica, urbanística, religiosa e antropológica. As casas e os territórios formaram os novos habitats, esses lugares onde a humanidade passou a residir no espaço urbano denominaram-se como cidades.

O desenvolvimento das cidades é notório e contínuo, fruto de constantes revoluções, nem sempre sustentáveis. A partir desse contexto, Harvey (2012, p. 3-4) indica que o processo de criação da cidade, transformador do mundo, por decorrência, intrinsecamente transforma também o ser humano. Em função disso, ao decidir que tipo de cidade se deseja, necessariamente se perpassa pela questão de que tipo de pessoas os habitantes das cidades que criaram querem ser, que tipo de relações sociais buscam, que relações com a natureza apreciam, que estilo de vida almejam, quais valores estéticos mantêm. A tentativa mais consistente e, em geral, a tentativa mais bem-sucedida do homem de refazer o mundo em que vive, segundo o desejo de seu coração. Mas, se a cidade é o mundo que o homem criou, é o mundo em que ele é condenado a viver a partir de agora. Na mesma argumentação segue Jan Gehl (2013) ao afirmar que primeiro nós moldamos as cidades, depois elas nos moldam.

Para o pleno desenvolvimento das cidades, deve-se levar em consideração a sua integração com a natureza, a diversidade de funções desempenhadas no seu interior, as várias possibilidades de uso racional dos seus espaços e a valorização social e cultural, que deverão estar interligadas de forma harmônica.

As cidades devem ser prósperas e sustentáveis. Para tanto, Ramón Martín Mateo (1998, p. 41) afirma que a noção de desenvolvimento sustentável nasceu

com força no seio da sociedade embora, desgraçadamente, suas virtudes pouco apareceram e é difícil a humanidade sobreviver sem que a mesma vigore e seja aplicada, ao menos, de forma gradativa. Não se trata de criar uma utopia, mas sim, fazer compatível o desenvolvimento econômico necessário para uma vida digna respeitando o entorno biofísico, de forma equilibrada.

Nessa perspectiva, Bosselmann afirma ser uma irracionalidade tida como verdade, a população e o setor econômico acharem que podem continuar crescendo sem ameaçar a sustentabilidade humana. O autor aduz que “em essência, sustentabilidade significa manutenção da integridade dos sistemas ecológicos da Terra”, e de forma categórica determina que “a sustentabilidade ecológica é um pré-requisito para o desenvolvimento e não um mero aspecto dele” (2015, p. 22 e p. 56).

Assim, não é mera casualidade que em visões mais sombrias da policrise vivenciada na contemporaneidade as cidades sejam vistas como depósitos de problemas causados pela globalização (BAUMAN, 2009, p. 32). Contudo, a sustentabilidade das cidades importa em encontrar soluções sintrópicas, principalmente no que diz respeito ao ordenamento territorial racional das novas áreas de expansão urbana e o reordenamento das já ocupadas, proporcionando o desenvolvimento integrado do ambiente ecológico com as necessidades da população.

1.1 A EVOLUÇÃO GLOBAL DO CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE NO DIREITO

A sustentabilidade é uma ideia significativa e poderosa, simples e complexa, embora por vezes banalizada e mal utilizada. A consciência do que é sustentável está no íntimo de cada um, na essência dos nossos. A sustentabilidade não é um termo de ocasião, mas “terá que se mostrar capaz de dissolver as patologias comportamentais na raiz, sob pena de servir como enganoso discurso de propaganda” (FREITAS, 2019, p. 42) geralmente difundido nas novas legislações pátrias.

Em consonância com essa advertência, Gabriel Real Ferrer (2012, p. 319) acrescenta que não nos basta sobreviver, apesar de que grande parte do que temos visto até agora, em concreto, em relação à proteção ambiental, nos fala da sobrevivência das espécies, mantendo-se as condições para garantir a vida humana no

planeta, mas não de como ela se desenvolverá. O paradigma atualmente em construção pela humanidade é a sustentabilidade, orientado pela vontade de articular uma nova sociedade capaz de se perpetuar no tempo em condições dignas.

Seja no aspecto ambiental, social, político-jurídico, ético ou econômico, a sustentabilidade, que geralmente é propagada por muitos e individualmente seguida por poucos, “representa o primado reflexivo de hierarquização decisória” (FREITAS, 2019, p. 181) no âmbito do ordenamento territorial.

Apesar de alguns o considerarem um conceito amórfico e cercado de subjetivismo, a sustentabilidade deve prevalecer de forma clara e objetiva, vinculando plenamente toda e qualquer política pública, de forma que “a sustentabilidade pode se consolidar como o novo paradigma indutor do Direito na pós-modernidade, funcionando como uma espécie de princípio fundador, com vocação de aplicabilidade em escala global” (SOUZA; MAFRA, 2014, p. 354).

A sustentabilidade é conceituada como um princípio constitucional o que lhe garante plasticidade. O seu caráter principiológico permite a adequação de seu sentido às transformações socioculturais, econômicas e políticas, acompanhando a evolução social e, é sobre esse conteúdo axiológico, vivenciado em sociedade, que se permite ao aplicador dar concretude aos princípios, sendo aquele o limite à sua discricionariedade (AZEVEDO, 2014, p. 138).

Dessa forma, Juarez Freitas (2019, p. 55) propõe o seguinte conceito para o princípio constitucional da sustentabilidade:

É o princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras.

Portanto, o conceito de sustentabilidade evoluiu ao longo dos anos sendo incorporado em diversas constituições, além de inspirar a edição de leis infraconstitucionais, normas em geral, resoluções, tratados e acordos, reforçando a importância do tema.

1.2 A SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES NO CENÁRIO REGULATÓRIO INTERNACIONAL

Apesar da identificação do surgimento do conceito remontar ao iluminismo, a expressão sustentabilidade foi usada inicialmente em 1968 na reunião denominada Clube de Roma. A história moderna da sustentabilidade está intimamente associada com a história da política e do direito ambiental internacional.

Em 1972, o Clube de Roma publicou o seu relatório “Os Limites do Crescimento”, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano ocorreu em Estocolmo e o *United Nations Environment Programme* (UNEP) foi estabelecido em Nairóbi. O Clube de Roma destacou que o crescimento econômico se encontraria em uma rota de conflito com a sustentabilidade ecológica. Por sua vez, o sistema das Nações Unidas acreditava na conciliação entre os dois. O direito ambiental internacional tem seguido esta hipótese, o que não surpreende, dada a relação tradicional entre o crescimento, os Estados e o direito internacional (BOSELNANN, 2015, p. 45).

A conferência em Estocolmo resultou na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), como é conhecido o UNEP na sua tradução para a língua portuguesa, tratou da sustentabilidade aderindo ao termo desenvolvimento. A partir desse mesmo evento, elaborou-se a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, em que já se refletia acerca da necessidade de harmonizar as dimensões ambiental, social e econômica na urbanização e em assentamentos humanos, conforme expresso no Princípio 15:

Deve-se aplicar o planejamento aos assentamentos humanos e à urbanização com vistas a evitar repercussões prejudiciais sobre o meio ambiente e a obter os máximos benefícios sociais, econômicos e ambientais para todos. A este respeito devem-se abandonar os projetos destinados à dominação colonialista e racista. (UNITED NATIONS, 1972, princípio 15, tradução livre)

O Relatório Brundtland expôs em 1987 o conceito de desenvolvimento sustentável e foi considerado como um progresso notável à época, concentrando-se nas necessidades materiais presentes sem comprometer as futuras gerações de suprir as suas.

Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (CNUDS) – RIO 92, no Brasil, gerou a Agenda 21, com programas de ação global, expandindo a expressão sustentabilidade para além da degradação ecológica, consolidando a noção de que a proteção ambiental integra o processo de desenvolvimento e possui caráter multidisciplinar.

A Declaração do Rio elevou simultaneamente a perspectiva de busca de padrões de qualidade de vida e de proteção ambiental entrelaçados com o desenvolvimento, posto que o desenvolvimento não precisa ser contraditório a sustentabilidade e esta deve “adjetivar, condicionar e qualificar o desenvolvimento, nunca o contrário” (MAY; DALY, 2015, p. 261). Em 2002, em Johannesburgo, na África do Sul, novo encontro, e depois de dez anos, em 2012, o Rio foi palco novamente (Rio + 20).

Os Objetivos do Milênio traçaram como finalidade integrar os princípios do desenvolvimento sustentável nas políticas e programas nacionais. Identificada a necessidade de atualização e a persistência dos motivos que ensejaram a elaboração daqueles, após longas negociações intergovernamentais em que o Brasil esteve engajado, foram acordados os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) em agosto de 2015. Dentre os ODS, destaca-se o décimo primeiro objetivo, relativo às cidades e comunidades, cujo fim ambiciona torná-las inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Devido à própria natureza transversal do direito ambiental, que permite coexistir diversos diplomas legais, o que importa no cenário regulatório internacional é que o conceito e os objetivos sejam inclusivos, tanto do ponto de vista social como político e que a sustentabilidade norteie o desenvolvimento, não o contrário.

2. A SUSTENTABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A norma geral inclusiva sedimentada no art. 5º, § 2º da CRFB/88 (BRASIL, 1988) permite a adoção do princípio da sustentabilidade e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, no ordenamento pátrio.

Nesse sentido, a contemporaneidade assiste de forma sucessiva e prodigiosa a incorporação do direito ambiental equilibrado como um direito fundamental constitucional. A cor verde trouxe nova tonalidade à CRFB/88 e renovou as cores das normas regulatórias marcando com vigorosas pinceladas o princípio da sustentabilidade nas legislações em vigor. Da leitura sistemática dos comandos da CRFB/88, mais precisamente dos arts. 3º, 170, VI e 225 (BRASIL, 1988), exsurge o valor da sustentabilidade, como princípio constitucional.

O art. 170, VI, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), consagra de forma expressa a defesa do meio ambiente como mandamento a ser seguido pela atividade econômica, exigindo tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental decorrente de produtos e serviços, permitindo o surgimento, por exemplo, das chamadas licitações verdes.

Por sua vez, o disposto na CFRB/88 no Título da Ordem Econômica e Financeira, que em seu art. 174, § 1º (BRASIL, 1988), trata da exigência de que a norma estabeleça as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado.

Já o art. 219 dispõe que o mercado interno integra o patrimônio nacional devendo ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.¹⁰⁴

No sistema brasileiro, a sustentabilidade é um valor de estatura constitucional, supremo. A releitura da Carta é vista como instrumento de produção durável da homeostase biológica e social (FREITAS, 2019, p. 121).

Nesse passo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 425) nos ensina sobre a incorporação da preservação do meio ambiente e normatização de uma visão sustentável tenha tido “o primeiro passo nesse sentido, talvez tenha sido dado pela Lei n. 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente”. Mesmo antes da atual Constituição da República, encontramos fortes lampejos do conceito de Sustentabilidade na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.

104 Vide ainda: “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003) (Vide Lei nº 8.392, de 1991)”. BRASIL. Constituição (1988). Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

6.938/81), que no início da década de oitenta já enaltecia categoricamente a busca pela manutenção do equilíbrio ecológico conceituando expressamente o Meio Ambiente. Di Pietro (2019, p. 425-426) esclarece que no artigo 4º, foram definidos os objetivos dessa Política, dentre eles, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade da preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico, e ainda, a 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.

A partir da CRFB/88, sucessivos diplomas receberam o princípio da sustentabilidade, entre elas, registre-se o Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁵ (Lei n. 8.078/90) que rapidamente fomentou a sustentabilidade ao estabelecer no art. 6º (BRASIL, 1990), como direitos básicos do consumidor, a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, como também a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

O Código de Defesa do Consumidor também prevê outros artigos que demonstravam, já naquela época, preocupação com as questões ambientais, entre eles, cita-se o parágrafo 2º do artigo 37 sobre publicidade ilícita, considerando como publicidade abusiva, “dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (BRASIL, 1990), além do disposto no inciso XIV do artigo 51, ao tratar da nulidade de cláusulas abusivas, elencando como nula de pleno direito as cláusulas contratuais que “infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais” (BRASIL, 1990).

105 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 18 nov. 2021.

Ainda no início da década de noventa, importante avanço ocorreu com a Lei n. 8.666/93,¹⁰⁶ ao tratar das licitações sustentáveis, prevendo, desde a redação original, o impacto ambiental entre os requisitos a serem observados na elaboração dos projetos básicos e executivos de obras e serviços, conforme art. 12, VII. De acordo com Di Pietro (2019, p. 427), a Lei n. 8.666/93 “teve seu artigo 3º alterado pela Lei n. 12.349 de 21-12-10 para inserir entre os objetivos da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

Por oportuno, imperioso observar que a nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/21) continuou a prestigiar como princípio a sustentabilidade, destacando dentre os objetivos do processo licitatório o incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável (BRASIL, 2021, art. 5º, art. 11, IV e art. 144).

Do mesmo modo, a Lei n. 9.433/97 que dispôs sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos também aportou dispositivos de natureza claramente de acordo com o princípio da sustentabilidade, quando disciplinou no art. 2º, II, que, entre os objetivos dessa política se encontra “a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável” (BRASIL, 1997). Mais do que isso, a legislação trouxe o conceito de bacia hidrográfica como sendo uma unidade territorial para a implementação da política de recursos hídricos em escala regionalizada, elevando os planos de recursos hídricos como legítimos planos diretores com o objetivo de fundamentar e orientar a implementação da política do setor.

Respeitada a sequência cronológica para fins de ilustração, a Lei n. 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, abordando sobre o extrativismo sustentável em seu art. 2º, II, XI, XII, assegurando a adoção de medidas que busquem a sustentabilidade econômica das UCs, enfatizando a utilização de métodos que possibilitem a exploração sustentável de florestas nativas (BRASIL, 2000, art. 7º, II e § 2º, art. 14, VI, art. 17).

106 Esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto n. 7.746/12, posteriormente alterado pelo Decreto n. 9.178/17.

BRASIL. Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. (Redação dada pelo Decreto nº 9.178, de 2017). Brasília, 05 jun. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm>. Acesso em: 11 fev. 2020.

Em 2006, a Lei n. 11.428 dispôs sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica¹⁰⁷, estabelecendo em seu artigo 3º, inciso V o conceito de exploração sustentável como sendo aquela efetuada de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável. Estabelece como objetivo geral no seu art. 6º:

A proteção e a utilização do Bioma Mata Atlântica têm por objetivo geral o desenvolvimento sustentável e, por objetivos específicos, a salvaguarda da biodiversidade, da saúde humana, dos valores paisagísticos, estéticos e turísticos, do regime hídrico e da estabilidade social.(BRASIL, 2006)

Por sua vez, a Lei n. 11.445/2007 que trata do saneamento básico, constou que “a União, no estabelecimento de sua política de saneamento básico, observará como diretriz a aplicação dos recursos financeiros por ela administrados de modo a promover o desenvolvimento sustentável, a eficiência e a eficácia” (BRASIL, 2007, art. 48, II).

Vale ressaltar que a Lei n. 14.026/2020, que fixou o Novo Marco Regulatório do Saneamento, em 15 de julho de 2020, em meio a pandemia do COVID-19, universaliza o saneamento básico traçando metas otimistas para 2033. O texto prorroga o prazo para o fim dos licitações, facilita a privatização de estatais do setor e extingue o modelo atual de contrato entre municípios e empresas estaduais de água e esgoto. Pelas regras em vigor, as companhias precisam obedecer a critérios de prestação e tarifação, mas podem atuar sem concorrência. O novo marco transforma os contratos em vigor em concessões com a empresa privada que vier a assumir a estatal. Também torna obrigatória a abertura de licitação, envolvendo empresas públicas e privadas (BRASIL, 2020).

107 “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se integrantes do Bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encaves florestais do Nordeste”. BRASIL. Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

Por outro lado, a Lei n. 11.888/2008, que assegurou o direito à assistência técnica pública e gratuita às famílias de baixa renda para o projeto e a construção de habitação de interesse social e REURB, ainda que não esteja expressamente relacionada em seu teor a sustentabilidade como diretriz vinculante de suas previsões, isso se extrai da interpretação dos seus propósitos, ao dispor no art. 2º, § 2º que, além de assegurar o direito à moradia, a assistência técnica objetiva otimizar e qualificar o uso e o aproveitamento racional do espaço edificado e de seu entorno, bem como dos recursos humanos, técnicos e econômicos empregados no projeto e na construção da habitação, evitar a ocupação de áreas de risco e de interesse ambiental e propiciar e qualificar a ocupação do sítio urbano em consonância com a legislação urbanística e ambiental (BRASIL, 2008).

Na sequência, a Lei n. 12.305/10 que criou a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) estabelece no art. 3º, XI, a definição de gestão integrada de resíduos sólidos, como um conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, considerando as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2010).

Cita-se, ainda, a Lei n. 12.462/2011 que criou Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente à determinadas licitações e contratos, fixando como ordenamento a busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância (BRASIL, 2011, art. 4º, III)¹⁰⁸.

A Lei n. 12.587/12, conhecida como a Lei da Mobilidade Urbana, que determina aos Municípios a tarefa de planejar e executar a política de mobilidade

¹⁰⁸ Saliente-se que semelhante dispositivo também é encontrado no art. 32 da Lei n. 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O citado artigo exige que nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas entre as diretrizes, a busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, 30 jun. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

urbana também consagra a importância do desenvolvimento sustentável ao cobrar eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano.

Como exemplo final, mas não exaustivo, tem-se a Lei n. 13.089 que instituiu o Estatuto da Metrópole e que também adotou por princípio a busca do desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2015, art. 6º, VII).

Conforme aponta Juarez Freitas (2019, p. 136), não se pode falar de ausência de regras para densificar o valor constitucional da sustentabilidade diante da existência de diversos diplomas legais que a incorporaram. Contudo, o que falta é introjetá-lo no tecido social migrando de modo enérgico para a universalização da vivência jurídico-política sustentável, reinterpretando os comandos normativos em apurada sintonia com o valor da sustentabilidade.

A seguir, serão analisadas três legislações que pela sua relevância na sustentabilidade das cidades merecem enfoque em separado.

3. A SUSTENTABILIDADE NA LEI N. 13.465/17 (LEI DA REURB)

A regularização fundiária urbana (REURB), regulamentada pela Lei n. 13.465/17, implica em um enfoque casuístico, permitindo um planejamento mais reativo. O art. 10 da Lei n. 13.465/17 prevê como objetivos da REURB, entre outros a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a identificação dos núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior, além de garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas (BRASIL, 2017, art. 10, I e VI).

A Lei n. 13.465/17 fixa que o projeto de regularização fundiária conterá, no mínimo, o levantamento planialtimétrico e cadastral, com georreferenciamento, que demonstrará as unidades, as construções, o sistema viário, as áreas públicas, os acidentes geográficos e os demais elementos caracterizadores do núcleo a ser regularizado (BRASIL, 2017, art. 35, I). Também conterá o estudo técnico socio-

ambiental, quando for o caso, em que se destaca a hipótese de existência de área de preservação permanente (BRASIL, 2017, art. 35, VIII).

O estudo técnico compõe o projeto e é ferramenta fundamental para mitigar as causas e permitir que os núcleos urbanos informais se adaptem às alterações climáticas, pois suas orientações e adequação refletirão diretamente no meio urbano e, por consequência, na consecução dos efeitos práticos correspondentes à sustentabilidade urbano ambiental. Já o projeto de REURB deve considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir os parâmetros urbanísticos e ambientais específicos e, quando for o caso, apresentar estudo técnico para situação de risco e proposta para questões ambientais, sociais e urbanísticas, e até mesmo para a hipótese de reassentamento dos ocupantes (BRASIL, 2017, art. 35, VI, VII e VIII). Em suma, o estudo técnico socioambiental é a diretriz propulsora do reconhecimento das dimensões de sustentabilidade gerando caráter vinculativo da política pública da REURB a ser reconhecida e implantada efetivamente.

Ao diagnosticar as condições socioambientais existentes diante dos desafios impostos pelas mudanças climáticas já identificados ou futuros, deve prognosticar as medidas adequadas à melhoria da habitabilidade, à administração, correção ou eliminação de risco e à recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização, estipulando as melhores alternativas técnicas para a permanência das ocupações o que implica o máximo de recuperação e uso sustentável das APPs. Nesse contexto, a indispensabilidade de se demonstrar a melhoria das condições de sustentabilidade urbano ambiental em relação à situação anterior coaduna-se com as exigências dos arts. 64 (Reurb-S) e 65 (Reurb-E), ambos da Lei 12.651/12 (Código Florestal), aos quais a própria norma da REURB remete expressamente. Nessas situações extremas de REURB em APP ou UCs, impõe-se o licenciamento ambiental que deverá observar os critérios relacionados às mudanças climáticas. A aprovação municipal da REURB corresponde à aprovação urbanística do projeto de regularização fundiária e, na hipótese de o Município ter órgão ambiental capacitado, à aprovação ambiental (BRASIL, 2017, art. 12).

4. A SUSTENTABILIDADE NO ESTATUTO DA CIDADE

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) estabelece entre as diretrizes gerais da política urbana, a garantia do direito às cidades sustentáveis (BRASIL, 2001, art. 2º, I), fixando que planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções (BRASIL, 2001, art. 2º, IV) com adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência (art. 2º, VIII, do Estatuto da Cidade), além do estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais (BRASIL, 2001, art. 2º, XVII).

Os Municípios ao ampliar o seu perímetro urbano deverão elaborar projeto específico contendo no mínimo todas as especificações previstas no art. 42-B do Estatuto da Cidade, devendo ser adotadas todas as medidas necessárias ao desenvolvimento ordenado e a fim de evitar ou minimizar os efeitos das mudanças do clima agravadas pela ação do homem, sendo obrigatória a delimitação dos trechos com restrições à urbanização e dos trechos sujeitos a controle especial em função de ameaça de desastres naturais (BRASIL, 2001, art. 42-B, II), com a exigência do mapeamento contendo as áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos (BRASIL, 2001, art. 42-A, II).

Ademais, quando da aprovação de novos empreendimentos, o EIV originalmente previsto no Estatuto da Cidade, deve buscar a sustentabilidade e estar em sintonia com as mudanças climáticas e os elementos que são avaliados, como adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, geração de tráfego e demanda por transporte público contribuirão para mitigar os efeitos das mudanças climáticas, prevendo adaptações. Sempre vale lembrar que a elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental (BRASIL, 2001, art. 38).

A Lei n. 12.608/12 alterou o Estatuto da Cidade acrescentando-o os arts. 42-A e 42-B, fixando o planejamento de ações de intervenção preventiva e de realocação da população de áreas de risco de desastre, além de fixar diretrizes para a REURB de assentamentos urbanos irregulares.

Reconheceu-se, outrossim, a cartografia geotécnica como o principal instrumento para a compreensão dos riscos associados aos processos de deslizamentos, inundações e geológicos correlatos com vistas ao ordenamento territorial com três tipos de cartas e respectivas escalas de análise, muitas vezes decorrentes das alterações climáticas (CANIL; MORETTI, 2019, p. 529).

A carta de suscetibilidade e a carta geotécnica de aptidão à urbanização e o mapeamento de risco compõem o acervo mínimo para análise. Enquanto a primeira trata da possibilidade de ocorrência dos processos geológico-geotécnicos e os hidrológicos, a segunda expõe as potencialidades, detalhando e indicando o uso urbano adequado do solo em respeito ao meio físico. O mapeamento de risco, por sua vez, representa os locais afetados por ameaças e o grau de risco, apontando as intervenções cabíveis e as realocações necessárias.

5. A SUSTENTABILIDADE NA POLÍTICA NACIONAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA

Em 2009, instituiu-se a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), por força da Lei n. 12.187/2009, assumindo o desenvolvimento sustentável acompanhado dos princípios da prevenção, da precaução, da participação e das responsabilidades comuns.

As mudanças previstas no clima global devem impactar consideravelmente os assentamentos humanos, principalmente os urbanos e sobretudo os informais. As cidades e seu modo de funcionamento, nesse cenário, têm um papel bastante relevante, já que concentram as principais fontes geradoras de gases do efeito estufa, bem como constituem os locais com maior ameaça de riscos. Logo, exigem seriedade na discussão sobre as alterações climáticas, tanto na perspectiva de mitigação quanto na de adaptação.

Na perspectiva da adaptação aos efeitos das mudanças climáticas, o ordenamento do espaço urbano é provavelmente ainda mais importante. As previsões de aumento da frequência e intensidade de extremos climáticos implicam também em aumento da ocorrência de desastres naturais associados, como inundações e deslizamentos de encostas. Em razão de que as áreas urbanas concentram as populações mais vulneráveis a tais situações, principalmente naqueles locais considerados como de expansão urbana e ocupadas por população mais carentes, que devem ser objeto de políticas públicas de regularização fundiária e urbanística.

A sistematização de métodos, elementos e diretrizes de planejamento urbano que visem contribuir para a efetividade da PNMC é urgente, considerando o fato de que, embora tenha sido instituída há mais de 10 anos, ainda não teve seus princípios e objetivos transformados em práticas e ações de governança ambiental duradouras. Para não ser mais uma legislação utópica ou simbólica, são necessárias ferramentas que permitam a apreciação dos impactos climáticos nos processos administrativos de licenciamento ambiental e expedição de alvarás, de atividades e empreendimento com grande potencial degradador ou poluidor do meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado Socioambiental de Direito é fundamental a integração do desenvolvimento econômico, dos direitos sociais e do meio ambiente. A sustentabilidade pressupõe a manutenção da existência humana que encontra nas cidades a forma escolhida para atender as necessidades e propiciar o bem-estar dos seus ocupantes, maximizando as dimensões sociais, ambientais e econômicas e minimizando os reflexos prejudiciais ao meio ambiente.

Quando se trata do planejamento urbano e das políticas públicas, a disseminação de iniciativas sustentáveis se impõe por meio do comprometimento dos administradores e moradores das cidades.

A incorporação de estratégias inovadoras é fundamental nas três esferas de governo, mais efetivamente em nível local, nos municípios na promoção de ações de escala metropolitana, atuando como interlocutores e estimulando a multiplica-

ção de políticas e a criação de arranjos institucionais que permitam a construção de uma agenda integrada no âmbito intermunicipal.

Nesse sentido, as diversas normatizações existentes envolvendo os mais variados planos, projetos, programas e ações a serem desencadeados pelo País, precisam ser conhecidas, integradas e efetivadas de forma conjunta. A ampla diversidade de legislações exige conhecimentos multidisciplinares para permitir a hermenêutica equilibrada e uma atuação homeostática dos agentes públicos, agindo de forma interagente e homogênea inserindo os mais complexos conceitos e temas.

Cidades sustentáveis necessitam de uma governança interdisciplinar e democrática, além de uma sistematização de forma a compilar os vários elementos e traçar uma estratégia nacional para a sustentabilidade das cidades, incluindo as diversas fontes legislativas que gravitam ao entorno do direito ambiental, urbanístico e social, com o fim de buscar a justiça territorial e socioecológica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: Ambiente e Direito no Limiar da Vida**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BOSELTMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito e Governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. **Política Nacional de Recursos Hídricos**. Brasília, 08 jan. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. **Lei do SNUC**. Brasília, 18 jul. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Estatuto da Cidade**. Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. **Lei da Mata Atlântica**. Brasília, DF, 22 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Política Nacional do Saneamento Básico**. Brasília, 05 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.888, de 24 de dezembro de 2008. Assegura às famílias de baixa renda assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social e altera a Lei no 11.124, de 16 de junho de 2005. Brasília, 26 dez. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11888.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Brasília, DF, 03 ago. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, DF, 04 ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. **Política Nacional de Mobilidade Urbana**. Brasília, DF, 04 jan. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. **Estatuto da Metrópole**. Brasília, DF, 13 jan. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. **Lei da Reurb**. Brasília, DF, 12 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados..Marco Legal do Saneamento Básico

co. Brasília, DF, 16 jul. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

CANIL, Katia; AMORE, Caio Santo; MORETTI, Ricardo de Sousa. Riscos Geológico-Geotécnicos, Consolidação e Segurança Jurídica da Posse: possibilidades presentes no novo marco legal da regularização fundiária urbana de interesse social. In: LEITE, Luis Felipe Tegon Cerqueira; MENCIO, Mariana (org.). **Regularização fundiária urbana: desafios e perspectivas para aplicação da lei n. 13.465/2017**. desafios e perspectivas para aplicação da Lei n. 13.465/2017. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de Vida, Medio Ambiente, Sostenibilidad y Ciudadanía ¿Construimos juntos el Futuro?. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 17, n. 3, p.310-326, 1 dez. 2012. Editora UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v17n3.p310-326>. Disponível em: <https://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em: 20 nov. 2021.

GEHL, Jan. **Cidades para Pessoas**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

HARVEY, David. **Rebel Cities: from the right to the city to the urban revolution**. London: Verso, 2012.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. Madrid: Trivium, 1998.

MAY, James R.; DALY, Erin. **Global Environmental Constitutionalism**. Nova York: Cambridge University Press, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. A SUSTENTABILIDADE E O CICLO DO BEM ESTAR: O EQUILÍBRIO DIMENSIONAL E A FERRAMENTA DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza**, v. 34, n. 2, p.345-362, dez. 2014. Disponível em: <https://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em: 20 nov. 2021.

UNITED NATIONS. **Declaration of the United Nations Conference on the Human**

Environment. 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>. Acesso em: 18 nov. 2021.

Capítulo 8

O CONSTITUCIONALISMO E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO SERVIÇO MILITAR

*Marco Augusto Ghisi Machado*¹⁰⁹

*Regiane Nistler*¹¹⁰

*Maykon Fagundes Machado*¹¹¹

RESUMO: Esta pesquisa objetiva analisar o constitucionalismo e a objeção de consciência no serviço militar, abordando nas três primeiras seções os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, na perspectiva constitucional, em seguida, investiga a objeção de consciência em suas definições, elencando para isso o direito à liberdade religiosa, embasado na Constituição Federativa do Brasil de 1988, e, por último, a atividade da objeção de consciência, propriamente dita, no âmbito do serviço militar. Analisar-se-á também o que a doutrina e a jurisprudência internacionais dizem a respeito dos referidos assuntos. Em relação ao método investigativo, o método de abordagem utilizado neste trabalho será o dedutivo. Em conclusão, objeção de consciência é um instrumento de grande valor democrático, pois permite salvaguardar a integridade moral de uma pessoa e colaborar na construção de um pluralismo real. Sem dúvida, o exercício da objeção de consciência, é uma questão altamente complexa, porque muitos interesses estão envolvidos em conflito.

109 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI – CAPES 6). Juiz de Direito pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). E-mail: marcoamachado@hotmail.com. ORCID 0000-0002-0315-7535.

110 Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED). Oficial Interina junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos/SC. Advogada licenciada (OAB/SC). E-mail: regianenistler@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8221-2001>.

111 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – SC. Bolsista FAPESC-UNIVALI. Pós-Graduado em Jurisdição Federal pela Escola da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina – ESMAFESC e em Direito Ambiental pela Faculdade CERS. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com o título Mérito Estudantil. Advogado (OAB/SC 58.416). Membro da Comissão Estadual da OAB/SC em: Desenvolvimento e Infraestrutura. Membro da comissão permanente da OAB, Subseção de Itajaí/SC, em: Análise de Contas Públicas. CV: <http://lattes.cnpq.br/5584227459288564>. E-mail: adv.maykonfagundes@gmail.com. Telefone para contato: (47) 997831449. Orcid: 0000-0002-4595-4321

A ponderação fundamental que ocorre aqui é entre as convicções internas, de caráter religioso, filosófico ou moral dos militares, e os procedimentos militares regulamentados de acordo com a legislação de cada país. Geralmente as legislações dispõem de uma prestação civil como substituição à prestação militar para o objeto.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Liberdade religiosa. Objeção de consciência.

ABSTRACT: This research aims to analyze constitutionalism and conscientious objection in military service, addressing three fundamental rights issues and the dignity of the human person, in the constitutional perspective, then investigating an conscientious objection in their definitions, listing it for this right freedom. religious, created in the Federal Constitution of Brazil of 1988, and, lastly, an activity of conscientious objection, proper, in the scenario of the military service. We also analyze what international doctrine and jurisprudence concerns legal matters. Regarding the investigative method, the approach method used in this work will be deductive. In conclusion, conscientious objection is an instrument of great democratic value, as it allows one to save one's moral integrity and collaborate in the construction of real pluralism. Undoubtedly, the exercise of conscientious objection is a highly complex matter because many interests are involved in conflict. A fundamental consideration that occurs here is between the military's internal religious, philosophical or moral beliefs, and the military procedures regulated in accordance with the laws of each country. Include legislations that have a civil benefit as a replacement for military objection.

Keywords: Conscientious objection. Dignity of human person. Religious freedom.

INTRODUÇÃO

No intuito de conceber uma sociedade mais justa e solidária, dando guarida ao princípio fundamental maior inserido na CF/88: o da dignidade da pessoa humana, tem-se logrado, com êxito, ampliar o rol dos direitos e das garantias fundamentais.

A objeção de consciência é fruto do Estado Democrático e corolário do princípio da dignidade humana, da igualdade e demais liberdades elencadas na Constituição Brasileira. O princípio da isonomia também se concretiza por meio da escusa de consciência, pois a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem.

O Brasil garante explicitamente a objeção de consciência como decorrência do exercício da liberdade religiosa, filosófica e política e, implicitamente, como decorrência do princípio da dignidade humana e das demais liberdades elenca-

das na Constituição, como científica, moral, social, desde que o cumprimento da norma jurídica provoque aversão ao titular. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 59).

No direito brasileiro, a liberdade de consciência ganha destaque com a pluralidade religiosa que se iniciou com o movimento conhecido como pentecostalismo brasileiro.

Dessa forma, evidencia-se que a objeção de consciência nasceu para proteger a minoria religiosa que, no decorrer da história, sempre enfrentou grandes dificuldades para professar o seu culto em virtude das barreiras impostas pelo próprio Estado e pelas religiões dominantes.

A objeção de consciência militar, indubitavelmente, é a mais notória, regada por quase todas as legislações ocidentais. Trata-se da recusa ao cumprimento obrigatório de servir às Forças Armadas por razões morais. Geralmente as legislações dispõem de uma prestação civil como substituição à prestação militar para o objeto.

A mesma, somente é legítima mediante o cumprimento da prestação alternativa fixada em lei (art. 5º, inc. VIII, da CF/88). No caso do serviço militar obrigatório a prestação alternativa prevista no *caput* do art. 143, da CF/88 foi regulamentada pela Lei 8.239/1991. Em 1992 foi publicada a Portaria 2.681 do Ministério da Defesa, a qual estabelece entre outros pontos, que o serviço alternativo será de 18 meses e o não cumprimento implicará na suspensão dos direitos políticos – não poderá votar e nem ser candidato a qualquer cargo eletivo. Considera-se serviço militar alternativo as atividades administrativas, assistencial filantrópico ou mesmo produtivo que devem ser prestados em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas. (Lei 8.239/1991).

Depreende-se, ainda, da leitura do inciso acima, que cabe ao legislador infraconstitucional o poder-dever de criar as regras que estabelecerão as prestações alternativas para os casos de objeção de consciência e da possibilidade de perda de direitos para os indivíduos que se recusem a realizar a prestação alternativa, estabelecida em lei. (BORN, 2014, p. 81).

Em relação ao método investigativo, o método de abordagem utilizado neste trabalho será o dedutivo. Tal método almeja explicar o conteúdo das premissas, utilizando-se, para tanto, de uma linha de raciocínio em ordem descendente, que parte da análise do geral ao particular para chegar a uma conclusão.

Analisar o constitucionalismo e a objeção de consciência no serviço militar, estudando: os direitos fundamentais na perspectiva constitucional; o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa elencados na CF/88, e o panorama histórico da objeção de consciência.

1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A existência de uma Constituição traz intrínseca a ideia de um escalonamento normativo e, como pressuposto básico, a supremacia da norma constitucional. No âmbito do Poder Legislativo, significa que nenhum ato normativo inferior poderá contrariar, modificar ou suprimir uma norma constitucional.

A ideia de supremacia de um corpo de normas fundamentais sempre esteve presente nas leis de várias civilizações, senão com essa mesma noção de constitucionalismo, mas com o mesmo espírito de existirem leis mais importantes do que outras e que deveriam servir de norte para as demais normas existentes.

O constitucionalismo surge da “necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado”. (MORAIS, 2013, p. 06).

O Estado Democrático se manifesta por intermédio das leis e está submetido a elas. Como consequência lógica, o Estado tem seu poder limitado pela norma e deve garantir direitos como liberdade e igualdade. Na democracia, governantes e governados se submetem ao império da lei editada de acordo com a vontade geral, visando atingir o bem comum. Dessa forma, resta impensável qualquer possibilidade de o Estado agir ao arrepio da lei e do direito. (HERINGER JÚNIOR, 2007, p. 5-6).

A CF/88 traz em seu artigo 1º os cinco fundamentos que deverão nortear os atos do Estado e, por consequência, do ordenamento jurídico por ele produzido.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III- a dignidade da pessoa humana;
- IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político. (BRASIL, 1988).

E aponta, em seu Título II (art. 5º ao 17), um rol bastante extenso dos direitos e garantias fundamentais explicitamente positivados. No entanto, já é entendimento pacificado que, além dos direitos fundamentais estabelecidos no Título II, se admite a existência de direitos fundamentais implícitos no seu texto ou em tratados internacionais. Tal entendimento encontra amparo legal no artigo 5º, § 2º da CF/88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988).

É de salutar importância destacar que a CF/88 também previu expressamente, em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal afirmação revela que os direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional para que possam vir a gerar plenitude de seus efeitos. (SARLET, 2012, p. 73).

E a partir desse entendimento, tem-se logrado êxito em, cada vez mais, ampliar o rol dos direitos e das garantias fundamentais, sempre no intuito de conceber uma sociedade mais justa e solidária, dando guarida ao princípio fundamental maior inserido na CF/88: o da dignidade da pessoa humana.

Para maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais, a CF/88 traz em seu texto do art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias fundamentais”. Dessa forma, tais direitos elevaram-se à condição de cláusulas pétreas, ou seja, os direitos e garantias individuais são limites materiais até mesmo às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na busca da efetividade dos direitos conquistados surge a necessidade de normas válidas, autoaplicáveis, que limitem o abuso de poder pelo próprio Estado. Dentro desse contexto histórico-político surgem os chamados direitos fundamentais no constitucionalismo atual.

O ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis. Os direitos fundamentais, pelo seu próprio papel de resguardar e garantir o mínimo necessário para a dignidade humana, encontram-se em posição de primazia sobre todo o ordenamento jurídico, até mesmo dos demais enunciados normativos constitucionais (SARLET, 2012, p. 100-101).

Assim, de forma sintética, José Afonso da Silva aponta as principais características dos direitos fundamentais (SILVA, 2008, p. 179):

imprescritibilidade - não se perde pelo decurso do prazo;

inalienabilidade - não há possibilidade de transferência, seja a título gratuito ou oneroso, ou seja, são indisponíveis, intransferíveis e inegociáveis;

irrenunciabilidade - não podem ser objeto de renúncia;

inviolabilidade - impossibilidade de desrespeito por determinação infraconstitucional ou por ato das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

universalidade - abrange todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

efetividade - (o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos direitos e garantias), interdependência (as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas interseções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como a previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente) e complementaridade (os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma conjunta).

São inúmeros os conceitos e definições que tentam caracterizar os direitos fundamentais, não havendo sequer uma concordância na expressão a ser adotada. Ora são chamados de direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades

públicas, direitos fundamentais do homem, como apontado por Alexandre de Moraes. (MORAES, 2013, p. 95).

Contudo, para Moraes (MORAES, 2013, p. 95), “o importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana”, sendo reconhecidos pela grande maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais. Para António Fernandez-Galiano:

Se entiende por derechos fundamentales aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana. (FERNANDEZ-GALIANO, ANO, p. 139-140).

E Castan Tobeñas assim define os direitos fundamentais:

[...] son aquellos derechos fundamentales de la persona humana - considerada tanto en su aspecto individual como comunitario - que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo Poder o autoridad y toda norma jurídico positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común. (CASTAN TOBEÑAS, 1992, p. 15).

Para Alberto Montoro Ballesteros (BALLESTEROS, 1999, p. 305), os direitos fundamentais são valores éticos objetivos, e sua validade não depende de qualquer ato de autoridade ou pessoa. Esses valores foram aperfeiçoados e tornados concretos pelo direito positivo fundamentalmente por meio dos textos constitucionais, inspirados nas idéias de valores superiores do ordenamento jurídico, direitos e liberdades fundamentais das pessoas.

Trata-se, como se vê, de tarefa bastante inglória a conceituação dos direitos fundamentais. Porém, Sarlet considera que “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”. (SARLET, 2012, p. 58).

Pelos conceitos e características dos direitos fundamentais, depreende-se que o constituinte originário os colocou em situação privilegiada e de inquestionável primazia sobre os demais direitos que apenas formalmente estão “constitucionalizados”.

Nesse sentido, anota Sarlet (SARLET, 2012, p. 184) que a própria noção de fundamentalidade deles já os coloca numa posição de supremacia sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, reconhecendo também um regime jurídico privilegiado dos direitos fundamentais dentro do próprio contexto de uma Constituição. Todavia, o autor ressalta que a Constituição admite a existência de direitos fundamentais não escritos e que podem ser deduzidos pelo intérprete ao analisar os direitos fundamentais expressos, bem como os princípios apontados no corpo da Constituição.

Na percepção de Sarlet não teria como a Constituição exaurir em seu texto todos os direitos, bem como mencionar todas as liberdades. Desta forma, cabe a lei ordinária, a doutrina e a jurisprudência complementarem a obra.

Portanto, não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados. (SARLET, 2012, p. 184).

3. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A noção de dignidade humana, na filosofia grega, ao mesmo tempo em que diferencia o homem das demais criaturas, o iguala em relação aos demais seres humanos. Nessa esteira, a dignidade encontra-se vinculada à noção da liberdade individual (o homem como ser dotado de liberdade é responsável por seus atos e, como consequência, pelo seu destino) e a ideia de que todos os homens, na sua essência, são iguais em dignidade. (SARLET, 2012, p. 99).

Todavia, foi durante a Idade Média que Tomás de Aquino utilizou expressamente o termo “dignitas humana”. E já no limiar da Idade Moderna, o humanista italiano Pico de Mirandola, partindo do princípio de que a razão é uma qualidade inerente ao ser humano, defendeu que é a dignidade humana que possibilita ao ho-

mem construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino. (SARLET, 2012, p. 99).

Em meados dos séculos XVII e XVIII, a noção de dignidade humana bem como do direito natural passaram por um processo de racionalização e laicização, mantendo, no entanto, a ideia central de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Corroborando, Sarlet afirma que a concepção de dignidade humana parte da autonomia ética do ser humano, considerando-a como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado – nem por ele próprio – como mero objeto. (SARLET, 2012, p. 99).

Foi no período pós-guerra que surgiram vários institutos, entre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, com o fim precípua de proteger os indivíduos, na sua condição de ser humano de qualquer atrocidade que contra ele pudesse ser cometida. O homem deixa, doravante, de ficar sob o jugo da vontade de outro homem. É desse marco histórico que o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado de forma expressa na Constituição de vários países.

Nas palavras de Dallari (DALLARI, 1998, p. 72), a Declaração Universal de Direitos do Homem preocupou-se não somente com a afirmação dos Direitos, mas com sua aplicação prática. Para isso dispôs de forma expressa:

[...] com pormenores, algumas exigências que devem ser atendidas para que a dignidade humana seja respeitada, para que as pessoas convivam em harmonia, para que uns homens não sejam explorados e humilhados por outros, para que nas relações entre as pessoas exista justiça, sem a qual não poderá haver paz.

É nesse cenário que ocorre o reconhecimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na CF/88, a qual lista, em 72 incisos do artigo 5º, os Direitos Fundamentais que irão nortear todo o ordenamento jurídico. Mas o principal valor tutelado, no entanto, está previsto no artigo 1º, inciso III, “o princípio da dignidade da pessoa humana”, elencado como Fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

Muito se tem falado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, principalmente como princípio basilar de todo ordenamento jurídico. Dessa feita, impõe-se a necessidade de tecer breves comentários sobre seu significado.

A dignidade é em essência uma qualidade do ser humano tornando-o merecedor de respeito e proteção, não importando a crença, origem, cor ou sexo.

Assim, toda a forma de depreciação ou de redução do ser humano, considerando-o não como um sujeito, mas sim como um objeto, é vedada pelo ordenamento jurídico.

Para Moraes:

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. (MORAES, 2013, p. 61).

Alexandre de Moraes aponta outros aspectos sobre a dignidade humana:

[...] a dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (vicer honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). (MORAES, 2013, p. 62).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2012, p. 101), a dignidade é um caráter inerente ao ser humano, uma condição irrenunciável e inafastável, não se distanciando essa condição mesmo quando um determinado sujeito comete os crimes mais repugnantes.

É qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem aos indivíduos proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Bem como venham a lhe garantir as condições existenciais

mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 73).

Com isso, conclui-se que o homem deve ser considerado como um “fim em si mesmo e não como instrumento para alguma coisa.” E cabe ao Estado o dever de propiciar às pessoas todas as condições necessárias para que as mesmas se tornem dignas. (TAVARES, 2009, p. 581).

Assim, a dignidade além de ser garantia pela qual se afiança a todo cidadão uma existência digna, assegura também sua liberdade em determinar os rumos de sua própria vida, sem a interferência de qualquer pessoa, agindo com total autonomia ao fazer suas escolhas. (TAVARES, 2009, p. 543).

Devido ao contexto histórico, a CF/88 reconheceu, de forma expressa, o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc II), ou seja, reconheceu expressamente “que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2012, p. 98). Nessa esteira, o Estado passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas.

Não são poucos os autores que, em vão, tentaram uma definição para tão importante princípio: o da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um conceito vago e impreciso, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência estabelecer os contornos básicos na busca de concretizar o seu conteúdo.

Ainda que não se tenha um conceito fechado para o princípio da dignidade humana, é certo que se trata de uma qualidade intrínseca do ser humano, em outras palavras, é algo que simplesmente existe, irrenunciável e inalienável. Ainda sobre o conceito de dignidade humana esclarece Sarlet:

[...] é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existem em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, na natureza do ser humano como tal. (SARLET, 2012, p. 101).

Na linha desse entendimento, cabe ao Estado guiar suas ações no sentido de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade humana. É certo que não existe um conceito concreto para a dignidade humana e nem é possível reduzi-lo a uma definição genérica e abstrata. Em outras palavras, Sarlet afirma que não há como definir o âmbito de proteção do princípio da dignidade humana a não ser no estudo e análise dos casos concretos. (SARLET, 2012, p. 103).

Para Sarlet “a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa” (SARLET, 2012, p. 103). Tal significado não consegue oferecer um conceito global, mas trilha pelo menos um caminho a ser seguido na análise do caso concreto.

4. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Acreditar no que quiser é um direito intrínseco a cada ser humano. A consciência é foro íntimo e inviolável. Faz parte do ser humano ter suas próprias ideias, convicções e crenças. A consciência é a noção da própria realidade do indivíduo, é o conhecimento do seu próprio interior. Já a consciência moral resulta do conceito do bem e do mal, do certo e do errado, de deveres e obrigações. É por intermédio dela que os seres humanos determinam suas ações e suas escolhas e fazem uso de sua liberdade. (GIMENES, 2005, p. 30).

Segundo a enciclopédia Barsa:

A consciência constitui a própria essência do ser humano. O termo consciência designa os processos internos que determinam níveis complexos do comportamento. Sobre sua natureza, distinguem-se duas perspectivas: a animista e a fisiológica ou mecanicista. A primeira insiste no sentido não-físico desses processos, e a segunda identifica-os com atividades cerebrais. (Grande Enciclopédia Barsa. Barsa Planeta Internacional LTDA: São Paulo, vol. 04, 2005, p. 359).

Na concepção de Descartes, “consciência significa conhecimento imediato dos processos que a constituem. Ser consciente é, pois, ser consciente de si mesmo” (Grande Enciclopédia Barsa, p. 359). A liberdade de consciência, como um direito

fundamental, não se limita a proteger o livre desenvolvimento da consciência, mas as manifestações dela decorrentes. No entendimento de Mendes e Branco, a liberdade de consciência está atrelada com a capacidade de o indivíduo manifestar suas idéias e juízos sobre si mesmo e em relação ao meio em que vive, não devendo o Estado interferir ou impor concepções filosóficas aos seus cidadãos. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 356-357).

Objetar significa ser contrário a algo, opor-se, recusar. A expressão *objeção de consciência* tem sido empregada para definir os casos em que o indivíduo, por alguma convicção, recusa-se a praticar determinado ato. Na definição de Mendes e Branco, a objeção de consciência consiste:

Na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 357).

Ressalta-se que a atitude de insubordinação não decorre de mero capricho, tão menos de interesse mesquinho. Para ser válido, é necessário tratar-se de insuportável violência psicológica. “A conduta determinada contradiz algo irrenunciável para o indivíduo” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 357). Obedecer aos princípios em que acredita é condição vital de sua existência.

Do ponto de vista de Rogério Carlos Born:

A objeção de consciência é o direito fundamental que permite que qualquer cidadão se recuse a cumprir determinado dever a todos imposto quando a exigência contrariar as suas crenças e convicções, podendo o Estado obrigar-lhe a uma prestação substitutiva, se houver autorização expressa na norma hipotética fundamental. Em outras palavras, é o direito individual de oposição ao cumprimento de leis, atos normativos e disposições privadas que causem aversão, constrangimento ou ojeriza ao destinatário em razão de conflito com seus dogmas e valores pessoais. (BORN, 2014, p. 59).

Já para Bruno Heringer Júnior - “é possível conceituar a objeção de consciência como o comportamento, geralmente individual e não violento, de rechaço, por motivo de consciência, ao cumprimento de dever legal” (HERINGER JUNIOR,

2007, p. 43). Busca alcançar isenção pessoal, a qual pode, ou não, vir a ser reconhecida pela ordem jurídica.

Para o autor Português Francisco Pereira Coutinho, a objeção de consciência é um direito constitucionalmente protegido:

Que se traduz no não cumprimento de obrigações e no não praticar atos previstos legalmente, em virtude de as próprias convicções do sujeito o impedir de cumprí-las, sendo que estes atos e incumprimentos estão isentos de quaisquer sanções. (COUTINHO, 2001, p. 10).

Gimenes destaca três importantes características para caracterizar a objeção de consciência. A primeira e principal característica reside na recusa ao cumprimento de uma norma jurídica, ou na submissão à diretriz de uma autoridade pública ou então na rejeição de uma proposta ou comportamento imposto por parte do Estado. Sem sombra de dúvida, essa é a característica mais notória e com certeza a mais polêmica. O segundo requisito apontado é que essa rejeição ou recusa ao cumprimento de norma jurídica deverá ser fundamentada em razões de foro íntimo do objetor. E por último destaca-se a não utilização da violência como meio de atuação. (GIMENES, 2005, p. 32).

Do ponto de vista de Francisco Pereira Coutinho, pode-se, sinteticamente, caracterizar a objeção de consciência pelos seguintes aspectos:

Deve-se estar diante de um caso de incumprimento de uma norma jurídica impositiva para o objetor, que fica em situação de desvantagem; b) requer que o ordenamento jurídico tolere tal comportamento isentando-o de qualquer sanção, ou seja, só mediante normas expressas poderá ser garantida; c) o incumprimento à norma jurídica deve decorrer de razões íntimas de sua consciência; d) o não cumprimento deve ser fundado em um caráter individual; e) deve ser de cunho pacífico e, sobretudo, não prejudicar terceiros. (COUTINHO, 2001, p. 15).

Não se deve, no entanto, confundir a objeção de consciência com a desobediência civil. O marco divisório é muito tênue, pois ambas pressupõem o descumprimento de uma norma jurídica ou medida coercitiva.

No entendimento de Heringer Júnior (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 36), a desobediência civil:

É um comportamento coletivo, ou seja, uma ação ilegal pública e não violenta, que apela a sentimentos de justiça com o objetivo de modificar alguma lei ou política governamental, mas ainda respeitando a ordem jurídico-constitucional. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 36).

Corroborando para a diferenciação entre as figuras da objeção de consciência e desobediência civil António Damasceno Correia esclarece:

A desobediência civil representa a manifestação de um fenômeno ilegal e desautorizado pelo Poder Público, enquanto a objeção de consciência é pautada na legalidade e previsão normativa; a desobediência civil se refere a um objetivo público e a objeção de consciência a um motivo de foro íntimo; a desobediência civil tem a finalidade de encorajar publicamente o descumprimento de lei, enquanto a objeção de consciência não visa a influência de qualquer cidadão; a desobediência civil tem a intenção de revogar ou modificar uma lei ou uma ordem enquanto a objeção de consciência visa a realização de uma exigência interna ou de um interesse próprio. (CORREIA, 1993, p. 27).

Em síntese, pode-se afirmar que, na objeção de consciência, o objetor se volta contra uma norma legal, legítima e moral, mas incompatível com seus princípios, enquanto a desobediência civil é uma manifestação coletiva que visa modificar, revogar ou ab-rogar uma norma legal, porém tida como ilegítima ou immoral. (BORN, 2014, p. 134).

5. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO SERVIÇO MILITAR

A objeção de consciência, no Brasil, encontra seu fundamento constitucional nos artigos 5º, *caput*, incisos III, VI e VIII e no artigo 143, § 1º, todos da CF/88 (ART. 5º; ART. 143). Sua origem encontra-se consubstanciada no *caput* do artigo 5º, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, todavia, a previsão expressa está inserida no mesmo artigo, no inciso VI, “é inviolável a liberdade de consciência e de crença” (BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Dessa forma, se todos são iguais,

todos podem expressar suas ideias, pensamentos e crenças, desde que os direitos dos outros sejam respeitados.

Na CF/88 somente estão expressas as objeções de consciência decorrentes da invocação da liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica e política. Tradicionalmente a objeção de consciência sempre esteve atrelada a obrigações militares, em especial à prestação de serviço militar. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 36). Tanto que é a única forma de objeção de consciência que possui previsão expressa da possibilidade de prestação alternativa, conforme preceitua o artigo 143, §1º, da CF/88:

Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. (BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Dessa forma, a objeção de consciência militar somente é legítima mediante o cumprimento da prestação alternativa fixada em lei (art. 5º, inc. VIII, da CF/88). No caso do serviço militar obrigatório a prestação alternativa prevista no *caput* do art. 143, da CF/88 foi regulamentada pela Lei 8.239/1991. Em 1992 foi publicada a Portaria 2.681 do Ministério da Defesa, a qual estabelece entre outros pontos, que o serviço alternativo será de 18 meses e o não cumprimento implicará na suspensão dos direitos políticos – não poderá votar e nem ser candidato a qualquer cargo eletivo.

Pela lei compete às Forças Armadas atribuir serviços alternativos, em tempo de paz, à todos que alegarem objeção de consciência derivada de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter eminentemente militar. Considera-se serviço militar alternativo as atividades administrativas, assistencial filantrópico ou mesmo produtivo que devem ser prestados em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas. (Lei 8.239/1991).

Todavia não é esta a única hipótese possível, como bem assevera Born, ao esclarecer que essas hipóteses são meramente exemplificativas, haja vista que as

exceções de ordem ética, cultural, científica, moral e outras poderão ser opostas em face de proteção da liberdade de expressão e de consciência. (BORN, 2014, p. 18).

Reconhecendo a possibilidade de que outras obrigações também podem suscitar o problema da escusa de consciência, o inciso VIII do art. 5º dispõe que:

Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. (BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Não resta dúvida de que, pela redação da norma, serão admitidas outras causas, além daquelas relacionadas aos serviços militares.

Depreende-se, ainda, da leitura do inciso acima, que cabe ao legislador infraconstitucional o poder-dever de criar as regras que estabelecerão as prestações alternativas para os casos de objeção de consciência e da possibilidade de perda de direitos para os indivíduos que se recusem a realizar a prestação alternativa, estabelecida em lei. (BORN, 2014, p. 81).

A Constituição atual prega a flexibilização dos deveres e obrigações individuais e dispensa o objetor do cumprimento de um dever geral em troca de uma prestação alternativa à sociedade. No entanto, a falta de lei, prevendo essa prestação alternativa, não inviabiliza a escusa de consciência, posto que os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata (art.5, § 1º). (BORN, 2014, p. 127).

A objeção de consciência é fruto do Estado Democrático e corolário do princípio da dignidade humana, da igualdade e demais liberdades elencadas na Constituição Brasileira. Nas palavras de Heringer Júnior, a objeção de consciência revela-se como pressuposto de um Estado que pretende ser instrumental do livre desenvolvimento da personalidade.

Ao tratar a pessoa como fim, e não como meio, como sujeito, e não como objeto, o Estado Democrático de Direito busca proteger não apenas a sua vida corpórea, mas também favorecer a procura pela própria felicidade. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 26).

O princípio da isonomia também se concretiza por meio da escusa de consciência, pois a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e de-

sigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualam. Nesse sentido Heringer Júnior assinala:

O princípio da igualdade, se entendido inclusive como impossibilidade de fundamentarem-se quaisquer tratamentos diferenciados a minorias, conduz a excessos uniformizadores, com a supressão das particularidades que definem o próprio grupo. O entendimento que não se permitem isenções às normas impostas pelo regime comum em matéria penal, civil, tributária, etc., em atenção as peculiaridades culturais ou outras dos indivíduos, fatalmente levaria à eliminação das minorias por assimilação. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 30).

Conclui-se que para a efetivação dos direitos fundamentais deve existir um equilíbrio entre a liberdade e a autoridade. Como descrito por Darcy Azambuja:

Se fosse possível suprimir totalmente a liberdade dos indivíduos, a sociedade se tornaria um rebanho de escravos, mas uma sociedade onde não houvesse autoridade, sobroçaria rapidamente no crime, na miséria e na morte. (AZAMBUJA, 1984, p. 152).

É fato que a questão das minorias tem sido um grande teste para a democracia. “O fim da liberdade para elas pode ser o início do fim da liberdade de toda a sociedade”(GIMENES, 2005, p. 39). Dessa feita, cabe à própria Constituição traçar os caminhos necessários para que as disputas e as divergências não degenerem em anarquia.

Em virtude do advento do Cristianismo surgiu a semente para o direito à objeção de consciência, pois a partir dele nasceu a distinção entre a obediência a Deus e a obediência às leis dos homens. Seu uso se perde no tempo. Os estudiosos da mitologia falam de Antígona, a heroína de um mito grego, imortalizada na tragédia de Sófocles. A peça expressa, de forma inequívoca, a crença no Direito Natural e a sua superioridade em relação ao Direito temporal. (GIMENES, 2005, p. 15).

A objeção de consciência surge como elemento indispensável para o desenvolvimento da própria liberdade de consciência e como elemento necessário para a concretização da liberdade religiosa. A garantia dessas liberdades são exigências decorrentes de uma cidadania inerente a um Estado Democrático de Direito. (BORN, 2014, p. 82).

A objeção de consciência militar, indubitavelmente, é a mais notória, regada por quase todas as legislações ocidentais. Trata-se da recusa ao cumprimento obrigatório de servir às Forças Armadas por razões morais. Geralmente as legislações dispõem de uma prestação civil como substituição à prestação militar para o objetor.

Os primeiros relatos da consagração do direito à objeção de consciência são oriundos do ordenamento dos Estados Unidos da América (EUA), mais especificamente, na Constituição da Pensilvânia de 1776, em que dispõe em seu artigo 8º, além do direito à objeção de consciência “a trazer armas”, o direito à objeção de consciência em termos gerais. (COUTINHO, 2001, p. 05).

No entanto, ainda que exista a figura da escusa de consciência em alguns Estados membro, ela, atualmente, não foi consagrada expressamente na Constituição dos EUA, sendo o assunto tratado em nível infraconstitucional em todas as suas dimensões. A proteção legal norte-americana do direito à objeção de consciência encontra-se postulada no *Selective Service Act*, de 18 de Maio de 1917, que prevê, no seu artigo 59.º, a isenção de serviço militar para “todas as pessoas que, em virtude de uma convicção religiosa, solicitem ser isentas do serviço militar, se for estabelecida essa atitude de consciência” (COUTINHO, 2001, p. 05).

O tratamento dado à objeção de consciência, principalmente na via judicial, é singular nos EUA, pois adota-se o sistema de *Common Law* o que permite à sua *Supreme Court* construir o direito com a finalidade de solucionar os problemas concretos. A liberdade religiosa cresceu a partir de 1947 por meio da decisão do caso *Everson v. Board of Education*, em que se garantiu a separação da Igreja e do estado e o livre exercício da religião por parte da Igreja. Essa decisão gerou uma jurisprudência baseada no *balancing test*, ou seja, uma ponderação de valores que se resolve em favor da liberdade religiosa se não há um interesse do Estado que justifique a sua restrição. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 57).

Na Itália não existe quase referência, em sua Constituição, sobre o direito à objeção de consciência, ficando ao encargo do Tribunal Constitucional o reconhecimento desse direito. Foi somente desde a decisão nº 164/1985, que a objeção de consciência foi reconhecida a partir dos arts. 2º e 19º da respectiva Constituição, os quais consagram respectivamente uma cláusula aberta para recepção de direitos fundamentais e a liberdade religiosa. (COUTINHO, 2001, p. 06).

Na Alemanha, o direito à objeção de consciência pode ser encontrado na Constituição de 1849, em que se estabelecia a completa liberdade de crença e de consciência. Esta foi retomada na Constituição de Weimar, de 1919. Entretanto, a liberdade de consciência e de crença disposta englobava tão somente o direito de mudança de religião ou de convicção de consciência, não permitindo o direito de manifestar essas mesmas convicções. (COUTINHO, 2001, p. 06).

Só com a promulgação da Constituição Alemã, de 1949, foi reconhecido o direito de manifestação exterior da liberdade dessa consciência. A Constituição de 1949 também prevê expressamente a objeção de consciência ao serviço militar como direito fundamental. (COUTINHO, 2001, p. 06).

A objeção de consciência, na França, encontra-se apenas regulada em leis ordinárias. Já na Espanha, a Constituição prevê a objeção de consciência somente perante o serviço militar obrigatório. No caso britânico, que não dispõe de uma Constituição escrita, assistiu-se, desde muito cedo, à consagração do direito à objeção de consciência em leis ordinárias. Na verdade, desde 1916 que o Reino Unido reconheceu um estatuto legal aos objetores de consciência tendo, em 1946, regulado o mesmo no *National Service Act*. (COUTINHO, 2001, p. 06).

Em Portugal, verificou-se uma tardia evolução do direito fundamental à objeção de consciência, se comparada com a constitucionalização dos demais direitos fundamentais. (BORN, 2014, p. 78).

A legislação portuguesa prevê, em relação ao serviço militar, a possibilidade de isenção, tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, por motivos de ordem religiosa, moral, humanística ou filosófica. O procedimento para reconhecimento do objetor é por via administrativa, realizado pela Comissão Nacional de Objeção de Consciência. A recusa à prestação do serviço cívico implicará necessariamente a punição do infrator. (COUTINHO, 2001, p. 16-19).

O Brasil garante explicitamente a objeção de consciência como decorrência do exercício da liberdade religiosa, filosófica e política e, implicitamente, como decorrência do princípio da dignidade humana e das demais liberdades elencadas na Constituição, como científica, moral, social, desde que o cumprimento da norma jurídica provoque aversão ao titular. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 59).

No direito brasileiro, a liberdade de consciência ganha destaque com a pluralidade religiosa que se iniciou com o movimento conhecido como pentecostalismo brasileiro. Iniciou-se em 1910, com a chegada da Congregação Cristã e da Assem-

bleia de Deus em 1911. Toma corpo nas décadas de 50 e 60 com o surgimento da Igreja Quadrangular, Brasil para Cristo e Deus é Amor e ganha força nos anos 70 e 80 com o surgimento da Igreja Universal do Reino de Deus e a Igreja Internacional da Graça de Deus. Ao lado dessas, ainda pode-se destacar a Igreja Adventista do Sétimo Dia, Testemunha de Jeová e a Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias. (BORN, 2014, p. 75).

Dessa forma, evidencia-se que a objeção de consciência nasceu para proteger a minoria religiosa que, no decorrer da história, sempre enfrentou grandes dificuldades para professar o seu culto em virtude das barreiras impostas pelo próprio Estado e pelas religiões dominantes.

Os adventistas guardam o intervalo entre o crepúsculo das sextas-feiras e os sábados, em respeito a sua doutrina fundamental e recorrem à objeção de consciência para recusarem-se a frequentar aulas, cumprir expediente no serviço público, adiar exames em concursos públicos, etc. (BORN, 2014, p. 78).

Nas palavras de Bruno Heringer:

Pode-se afirmar que existe um vácuo, tanto doutrinral como jurisprudencial e legislativo, no tratamento da matéria, razão pela qual parece tatear-se em busca de orientação segura e capaz de atender às demandas. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 79).

Como no Brasil há lei apenas regulamentando a objeção de consciência ao serviço militar e ao serviço eleitoral, o tema carece de análise mais detida, tanto no âmbito doutrinral como jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve o propósito de elaborar uma discussão sobre o constitucionalismo e a objeção de consciência na prática do serviço militar, abordando aspectos como direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, a objeção de consciência e a liberdade religiosa.

O princípio da dignidade humana, como um direito fundamental, constituiu-se num valor-guia não apenas para os direitos fundamentais, mas para toda a

ordem constitucional, sendo considerado o princípio constitucional brasileiro de maior hierarquia. Assim, para a efetivação dos direitos fundamentais deve existir um equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.

Sobre esta temática, observou-se que cada estado democrático deve estar comprometido com a criação de espaços para a convivência de várias crenças.

Em conclusão, objeção de consciência é um instrumento de grande valor democrático, na medida em que permite salvaguardar a integridade moral de uma pessoa e colaborar na construção de um pluralismo real. Sem dúvida, seu exercício, é uma questão altamente complexa, porque muitos interesses estão envolvidos em conflito. Dessa forma, evidencia-se que a mesma nasceu para proteger a minoria religiosa que, no decorrer da história, sempre enfrentou grandes dificuldades para professar o seu culto em virtude das barreiras impostas pelo próprio Estado e pelas religiões dominantes.

A objeção de consciência militar, é a mais notória, regrada por quase todas as legislações ocidentais. A mesma se refere à recusa ao cumprimento obrigatório de servir às Forças Armadas por razões morais.

A ponderação fundamental que ocorre aqui é entre as convicções internas, de caráter religioso, filosófico ou moral dos militares, e os procedimentos militares regulamentados de acordo com a legislação de cada país. Geralmente as legislações dispõem de uma prestação civil como substituição à prestação militar para o objeto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1984.

BALLESTEROS, Alberto Montoro. **Sistema de teoría fundamental del derecho**. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

BORN, Rogério Carlos. **Objecção de Consciência**. Restrições aos direitos políticos e fundamentais. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 25 jan de 2019.

- CASTAN TOBEÑAS, José. Los derechos del hombre. 4ª ed. Madri: Editora Reus, 1992.
- CORREIA, António Damasceno. **O direito à objeção de consciência**. Lisboa: Vega, 1993.
- COUTINHO, Francisco pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objeção de consciência**. 2001, p.10 Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Coutinho01. Acesso em 30 jan. 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 1ª ed. (Coleção Polêmica). São Paulo: Moderna, 1998.
- FERNANDEZ-GALIANO, António. Derecho natural. Introducción filosófica al derecho. Madrid, 1983.
- GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2005.
- Grande Enciclopédia Barsa. São Paulo: Barsa Planeta Internacional LTDA, vol. 04, 2005.
- HERINGER JUNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal: Justificação e limites**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 2009.

Capítulo 9

O DESENVOLVIMENTO URBANÍSTICO SOB INTERCONEXÃO DO DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL NO BRASIL E NA ESPANHA

Marcelo Buzaglo Dantas¹¹²

Guilherme Rigo Berndsen¹¹³

Resumo: O presente estudo tem por desígnio apresentar a evolução do urbanismo e do direito à cidade sustentável no Brasil e na Espanha, inclusive, como esse desenvolvimento pode ajudar no desígnio de que todos os envolvidos no processo de planejamento e urbanização do meio ambiente construído possam trabalhar como um único mecanismo com claro desígnio de alcançar um propósito compartilhado, ou seja, a melhoria das cidades como um todo. Com a utilização do método indutivo e a partir de pesquisa bibliográfica, conclui-se pela necessidade de adequada compreensão do desenvolvimento urbano e do direito à cidade sustentável como importantes instrumentos da preservação do meio ambiental (natural e construído), impedindo-se, assim, a ocorrência de mutações urbanísticas desenfreadas que levam a inúmeros problemas sociais, econômicos e ambientais e, consequentemente, tornando, assim, nossas urbes mais humanas e sustentáveis.

112 Advogado. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Doutor e Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Itajaí. Presidente da Comissão de Meio Ambiente do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Membro das Comissões de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB e da Comissão Nacional de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB. Professor visitante da Widener University - Delaware Law School (EUA) e da Universidad de Alicante (ES). E-mail: marcelo@buzaglodantas.adv.br. Orcid: 0000-0003-0972-7188

113 Advogado. Doutorando no programa PPCJ da UNIVALI, em regime de dupla titulação com Widener University - Delaware Law School (EUA). Possui graduação em direito Universidade do Vale do Itajaí (2008), Pós-graduação em Direito Processual Civil, pela Universidade Anhangueira-UNIDERP (2012). Pós-graduação em Direito Civil Avançado, pela Universidade do Vale do Itajaí (2016), Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (2019), com dupla titulação no *Master en Territorio Urbanismo y Sostenibilidad Ambiental en el Marco de la Economía Circular*, na Universidade de Alicante (ES). E-mail: guiberndsen@hotmail.com. Orcid: 0000-0003-1042-9161.

Palavras-chave: Cidade Sustentável. Meio Ambiente Urbano. Urbanismo Sustentável. Política urbana.

***Abstract:** This study aims to present the evolution of urbanism and sustainable cities in Brazil and Spain, including how this development can help to ensure that everyone involved in the process of planning and urbanization of the built environment can work as a single mechanism with a clear intention to achieve a shared purpose, that is, the improvement of cities. Using the inductive method and based on bibliographic research, it is concluded that there is a need for an adequate understanding of urbanism and the sustainable city as important instruments for the preservation of the environment (natural and built), thus preventing the occurrence of unrestrained urban mutations that lead to countless social, economic and environmental problems and, consequently, making our cities more human and sustainable.*

Keywords: Sustainable city. Urban Environment. Sustainable Urbanism. Urban policy.

INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo é investigar a importância do desenvolvimento urbano aliado ao direito à cidade sustentável, com intuito de resolver os corriqueiros problemas ambientais que atingem ordinariamente as cidades contemporâneas, e, de forma consequente, a própria sociedade.

Observa-se que no início do milênio, somente 47% da população habitava nas cidades. Nesse contexto, segundo as Conferências Mundiais realizada, no ano de 2050 a previsão é que mais de 80% da população mundial passará a viver nos centros urbanos, inclusive, estas cidades serão responsáveis por consumir 70% da energia global.

Em compensação a estes fatos, algumas pessoas já começaram a entender que a melhor ideia a ser perseguida, é a defesa de um equilíbrio entre a humanidade e suas ações com a preservação do meio ambiente, tanto do ambiente verde, como os espaços urbanos, do qual todos saem ganhando.

Assim, surge a ascensão do denominado urbanismo sustentável, que se apresenta como uma solução para os problemas que existem hoje. Tal procedimento homenageia os parques e espaços públicos, mobilidade e farta área verde.

Logo, a solução oferecida é a procura por um melhoramento no modelo de qualidade das cidades e da vida das pessoas, através do planejamento urbanístico sustentável e com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo. Na fase de Tratamento dos Dados, utilizou-se o Método Cartesiano para se propiciar indagações sobre o tema. (PASOLD, 2015)

As técnicas utilizadas nesse estudo serão da Pesquisa Bibliográfica, da Categoria e do Conceito Operacional, quando necessário. Outros instrumentos de Pesquisa, além daqueles anteriormente mencionados, poderão ser acionados para que o aspecto formal desse estudo se torne esclarecedor ao leitor.

1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO URBANISMO BRASILEIRO E O MOMENTO ATUAL

No Brasil colônia, a população concentrou-se em uma exígua faixa de território próximo ao Oceano Atlântico, região primeiramente ocupada pelos portugueses e ao longo da qual se desenvolveram algumas das principais atividades econômicas da colônia, além de em alguns outros pontos dispersos pelo interior. (IBGE, 2015, p. 53)

Os primeiros passos para o desenvolvimento de urbanização do país apenas começaram a ganhar mais força com a extinção da Monarquia que estava instalada no Brasil, ou seja, somente a partir da Proclamação da República brasileira (1889), começou um grande projeto de “modernização” do país.

A ideia que era compartilhada naquela época para o dito desenvolvimento, partia da premissa que o país possuía dimensões continentais e precisava ter os espaços de terra vazios devidamente ocupados e povoados, uma vez que existiria a “oferta ilimitada de terras”, sendo, portanto, um “país do futuro”. (ABREU, 2017, p. 22)

Nesse passo, a urbanização no país passou a acontecer num compasso ainda mais acelerado, em razão da população rural deslocar-se constantemente das áreas agrestes, que até então viviam, para buscar melhores condições de vida nas áreas urbanas, tornando as cidades, verdadeiras metrópoles.

Em outros termos, com a industrialização em alta no Brasil, o país passa de rural para urbano numa velocidade extremamente acelerada e nesse contexto

social, a população urbana em 1950 correspondia a 36,2%, já em 2010, satisfazia a mais de 84,4%. (IBGE, 2015, p.86)

Logo, os maiores problemas socioambientais que existem em nosso meio urbano se deram em razão do acelerado crescimento, aliado a falta de investimentos de infraestrutura e saneamento básico de qualidade na maioria das cidades brasileiras, pois o êxodo rural provocou o deslocamento do eixo populacional e a cidade recebeu muitas pessoas.

Como essa recepção não foi pensada nem preparada, a cidade cresceu desordenadamente, e dessa realidade emergiu um hiato entre grupos populacionais urbanos. O viver na cidade implica acesso à educação, ao lazer, à saúde e a todas as outras necessidades da vida cotidiana. Entretanto, a falta de infraestrutura mínima para a recepção de um enorme contingente de pessoas resulta na dura realidade de exclusão, ou seja, os benefícios da urbanização são inacessíveis para uma grande parcela da população. (PIRES, 2016, p. 07)

Seja como for, é fato que o Brasil é, realmente, um país predominantemente urbano, e que se urbaniza mais e mais, em grande velocidade no decorrer das últimas décadas. Assim, a vida nos espaços urbanos hoje já é uma realidade praticamente irreversível.

Essa transformação, já imensa em números relativos, torna-se ainda mais assombrosa se pensarmos nos números absolutos, que revelam também o crescimento populacional do país como um todo: nos 36 anos entre 1960 e 1996, a população urbana aumenta de 31 milhões para 137 milhões, ou seja, as cidades recebem 106 milhões de novos moradores no período. A urbanização vertiginosa, coincidindo com o fim de um período de acelerada expansão da economia brasileira, introduziu no território das cidades um novo e dramático significado: mais do que evocar progresso ou desenvolvimento, elas passam a retratar – e reproduzir – de forma paradigmática as injustiças e desigualdades da sociedade. (ROLNIK, 2002, p 23)

Inclusive, a ausência de um planejamento urbano e habitacional adequado contribuiu para o aumento acelerado das favelas, conseqüentemente, como não havia oferta de emprego para todos os migrantes em espaço tão curto de tempo, a violência urbana também aumentou drasticamente.

Uma das características da explosão urbana contemporânea, principalmente nos países desenvolvidos, é a grande desigualdade na distribuição de renda e oportunidades econômicas. Em seu recente relatório sobre tendências da urbanização,

a agência ONU *Habitat* descreve que as cidades como nos novos locais da pobreza. As estimativas do Banco Mundial preveem que, até 2035, as cidades se tornarão os locais predominantes de pobreza. (LEITE, 2012, p. 21)

Inclusive, estes não eram os únicos problemas a serem enfrentados pelas cidades, além da falta de planejamento urbano e habitacional, a crescente violência urbana, o elevado número de indústrias, veículos e pessoas concentrados em espaço cada vez menores começou a impactar, fortemente, na questão ecológica urbana.

Além do mais, em uma sociedade cada vez mais capitalista e complexa, em que se vive um consumismo e crescimento populacional totalmente exacerbado (muitas vezes, de modo irresponsável, ou, até mesmo, irracional), torna-se cada vez mais difícil imaginar-se um mundo melhor para o futuro, cujo qual será herdado por nossos filhos, as futuras gerações, e, inclusive, outras espécies na terra.

Perante esses fatos, as cidades transformaram-se no ambiente cristalino para verificar as consequências da falta de planejamento urbano e insustentável das urbes, conseqüentemente, consegue-se observar todas as desigualdades sociais, econômicas e culturais que existem entre o lado mais abastado e o lado pobre da cidade.

Assim, verifica-se que durante quase todo o período do século XX, a sociedade e o poder público tenderam a ignorar o papel ativo do ser humano no combate de processos evolucionários que ocorriam em relação aos danos ambientais e sociais existentes nas cidades.

A título de exemplo, pode-se citar o desmatamento de florestas e campos, drenagem e canalização de rios e córregos, não criação de áreas verdes, má utilização do solo, escoamento de esgoto, sem o devido tratamento, contaminação de lençóis freáticos, bloqueio da iluminação solar, construção irregular de moradias, aumento da violência urbana, enchentes, queimadas etc.

Se não bastasse isso, o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) informa que até 2050, cerca de 90% (noventa por cento) da população se concentrará em grandes centros urbanos (IPEA, 2021), o que torna ainda mais grave a crise a ser enfrentada, em relação a falta de planejamento na urbanização das cidades brasileiras.

Portanto, a ideia de planejamento urbano totalmente acelerado que vinha sendo aplicado, passou a ser mais intensamente discutido, com intuito de evitar ou minimizar os problemas existentes, que, diga-se de passagem, não são poucos, em

razão da crescente violência urbana, poluição, degradação ambiental, abandono de espaços públicos etc.

2. A SITUAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO URBANISMO ESPANHOL

Assim como o Brasil e outros países do continente Europeu, a Espanha também passou por graves problemas sociais e urbanísticos no decorrer dos últimos tempos, consequentemente, isso refletiu diretamente nas formações das suas cidades e no seu planejamento urbano.

Este proceso global de urbanización (en muchas ciudades españolas en tres décadas se ha duplicado y en ocasiones triplicado el suelo ocupado en toda la historia) supone tal consumo de recursos y tan elevado impacto contaminante sobre el conjunto de ecosistemas de la Tierra, que las incertidumbres creadas por ello nos llevan a afirmar que estamos inmersos en un proceso que no nos asegura el futuro y por ello es insostenible. Hoy se puede afirmar que las ciudades son los sistemas que mayor impacto generan en el Planeta y, por esto, sabemos que la batalla de la sostenibilidad la vamos a ganar o la vamos a perder en base a la organización y la gestión urbanas que desarrollemos a partir de ahora. (PALENZUELA, 2012, p. 22)

Portanto, inúmeras cidades espanholas também passaram a ter periferias e demais circunvizinhanças de baixa renda de maneira crescente, trazendo, também, inúmeros impactos ambientais, sociais e urbanos, em razão da população perder seus direitos básicos neste processo de desenvolvimento citadino desenfreado e sem planejamento urbanístico.

Em compensação a estes acontecimentos infortúnios, inúmeros profissionais espanhóis da área da arquitetura, engenharia, jurídica, geografia e inúmeros outros estudos ambientais, todos são ligados pela interdisciplinaridade, tentam agora buscar um melhoramento no padrão de qualidade das cidades espanholas e no padrão de vida das pessoas, através do planejamento urbanístico sustentável.

El modelo de urbanismo claramente expansivo a que se ha hecho referencia en el apartado precedente todavía se hallaba plenamente asentado entre nosotros aun cuando, coetáneamente, fuera de España se avanzaba en dirección contraria a la búsqueda de

formas de desarrollo urbano más acordes con un uso más racional del suelo y, en general, de los recursos naturales. (QUINTANA LOPEZ, 2018, p. 22)

Logo, a Constituição Espanhola e a *Ley do Suelo*, tenderam para o afastamento do padrão expansionista que permanecia até então, logo, priorizaram o desenvolvimento urbano sustentável, que promove o uso racional do solo e dos recursos naturais espanhóis.

Entre las técnicas e instrumentos jurídicos a disposición de los municipios para la protección el medio ambiente, sin duda ocupa un puesto relevante la planificación urbanística. Nuestra legislación urbanística desde el Texto refundido de la Ley del suelo de 1976 asigna, como uno de los cometidos básicos al planeamiento urbanístico municipal, la adopción de “medidas para la protección del medio ambiente, conservación de la naturaleza y defensa del paisaje, elementos naturales y conjuntos urbanos e históricos. (COMA, 2006, p. 677)

Logo, um dos objetivos mais importantes de qualquer projeto de futuro com sustentabilidade, é a busca constante pela melhoria das condições sociais das populações mais fragilizadas socialmente. Isso porque os problemas sociais e ambientais estão necessariamente interligados e somente será possível tutelar adequadamente o meio ambiente com a melhora das condições gerais destas populações. CRUZ, 2012, p. 50)

El desarrollo urbanístico sostenible postula una clasificación de los usos del suelo y, por lo tanto, de las edificaciones, infraestructuras, instalaciones y actividades que de la misma se derivan, desde una perspectiva ambiental y de la sostenibilidad especialmente con relación al consumo energético y al transporte, frente a la visión tradicional meramente economicista y arquitectónica. (COMA, 2006, p. 683)

Assim, verifica-se que a legislação urbanística espanhola se aperfeiçoou o desenvolvimento urbanístico sustentável, priorizando o desenvolvimento do meio ambiente, da sociedade e da economia, em relação ao desenvolvimento urbano expansionista que até então vinha sendo praticado.

3. DIREITO AO URBANISMO E A CIDADE SUSTENTÁVEL NO BRASIL E NA ESPANHA

Hoje em dia, as sociedades em geral começaram a perceber e a conviver com alguns acontecimentos terríveis sobre as escolhas e atitudes de vida feitas por nossa coletividade, tais como, o total desrespeito ao meio ambiente natural e urbano.

Perante essa problemática, o urbanismo sustentável busca ocasionar uma inovação no planejamento, onde o meio ambiente construído encontra-se em clara harmonia com a própria natureza, propiciando uma maior qualidade de vida para as pessoas residentes na cidade e no seu entorno, inclusive, com estilo de vida mais saudável e humano.

Oferecendo matérias, planejamento e alternativas para se buscar a preservação das cidades bem como meios para utilizar e manter a obtenção de água limpa, ar não poluído, habitação digna, crescimento ordenado, uso regular do solo e proteção ambiental de forma efetiva e sustentável.

A atualidade oferece uma oportunidade histórica para que a sociedade repense onde e como vive, trabalha e se diverte e compra. O caminho para um estilo de vida sustentável se constrói com base nos princípios do crescimento urbano inteligente, do Novo Urbanismo e das edificações sustentáveis. Caso tenha êxito, não só reduzirá drasticamente os danos ambientais como também oferecerá melhorias assombrosas à qualidade de vida atual. O contexto desse estilo de vida é o urbanismo sustentável, a criação e a sustentação de comunidades cujo projeto é tão bem direcionado a uma vida de qualidade que as pessoas optarão, com prazer, por satisfazer suas necessidades diárias a pé e utilizando o transporte público. (FARR, 2013, p. 27)

Segundo o Acordo aprovado pela Assembleia Geral da ONU em outubro de 2015, foram eleitos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável ODS, desdobrados em 169 metas a serem alcançadas até 2030. Entre os Objetivos aprovados, um deles refere-se especialmente às cidades: trata-se do ODS número 11, pelo qual os Estados membros da ONU assumiram o compromisso de “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.” (SOTTO, 2016, p. 61)

Nesse conjunto, o planejamento urbano em que habitamos deve ser efetivado sob a visão da sustentabilidade, tal projeto vem sendo alcunhado de Urbanismo Sustentável, com desígnio de criar ou tornar as Cidades Sustentáveis, em razão de que nós, seres humanos, precisarmos decidir que tipo de cidades serão herdadas por nossos filhos.

Esse desenvolvimento urbanista diverso, humanista e sustentável, consistiria em construir áreas de lazer e entretenimento para as pessoas em determinados lugares da cidade, que não estão sendo aproveitados adequadamente, para pessoas caminharem e praticarem esportes, ou realizarem qualquer outra atividade física ou mental, integrando, assim, a natureza, com edificações e infraestrutura de alto desempenho. (FARR, 2013, p. 29)

Nesse conjunto, a integração do ser humano, sua saúde e os serviços da natureza, ou seja, água limpa, luz solar, produção de oxigênio, aproveitamento de rios, energia limpa etc., devem ser totalmente viáveis pelos novos projetos urbanísticos das cidades e das metrópoles. Conectando, de maneira plena e integral, as pessoas, a natureza e os densos ambientes urbanos.

O urbanismo sustentável representa uma mudança de postura nas gerações relativa a como os assentamentos humanos são projetados e empreendidos, sua adoção como uma norma social exige que todos os envolvidos no processo de planejamento e urbanização do ambiente construído trabalhem como um único organismo para atingir um propósito compartilhado. (FARR, 2013, p. 15)

Melhor dizendo, nos países em desenvolvimento, especialmente na América Latina, o modelo de “cidade sustentável” se propõe sobretudo a enfrentar as grandes questões urbanas ligas à desigualdade social, como o regramento da propriedade da terra, o combate à violência urbana, o acesso de todos a moradia digna e a serviços públicos de qualidade. (SOTTO, 2016, p. 64)

Apenas o acréscimo da base verde, que contém os ambientes de máximo apelo ambiental, poderão aperfeiçoar a biodiversidade e demais processos ecológicos dos territórios, que necessitam guiar o planejamento e crescimento urbano.

Além disso, o desenvolvimento urbanismo sustentável traz o apelo pessoal para partilhar conhecimentos, ocasionando o benefício social de participar da cidade e do seu planejamento urbano e desenvolvimento ordenado da sociedade, acrescentando a qualidade de vida e exaltando o seu potencial de transformação positiva.

As metrópoles são o grande desafio estratégico do planeta neste momento. Se elas adoecem, o planeta torna-se insustentável. No entanto, a experiência internacional – de Barcelona a Vancouver, de Nova York a Bogotá, para citar algumas das mais verdes – mostra que as metrópoles se reinventam. Se refazem. Já existe diversos indicadores comparativos e *rankings* das cidades mais verdes do planeta. Fora dos países ricos, Bogotá e Curitiba colocam-se na linha de frente como cases a serem replicados. (LEITE, 2012, p. 08)

Desenvolver um crescimento ordenado desde agora, aliado ao uso racional do solo, é um marco da estratégia sustentável, baseado nas reais necessidades da população e da atividade econômica, sem desperdício do solo e demais territórios, pois este é, sabidamente, um recurso finito.

No Brasil, a cidade sustentável é um direito materializado constitucionalmente e, também, legalmente, mas que encontra sérios obstáculos para se concretizar. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) e, posteriormente, o Estatuto das Cidades (BRASIL, 2001), em atendimento a um histórico de reivindicações populares relacionadas à moradia em condições dignas, reúnem normas que versam sobre a Política Urbana. Há de se registrar que, anteriormente a essas normativas, foi sancionada a Lei 6.766 (BRASIL, 1979), que dispôs sobre o parcelamento do solo e que por muito tempo foi a única normativa considerada para fins urbanos. (SOUZA, 2018, p. 100)

Já na Espanha, o modelo passado, ou seja, a promoção do urbanismo e dos problemas sociais eram resolvidos quase que exclusivamente pelo Estado. Atualmente, estes problemas devem ser resolvidos por diversos entes, ou seja, comunidade, empresas, estado etc. Diferentes atores sociais.

Assim, verifica-se que a Espanha já vem praticando um desenvolvimento urbano sob a ótica da sustentabilidade, conforme discorrido nos tópicos anteriores, onde foi realizado uma breve explanação da Constituição Espanhola e da *Ley de Suelo*.

Actualmente, la idea del desarrollo sostenible, que propone crecer económicamente con equidad, sin dañar los ecosistemas y superando la pobreza, es una referencia obligada en las diversas actividades y disciplinas. El urbanismo no es la excepción, sobre todo si se considera que la ciudad transforma de manera intensa el medio ambiente. (RAMIREZ, 2009, p. 08)

Assim, o aumento do urbanismo sustentável, idêntico ao que vem sendo feito na Espanha, é imperativo para o acréscimo da qualidade de vida da população, uma vez que, desenvolvimento urbano, ambiental, econômico e social, devem estar intimamente entre ligados, com o único objetivo de tornar nossas cidades mais sustentáveis e harmônicas.

Desse modo, para prosseguir a melhora da qualidade de vida da população brasileira e espanhola, bem como da própria cidade e do meio ambiente, é necessário permanecer nos projetos que envolvam o desenvolvimento urbano sob a ótica da sustentabilidade, seja ela econômica, espacial, social ou ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise ora efetivada, verificou-se que o Brasil e a Espanha, assim como muitos outros países do mundo, foram caracterizados por uma urbanização intensamente acelerada no transcorrer das últimas décadas, em razão da população deslocar-se, invariavelmente, das áreas rurais para as áreas urbanas.

A ocorrência de um ritmo acelerado de crescimento urbano sem um planejamento urbano adequado correspondente, aliado à ausência de políticas públicas eficazes dentro das cidades que vinham crescendo constantemente, provocaram numerosos problemas sociais, econômicos e ambientais nas cidades modernas.

Logo, consolidou-se uma expansão desordenada das cidades, trazendo várias ocupações irregulares, desrespeito ao meio ambiente, violência urbana, baixa qualidade de vida e desigualdades sociais.

Assim, tornou-se cada vez mais difícil imaginar-se um mundo melhor para o futuro, que será herdado por nossos filhos, as futuras gerações, e, inclusive, outras espécies que habitam as cidades e o próprio planeta.

Não obstante a tais ponderosos fatos, as pessoas começaram a perceber e a viver determinados acontecimentos terríveis sobre as escolhas e estilo de vida feitas por nossa sociedade, tais como, o total desrespeito ao meio ambiente, falta de mobilidade urbana, diminuição das áreas verdes, má conservação das cidades, do seu entorno etc.

Nesse contexto, apenas o desenvolvimento urbano sustentável das cidades, que abrange os ambientes de maior valor ambiental e máxima qualidade de vida pode acarretar benefícios sociais do crescimento ordenado e planejado de uma cidade, acendendo todo o seu potencial de transformação positiva das pessoas e do espaço em que habitam.

A Espanha, embora também tenha passado por uma grave crise econômica na primeira parte do século XXI, por conseguinte, refletindo diretamente nas suas cidades e no planejamento urbano. Atualmente, é um grande exemplo de como deve ser efetivada a prática e a procura pelas formas mais inovadoras do desenvolvimento urbano sustentável.

Supracitado modelo de desenvolvimento urbano sustentável avança na direção do planejamento de acordo com um uso mais racional do solo e dos recursos naturais existentes, inclusive, tornando a sustentabilidade e o planejamento urbano não mais uma alternativa, e, sim, uma necessidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Maurício. Sobre a memória das cidades. In CARLOS, Ana Fani Alessandri; SOUZA, Marcelo Lopes de; SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. (orgs.). **A produção do Espaço Urbano: agentes e processos, escalas e desafios**. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2017.

BENACH, Núria. Da desigualdade social à justiça espacial. In BENACH, Núria [et. al.]. Organizado por Ana Fani Alessandri Carlos, Glória Alves e Rafael Faleiros de Padua. **Justiça espacial e o direito à cidade**. São Paulo: Contexto, 2017

BRASIL, **Estatuto da cidade**. Lei Nº 10.257. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm.

COMA, Martín Basools. *La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible*. In PARDO, José Esteve (coord.). **Derecho del medio ambiente y administración local**. ISBN: 84-609-8956-9. España: *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012.

ESPAÑA, **Constituição da**. Disponível: <http://www.congreso.es/consti/>. Acesso: mar. 2021

FARR, Douglas. **Urbanismo sustentável: desenho urbano com a natureza**. Tradução de: Alexandre Salvaterra. Porto Alegre: Bookman, 2013. Título Original: *Sustainable Urbanism: Urban Design with Nature*.

IBGE. Brasil em números = *Brazil in figures*. **Centro de Documentação e Disseminação de Informações**. - Vol. 23 (2015). - Rio de Janeiro: IBGE, 1992/2015.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Urbanização - Metrôpoles em movimento**. Disponível: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso: fev. 2021.

LAHOZ RODRÍGUEZ, Elisabeth, *Reflexiones medioambientales de la expansión urbana*. Cuadernos Geográficos [en línea] 2010, (Sin mes): [Acesso: mai. 2020] Disponível: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17117027013>> ISSN 0210-5462

LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012.

PALENZUELA, Salvador Rueda. *El Libro Verde de Sostenibilidad Urbana y Local en la Era de la Información*. 1. ed. *Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente*. Madrid, 2012.

PASOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIRES, Antônio Cecílio Moreira [et. Al.]. **Mobilidade Urbana: desafios e sustentabilidade**. São Paulo: Ponto e Linha, 2016.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás. *Cambio de paradigma: Del urbanismo expansivo a la sostenibilidad. Lección Inaugural del Curso Académico 2018-2019*, ISBN: 978-84-9773-928-3. León: Universidad de León, 2018

RAMÍREZ, Teviño Alfredo, Sánchez Núñez, Juan Manuel *“Enfoques de desarrollo sostenible y urbanismo”*. Revista Digital Universitaria [en línea]. 10 de julio 2009, Vol. 10, No. 7 [Acesso: mai. 2020]. Disponível: <http://www.revista.unam.mx/vol.10/num7/art42/int42.htm>

ROLNIK, Raquel. **Estatuto da cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002.

SOTTO, Debora. **Mais-Valia Urbanística e Desenvolvimento Urbano Sustentável: Uma análise jurídica**. 1. Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016.

SOUZA, Maria Claudia Antunes de; ALBINO, Priscilla Linhares. **Cidades Sustentáveis: Limites E Possibilidades Conceituais E Regulatórios**. Revista De Direito E Sustentabilidade | E-Issn: 2525-9687. Salvador V. 4. N. 1. P. 95 – 109. Jan/Jun. 2018. Disponível: https://www.researchgate.net/publication/327268418_Cidades_Sustentaveis_Limites_E_Possibilidades_Conceituais_E_Regulatorios. Acesso: Mai. 2021

Capítulo 10

REGRAS DOS CONDOMÍNIOS E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ: O QUE (NÃO) PODE A PARTIR DE CASOS CONCRETOS

*Regiane Nistler*¹¹⁴

*Maykon Fagundes Machado*¹¹⁵

Resumo: Trata-se de pesquisa que tem como objetivo geral estudar as regras dos condomínios a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na tentativa de demonstrar o que pode e o que não pode fazer nos espaços condominiais. Desta forma, foram estabelecidos como objetivos específicos analisar as seguintes situações fáticas mais comuns: (a) animais em casa; (b) condômino inadimplente; (c) mudança na fachada; e a (d) liberdade de associação. O método adotado na confecção da pesquisa foi o dedutivo, especialmente com consultas à jurisprudência do respectivo Tribunal, assim como referências bibliografias acerca dos temas, notadamente doutrinas, e obviamente à legislação pertinente.

Palavras chave: Condomínio. Condômino. Fachada. Casa. Animais.

Abstract: This is a research whose general objective is to study the rules of condominiums from the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) in an attempt to demonstrate what can and cannot be done in condominium spaces. Thus, specific objectives were established to analyze the following most common factual situations: (a) animals at home;

114 Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED). Oficial Interina junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos/SC. Advogada licenciada (OAB/SC). E-mail: regianenistler@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8221-2001>.

115 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – SC. Bolsista FAPESC-UNIVALI. Pós-Graduado em Jurisdição Federal pela Escola da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina – ESMAFESC e em Direito Ambiental pela Faculdade CERS. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com o título Mérito Estudantil. Advogado (OAB/SC 58.416). Membro da Comissão Estadual da OAB/SC em: Desenvolvimento e Infraestrutura. Membro da comissão permanente da OAB, Subseção de Itajaí/SC, em: Análise de Contas Públicas. CV: <http://lattes.cnpq.br/5584227459288564>. E-mail: adv.maykonfagundes@gmail.com. Telefone para contato: (47) 997831449. Orcid: 0000-0002-4595-4321

(b) defaulting unit owner; (c) change in facade; and (d) freedom of association. The method adopted in the preparation of the research was the deductive, especially with consultations to the jurisprudence of the respective Court, as well as references to bibliographies about the themes, notably doctrines, and obviously to the pertinent legislation.

Keywords: Condominium. Condominium. Facade. Home. Animals.

INTRODUÇÃO

O problema acerca do qual a pesquisa em tela se debruça é o seguinte: considerando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o que (não) pode fazer nos condomínios nos seguintes casos concretos: (a) animais em casa; (b) condômino inadimplente; (c) mudança na fachada; e a (d) liberdade de associação?

A ideia surge da análise ao direito de propriedade e das regras de convivência nos condomínios, porquanto se trata de uma relação que gera conflitos, muitos deles levados à barra dos tribunais.

Nesse sentido, a relevância da pesquisa é justificada especialmente no ponto de que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao longo do tempo, vem firmando jurisprudência sobre o que pode e não pode ser permitido ou proibido por convenções condominiais, à luz do Código Civil de 2002, levando em consideração os critérios de razoabilidade e legitimidade da medida, face ao direito de propriedade, visto que, quando se fixa residência em um condomínio, torna-se implícita e automática a imposição de suas normas internas, às quais se aplicam a todos para a conservação da higidez das relações de vizinhança.

Diante disso, no primeiro capítulo foi abordado o caso de animais em casa e como proceder quando a convenção de condomínio não regula o tema ou quando proíbe a permanência de animais que causem incômodo aos moradores e ainda, quando veda a permanência de animais de qualquer espécie.

Enquanto isso, o segundo capítulo trata das hipóteses do condômino inadimplente, basicamente acerca da proibição ou não do uso de piscinas e outras áreas comuns para forçar o pagamento da dívida de morador que esteja com as mensalidades em atraso, analisando-se a legalidade das normas previstas na convenção condominial.

A partir do terceiro capítulo são estudados casos de mudança na fachada. Ou seja, se o condomínio pode estabelecer regras para possibilitar ou não mudanças na fachada e em áreas comuns do edifício.

E, por último, mas não menos importante são analisadas as situações quanto à liberdade de associação, especialmente no que tange as obrigações decorrentes da associação, ou da não associação, bem como em relação à cobrança de taxas condominiais por condôminos não associados.

1. ANIMAIS EM CASA

A presença dos animais em condomínio é um tema que sempre gera diversos tipos de preocupações e dúvidas. Isso porque não existe uma legislação específica que determine as regras sobre a convivência dos animais nesse meio.

Assim, importante ressaltar que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, concluiu pela possibilidade de flexibilização da convenção condominial que proíba a criação e guarda de animais de qualquer espécie, quando não houver comprovação de risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e frequentadores ocasionais do condomínio (BRASIL, 2020, on-line).

Confira-se a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ANIMAIS. CONVENÇÃO. REGIMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio. 3. Se a convenção não regular a matéria, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei nº 4.591/1964. 4. Se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade. 5. Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio. 6. Na hipótese, a restrição imposta ao condômi-

no não se mostra legítima, visto que condomínio não demonstrou nenhum fato concreto apto a comprovar que o animal (gato) provoque prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores. 7. Recurso especial provido. (REsp n. 1.783.076/DF, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 14/5/2019).

No mesmo sentido, colaciona-se o mais recente julgado pelo Tribunal Superior:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONDOMÍNIO. PROIBIÇÃO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS. FLEXIBILIZAÇÃO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA CONVENÇÃO CONDOMINIAL. MODIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. As instâncias ordinárias decidiram com base nas peculiaridades do caso concreto, bem como interpretando as cláusulas da Convenção do Condomínio, ao afirmarem que os dois gatos pequenos e saudáveis da autora não ofereciam risco aos demais condôminos ou perturbação do sossego alheio, circunstância que impossibilita a análise do recurso por esta Corte Superior em razão da incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ. 2. Ademais, a Terceira Turma desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.783.076/DF, decidiu em conformidade com a orientação firmada no acórdão recorrido, concluindo pela possibilidade de se flexibilizar a convenção condominial que proíbe a criação e guarda de animais de qualquer espécie, quando não houver comprovação de risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e frequentadores ocasionais do condomínio. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1631586/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2020, DJe 08/05/2020).

Pois bem, consoante os arts. 1.332, 1.333 e 1.344 do CC/2002, a convenção condominial caracteriza-se como sendo uma norma interna, a qual disciplina as relações condominiais, a forma de administração, a competência das assembleias, a forma de convocação e o quórum exigido para as deliberações, o uso de áreas exclusivas e comuns, o rateio de despesas ordinárias e extraordinárias, as sanções disciplinares, etc. (BRASIL, 2019, on-line).

Nesse sentido, tem-se que o Código Civil assegura que a convenção poderá ter outras regras que os “interessados houverem por bem estipular” (art. 1.334, caput).

Assim sendo, a convenção de condomínio representa o exercício da autonomia privada, cabendo aos interessados suprir as disposições legais em atenção às condições peculiares de cada condomínio (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações* - 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 94).

Nesse contexto, é indiscutível que a vida em condomínio impõe diversas restrições ao direito de usar suas unidades autônomas com a finalidade de possibilitar a convivência em harmonia entre os moradores.

Todavia, referidas restrições impostas, podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário sob o aspecto da legalidade e da necessidade do respeito à função social da propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

A questão acerca da permanência de animais em condomínio apresenta diversas decisões desiguais no âmbito dos tribunais de justiça, circunstância que merece uma análise mais aprofundada pelo Superior Tribunal de Justiça para que se possa estabelecer as balizas para uniformizar o tratamento da interpretação da lei federal (BRASIL, 2019, on-line).

Conforme se extrai dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ainda do ano de 2013, o Brasil é o quarto maior país em número de animais de estimação, com 132 milhões e o segundo em número de cães, gatos e aves canoras e ornamentais (IBGE, 2013).

O art. 19 da Lei nº 4.591/1964 assegura ao condômino o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo as suas conveniências e seus interesses, desde que devidamente condicionados às normas de boa vizinhança, podendo utilizar as partes e coisas comuns de modo que não cause dano ou incômodo aos demais moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos (BRASIL, 2019, on-line).

No mais, o art. 1.336, IV, do CC/2002 assinala que é dever do condômino dar à sua parte exclusiva a mesma destinação que tem a edificação, utilizando-a de maneira a preservar o sossego, a salubridade, a segurança e os bons costumes (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, podem surgir três situações: a) a convenção não regula a matéria; b) a convenção proíbe a permanência de animais causadores de incômodos aos demais condôminos e c) a convenção proíbe a criação e guarda de animais de quaisquer espécies (BRASIL, 2019, on-line).

Na primeira das situações, no que tange a não regularização da matéria, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei nº 4.591/1964.

Assim, observa-se que a inexistência de uma regra impeditiva no estatuto condominial não autoriza irrestritamente para a manutenção de bichos de estimação em partes de uso exclusivo (BRASIL, 2019, on-line).

Sobre o assunto, importante citar importante entendimento doutrinário:

“(…) Claro está, nesse andar, que, aos condôminos, não é dado incomodar os demais moradores, menos ainda assumir posturas que representem insegurança, causem sobressaltos, atente contra a salubridade, tragam danos até de ordem material. A inexistência de proibição longe está de se constituir em autorização irrestrita para a manutenção de animais. Embora a lei não proíba animais em apartamentos, não se há de imaginar que só por isso se deve admitir a entrada indiscriminada de feras, a criação de um ambiente de verdadeiro pavor e sobressalto entre os moradores. Atenuada a vedação presente à maioria das convenções, por razões que a seguir serão contempladas, ainda assim não surgirá a possibilidade de se dar abrigo a todo e qualquer animal.” (Condomínio edilício: aspectos relevantes. Coord.: Francisco Antônio Casconi e José Roberto Neves Amorim. São Paulo: Método, 2005, pág. 215).

Na segunda situação, a convenção de condomínio não apresenta, diretamente, nenhuma ilegalidade, sendo que eventual controvérsia deverá ser analisada no caso concreto, prevalecendo o que foi ajustado e aprovado na assembléia (BRASIL, 2019, on-line).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO. CRIAÇÃO DE ANIMAL. PROIBIÇÃO SOMENTE DAQUELES QUE COMPROMETAM A HIGIENE E A TRANQUILIDADE DO EDIFÍCIO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O ANIMAL DO AGRAVADO TENHA SIDO ALVO DE RECLAMAÇÕES ESPECÍFICAS. REVISÃO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.1. Nos termos da orientação jurisprudencial do eg. Superior Tribunal de Justiça deve prevalecer o ajustado entre os condôminos na convenção do condomínio acerca da criação de animal em unidade condominial. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, a Corte de origem esclareceu que a convenção condominial somente veda a criação de animais que comprometam a higiene e a tranquilidade do edifício, não havendo, ainda, a prova de reclamação específica

contra o animal do ora agravado. 3. Desse modo, infirmar as conclusões do julgado demandaria a interpretação da convenção condominial, bem como o revolvimento do suporte fático-probatório da demanda, o que encontra vedação nos enunciados das Súmulas 5 e 7 desta Corte Superior. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 676.852/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/8/2015, DJe 11/9/2015).

Na terceira situação, a proibição pode ser considerada desarrazoada, considerando que alguns animais não apresentam nenhum risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais condôminos e freqüentadores ocasionais do ambiente (BRASIL, 2019, on-line).

O impedimento da criação de animais em partes privativas se justifica na preservação da segurança, da higiene, da saúde e do sossego. Posto isso, a restrição genérica constante na convenção condominial, sem fundamento legítimo, deve ser afastada para que se possa assegurar o direito do condômino (BRASIL, 2019, on-line).

Carlos Roberto Gonçalves afirma que “se a proibição for genérica, atingindo animais de quaisquer espécies, poderá mostrar-se exagerada na hipótese de um condômino possuir um animal de pequeno porte e inofensiva” (Sinopses jurídicas - direitos das coisas - vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 135).

Por assim dizer:

“(…) A tendência é aceitar a presente em condomínios, se não resultar em incômodo aos demais moradores, situação que se verifica se houver excesso de latidos em qualquer hora do dia ou da noite, de correria, de mau cheiro. Isto mesmo que conste na convenção a restrição à presença de animais.

“(…) Se ofendidos os direitos básicos de sossego, da segurança e da salubridade, resta a proibição, com aplicação de multa, nas previsões do artigo 1.337 e seu parágrafo único do Código Civil.” (RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio edilício e incorporação imobiliária - 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, págs. 82-83).

“(…) tudo depende de situações peculiares no caso concreto e do grau de nocividade e agressividade do animal, pois quem mora num edifício tem que se submeter às restrições impostas pelas normas razoáveis de boa vizinhança. Contudo, não se justifica a proibição pura e simples de todo e qualquer animal, porque é inata no homem a tendência de conviver com animais domésticos” (FRANCO, J. Nascimento. Condomínio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, págs. 52-53).

Nesse sentido, resta incontroverso o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo que o condomínio não pode impedir que um condômino possua um animal de estimação.

Contudo, foi determinando que cada caso seja analisado individualmente junto da justiça para uma eventual tomada de decisão, pois nenhum regulamento impede que os moradores busquem apoio judicial para rebater decisões.

Por fim, sendo um direito do indivíduo, a posse de um animal domesticável por um condômino só pode ser questionada caso haja riscos à segurança e à saúde da comunidade condominial.

2. CONDÔMINO INADIMPLENTE.

Recentemente, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se também, no sentido de que as regras do condomínio não podem ultrapassar os limites previstos em lei.

No julgamento do REsp 1.699.022, o colegiado definiu que o condomínio não pode impor sanções que não estejam expressamente previstas em lei, como por exemplo, a proibição de usar piscinas e outras áreas comuns para forçar o pagamento da dívida de morador que esteja com os aluguéis em atraso.

Vejamos:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. REGULAMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO DE USO DE ÁREA COMUM, DESTINADA AO LAZER, POR CONDÔMINO INADIMPLENTE E SEUS FAMILIARES. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÕES PECUNIÁRIAS TAXATIVAMENTE PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL. 1. No condomínio edifício, o titular da unidade autônoma, cotitular das partes comuns, exerce todos os poderes inerentes ao domínio, mas, em contrapartida, sujeita-se à regulamentação do exercício destes mesmos direitos, em razão das necessidades impostas pela convivência em coletividade 2. O Código Civil, ao estabelecer um regramento mínimo sobre o condomínio edifício (arts. 1.332 e 1.334), determinou que a convenção deverá definir, entre outras cláusulas, “as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores” (art. 1.334, IV, do CC), tendo como contraponto, para tal mister, os deveres destes. 3. Segundo a norma, é direito do condômino “usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores” (CC, art. 1.335, II). Portanto, além do direito a

usufruir e gozar de sua unidade autônoma, têm os condôminos o direito de usar e gozar das partes comuns, já que a propriedade da unidade imobiliária abrange a correspondente fração ideal de todas as partes de uso comum.⁴ É ilícita a prática de privar o condômino inadimplente do uso de áreas comuns do edifício, incorrendo em abuso de direito a disposição condominial que proíbe a utilização como medida coercitiva para obrigar o adimplemento das taxas condominiais. Em verdade, o próprio Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino e dos demais moradores. 5. O legislador, quando quis restringir ou condicionar o direito do condômino, em razão da ausência de pagamento, o fez expressamente (CC, art. 1.335). Ademais, por questão de hermenêutica jurídica, as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, não comportando exegese ampliativa. 6. O Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino inadimplente: a) ficará automaticamente sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, ao de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito (§ 1º, art. 1.336); b) o direito de participação e voto nas decisões referentes aos interesses condominiais poderá ser restringido (art. 1.335, III); c) é possível incidir a sanção do art. 1.337, caput, do CC, sendo obrigado a pagar multa em até o quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade da falta e a sua reiteração; d) poderá haver a perda do imóvel, por ser exceção expressa à impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/90, art. 3º, IV). 7. Recurso especial provido. (REsp 1699022/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 01/07/2019).

Nesta linha, o Código Civil brasileiro, no que tange às diretrizes de “socialidade” (cunho de humanização do direito e de vivência social), de “eticidade” (na busca de solução mais justa e equitativa), e de “operabilidade”, alcançando o direito em concreto, lecionou, no âmbito da função social da posse e da propriedade, a proteção da convivência coletiva na propriedade horizontal (BRASIL, 2019, on-line).

Assim, tratando-se de condomínio edilício, a legislação, atenta à realidade das coisas e consciente de que a convivência nesse meio tem muitas peculiaridades, promoveu regras específicas, de modo que limite o direito de propriedade, pois a harmonia exige um espírito cooperativo, solidário, de mútuo respeito e tolerância, que deve nortear o comportamento dos condôminos (BRASIL, 2019, on-line).

Deste modo, fixando residência em um condomínio edilício, é automática e implícita a adesão de suas normas internas, as quais todos se submetem para a manutenção da higidez das relações de vizinhança.

Nesse sentido:

O condômino que for residir em prédio de apartamento ou for utilizar-se de um conjunto de comercial sabe, perfeitamente, que terá de obedecer à convenção de condomínio e ao regulamento interno do edifício. Esses dois instrumentos determinam todas as regras para o bom funcionamento do prédio, contendo normas e proibições que possibilitem uma convivência harmônica entre os condôminos. É salutar que sejam respeitados os artigos da convenção, de forma preventiva, pois se, cada vez que houver uma transgressão aos preceitos ali estabelecidos, o condômino tiver de recorrer ao Judiciário, o convívio torna-se insuportável. Existem situações tão graves, principalmente no que tange às vagas de garagem, que os condôminos chegam às vias de fato, com agressões físicas. Morar em apartamento requer uma grande tolerância em relação aos vizinhos e importa uma limitação ao direito de propriedade. (MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao Direito de Propriedade. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 179 e 180).

O “microsistema condominial”, a convenção de condomínio, regimento interno, regulamentos, dentre outras regras internas, tem como intuito principal, definir as regras de regência para a organização e a administração do condomínio e guiar os condôminos no que tange aos seus direitos e deveres, sempre levando em conta que, “por se tratar de ato de autonomia da vontade, a convenção poderá abranger também outras estipulações, que servirão para preencher as lacunas da lei e para melhor adaptar as regras legais às necessidades peculiares do condomínio em concreto” (TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 687).

Ao ser estabelecido um regramento mínimo, o legislador determinou que a convenção de condomínio, deverá definir, dentre outras cláusulas, “as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores”, veja-se:

Art. 1.336. São deveres do condômino:

I - Contribuir para as despesas do condomínio, na proporção de suas frações ideais;

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Nesta linha, encontra-se a principal controvérsia na qual se examina: se, no âmbito da discricionariedade do condomínio ao impor sanções, pode a convenção prever que seja proibido o uso de determinadas áreas comuns pelo condômino inadimplente (BRASIL, 2019, on-line).

Pois bem, existem na doutrina, duas correntes respeitáveis acerca do tema, quais sejam: aquela que reconhece a supremacia dos interesses da maioria e os fins da propriedade horizontal, a qual defende que:

A punição pelo atraso, com juros de mora, multa e correção monetária do débito, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 4.591/64, não impede que aquela medida mais drástica seja contemplada pela convenção, porque ao condomínio não cabe custear despesas para suprimento de água, luz, elevadores etc. também aos condôminos faltosos. Ultrapassado, pois, certo limite de tolerância (um trimestre vencido, por exemplo), torna-se injusto impor ao condomínio a obrigação de financiar a quota do condômino relapso, num estímulo para que ele continue a utilizar-se normalmente de todos os serviços e instalações, para só pagar ao fim de uma demorada e onerosa cobrança judicial” (FRANCO, João Nascimento; GONDO, Niske. Condomínio em edifícios. São Paulo: RT, 1987).

De outra ponta, a segunda e majoritária corrente, afirma a impossibilidade de afastamento em razão de dívida condominial, ao direito de uso de área comum.

Nessa baila, veja-se:

A pena de suspensão do uso de áreas de lazer para o condômino inadimplente seria uma ótima providência para ele se sentir menos estimulado a inadimplir, todavia, pelo sistema legal, não cabe impor qualquer outra espécie de sanção ao condômino inadimplente além da pecuniária, que é a prevista

pela legislação pátria (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, vol. 04, São Paulo: Saraiva, 2006, p 151).

No que tange ao entendimento jurisprudencial, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, adotou posicionamento diverso em julgados distintos.

Quando da análise da possibilidade de restrição de uso do elevador do condomínio em razão de uma dívida condominial, apostou-se no seguinte entendimento:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INADIMPLENTO DE TAXAS CONDOMINIAIS. DESPROGRAMAÇÃO DOS ELEVADORES. SUSPENSÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO INDEVIDA DA SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO. 1. Ação declaratória distribuída em 22.03.2011, da qual fo extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 26.09.2013. 2. Cinge-se a controvérsia, além de apreciar a existência de omissão no acórdão recorrido, a definir se é possível impor restrição ao condômino inadimplente quanto à utilização dos elevadores e, caso verificada a ilegalidade da medida, se a restrição enseja compensação por danos morais. 3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. O inadimplemento de taxas condominiais não autoriza a suspensão, por determinação da assembleia geral de condôminos, quanto ao uso de serviços essenciais, em clara afronta ao direito de propriedade e sua função social e à dignidade da pessoa humana, em detrimento da utilização de meios expressamente previstos em lei para a cobrança da dívida condominial. 5. Não sendo o elevador um mero conforto em se tratando de edifício de diversos pavimentos, com apenas um apartamento por andar, localizando-se o apartamento da recorrente no oitavo pavimento, o equipamento passa a ter status de essencial à própria utilização da propriedade exclusiva. 6. O corte do serviço dos elevadores gerou dano moral, tanto do ponto de vista subjetivo, analisando as peculiaridades da situação concreta, em que a condição de inadimplente restou ostensivamente exposta, como haveria, também, tal dano in re ipsa, pela mera violação de um direito da personalidade. 7. Recurso especial provido. (REsp 1401815/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013).

Referido julgado, trouxe a seguinte ressalva “a priori, não haveria ilicitude na restrição à utilização de bens e serviços de caráter supérfluo, tais como piscina, sauna, salão de festas, porquanto a falta de qualidade essencial descaracterizaria a violação dos referidos preceitos fundamentais”.

Em momento posterior, o mesmo colegiado em tema semelhante julgou:

RECURSO ESPECIAL. RESTRIÇÃO IMPOSTA NA CONVENÇÃO CONDOMINIAL DE ACESSO À ÁREA COMUM DESTINADA AO LAZER DO CONDÔMINO EM MORA E DE SEUS FAMILIARES. ILICITUDE. RECONHECIMENTO. 1. DIREITO DO CONDÔMINO DE ACESSO A TODAS AS PARTES COMUNS DO EDIFÍCIO, INDEPENDENTE DE SUA DESTINAÇÃO. INERÊNCIA AO INSTITUTO DO CONDOMÍNIO. 2. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CONTRIBUIÇÃO COM AS DESPESAS CONDOMINIAIS. SANÇÕES PECUNIÁRIAS TAXATIVAMENTE PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL. 3. IDÔNEOS E EFICAZES INSTRUMENTOS LEGAIS DE COERCIBILIDADE, DE GARANTIA E DE COBRANÇA POSTOS À DISPOSIÇÃO DO CONDOMÍNIO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 4. MEDIDA RESTRITIVA QUE TEM O ÚNICO E ESPÚRIO PROPÓSITO DE EXPOR OSTENSIVAMENTE A CONDIÇÃO DE INADIMPLÊNCIA DO CONDÔMINO E DE SEUS FAMILIARES PERANTE O MEI SOCIAL EM QUE RESIDEM. DESBORDAMENTO DOS DITAMES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O direito do condômino ao uso das partes comuns, seja qual for a

destinação a elas atribuídas, não decorre da situação (circunstancial) de adimplência das despesas condominiais, mas sim do fato de que, por lei, a unidade imobiliária abrange, como parte inseparável, não apenas uma fração ideal no solo (representado pela própria unidade), bem como nas outras partes comuns que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio (§ 3º do art. 1.331 do Código Civil). Ou seja, a propriedade da unidade imobiliária abrange a correspondente fração ideal de todas as partes comuns. A sanção que obsta o condômino em mora de ter acesso a uma área comum (seja qual for a sua destinação), por si só, desnatura o próprio instituto do condomínio, limitando, indevidamente, o correlato direito de propriedade. 2. Para a específica hipótese de descumprimento do dever de contribuição pelas despesas condominiais, o Código Civil impõe ao condômino inadimplente severas sanções de ordem pecuniária, na medida de sua recalcitrância. 2.1 Sem prejuízo da sanção prevista no art. 1.336, §1º, do Código Civil, em havendo a deliberada reiteração do comportamento faltoso (o que não se confunde o simples inadimplemento involuntário de alguns débitos), instaurando-se permanente situação de inadimplência, o Código Civil estabelece a possibilidade de o condomínio, mediante deliberação de $\frac{3}{4}$ (três quartos) dos condôminos restantes, impor

ao devedor contumaz outras penalidades, também de caráter pecuniário, segundo gradação

proporcional à gravidade e à repetição dessa conduta (art. 1.337, caput e parágrafo único - multa pecuniária correspondente até o quántuplo ou até o décuplo do valor da respectiva cota condominial). 2.2 O art. 1.334, IV, do Código Civil apenas refere quais matérias devem ser tratadas na convenção condominial, entre as quais, as sanções a serem impostas aos condôminos faltosos. E nos artigos subsequentes, estabeleceu-se, para a específica hipótese de descumprimento do dever de contribuição com as despesas condominiais, a imposição das sanções pecuniárias acima delineadas. Inexiste, assim, margem discricionária para outras sanções, que não as pecuniárias nos limites da lei. 3. Além das sanções pecuniárias, a lei adjetiva civil, atenta à essencialidade

do cumprimento do dever de contribuir com as despesas condominiais, estabelece a favor do condomínio efetivas condições de obter a satisfação de seu crédito, inclusive por meio de procedimento que privilegia a celeridade. 3.1 A Lei n. 8.009/90 confere ao condomínio uma importante garantia à satisfação dos débitos condominiais: a própria unidade condominial pode ser objeto de constrição judicial, não sendo dado ao condômino devedor deduzir, como matéria de defesa, a impenhorabilidade do bem como sendo de família. E, em reconhecimento à premência da satisfação do crédito relativo às despesas condominiais, o Código de Processo Civil de 1973, estabelecia o rito mais célere, o sumário, para a respectiva ação de cobrança. Na sistemática do novo Código de Processo Civil, aliás, as cotas condominiais passaram a ter natureza de título executivo extrajudicial (art. 784, VIII), a viabilizar, por conseguinte, o manejo de ação executiva, tornando a satisfação do débito, por meio da incursão no patrimônio do devedor (possivelmente sobre a própria unidade imobiliária) ainda mais célere. Portanto, diante de todos esses instrumentos (de coercibilidade, de garantia e de cobrança) postos pelo ordenamento jurídico, inexistente razão legítima para que o condomínio dele se aparte. 4. A vedação de acesso e de utilização de qualquer área comum pelo condômino e de seus familiares, independentemente de sua destinação (se de uso essencial, recreativo, social, lazer, etc), com o único e ilegítimo propósito de expor ostensivamente a condição de inadimplência perante o meio social em que residem, desborda dos ditames do princípio da dignidade humana. 5. Recurso especial improvido. (REsp 1564030/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016).

Recentemente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou essa matéria em sede de agravo interno, utilizando a vedação da Súmula n° 07/STJ, conforme segue:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. DECISÃO SINGULAR. SÚMULA N. 281/STF. REGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. TESE DO RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA REEXAME DE CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N° 7/STJ. CONDÔMINO INADIMPLENTE. VEDAÇÃO DE ACESSO/USO DE ÁREAS COMUNS. IMPOSSIBILIDADE. ABUSIVIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS COERCITIVOS. PRECEDENTE. 1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada. 2. É incabível o recurso especial quando a parte não houver interposto todos os recursos cabíveis na instância ordinária, como ensina o enunciado n. 281 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 3. A tese defendida no recurso demanda reexame do contexto fático e probatório dos autos, vedado pela Súmula n° 7/STJ. 4. “A vedação de acesso e de utilização de qualquer área comum pelo condômino e de seus familiares, independentemente de sua destinação (se de uso essencial, recreativo, social, lazer, etc), com o único e ilegítimo propósito de expor ostensivamente a condição de inadimplência perante o meio social em que residem, desborda dos ditames do princípio da dignidade humana” (REsp 1564030/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 19/8/2016). 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no AREsp 1220353/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019).

Depois de tantos julgados sobre o tema, a corte decidiu pela relevância da questão, motivo pelo qual, a jurisprudência foi uniformizada e solucionada.

No condomínio edilício, o titular de sua unidade autônoma, cotitular das áreas comuns, exerce todos os poderes inerentes ao domínio, contudo, sujeitando-se à regulamentação de exercício dos seus direitos, em razão das necessidades impostas pela convivência coletiva (BRASIL, 2019, on-line).

Valoriza-se, assim, o princípio da eticidade, definido por Flávio Tartuce:

O tipo de Ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência (TARTUCE, Flávio. Direito civil. Lei de introdução e parte geral. v. 1. São Paulo: Método, 2015, p. 80).

Nesse ínterim, observa-se que, dentre todos os deveres dos condôminos, a divisão das despesas condominiais é o de maior relevância, em razão da relação direta com a viabilidade da existência do próprio condomínio (BRASIL, 2019, on-line).

Acontece que, no regime de condomínio, conforme bem explicado pelo ilustre Min. Ricardo Villas Boas Cueva:

Não obstante a propriedade exclusiva sobre cada unidade, é inerente à sua natureza a existência de um centro de interesses comuns, gerador de um fim utilitário pertencente ao conjunto, distinto do individual e que a este se sobrepõe” (REsp 1.185.061/SP, Terceira Turma, julgado em 16/09/2014, DJe 30/09/2014).

O artigo 1.336, caput, e seus incisos, do Código Civil, demonstram exemplificativamente os deveres dos condôminos, podendo a convenção, o estatuto ou o regimento interno do respectivo condomínio, assinalar outras condutas que considerem permitidas e proibidas, positivas e/ou negativas, a fim de promover uma boa convivência entre os moradores (BRASIL, 2019, on-line).

Contudo, apesar da autonomia existente na confecção das regras condominiais, seus dispositivos não podem afrontar “norma cogente nem os princípios da função social do contrato e da propriedade, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 1.268).

Literalmente, a autonomia existente na assembléia geral, quando tipifica as sanções condominiais das condutas contrárias ao direito, deve incidir imediatamente nos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que também deve ser inserida nas relações de condomínio, a fim de assegurar a moradia, a propriedade, à função social, o lazer, o sossego, a harmonia, entre outros direitos (BRASIL, 2019, on-line).

Nesse sentido, extrai-se da doutrina: Ingo Wolfgang Sarlet pondera:

A doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado. Há que acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade quando destaca os dois aspectos principais e concorrentes da

problemática, quais sejam: a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada; bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 378).

Nessa mesma linha, inclusive, já decidiu o STJ:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA CONVENCIONAL. ATO ANTISSOCIAL (ART. 1.337, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). FALTA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONDÔMINO PUNIDO. DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PENALIDADE ANULADA. 1. O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial, verbis: “O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia”. 2. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na

esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais. Precedentes do STF. 3. Também foi a conclusão tirada das Jornadas de Direito Civil do CJF: En. 92: Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo. 4. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de de-

monstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1365279/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 29/09/2015).

Lado outro, observa-se que a natureza jurídica do condomínio edilício caracteriza-se pela combinação entre a propriedade individual e a copropriedade sobre as áreas comuns, perfazendo uma unidade indissolúvel e orgânica (BRASIL, 2019, on-line).

Assim sendo, o Código Civil assinalou, de modo cogente, que o condômino tem direito de “usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores” (inciso II do art. 1335) (BRASIL, 2019, on-line).

Deste modo, além de usufruir e gozar de sua unidade individual, os condôminos possuem o direito de usar e gozar das partes de uso coletivo, desde que não se embarace ou exclua a utilização dos demais, incidindo:

A regra que visa a permitir a adequada utilização dos locais em que o domínio incide em comunhão, de um modo tal que ela seja possível para todos os condôminos e possuidores. Há igualdade qualitativa de direitos entre os condôminos no que concerne aos atributos dominiais sobre essas áreas, assim como ocorre no condomínio voluntário” (FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das coisas. Vol. 15. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 248).

Nesta linha de raciocínio, parece ser ilícita a conduta que priva o condômino inadimplente do uso de áreas comuns do condomínio, demonstrando um abuso de direito a disposição condominial, a qual regula a proibição da utilização como uma medida coercitiva com o fim de obrigar o adimplemento das taxas condominiais (BRASIL, 2019, on-line).

Ora, pois, o próprio Código Civil regrou os meios legais para que se possa coibir referida conduta, sem que haja constrangimento à dignidade do condômino e dos demais dos moradores (BRASIL, 2019, on-line).

A propriedade condominial adquirida abrange uma fração ideal de todas as partes de uso comum. Conforme bem assinalado pelo Ministro Edson Fachin,

“os direitos de cada condômino referentes às áreas comuns são inseparáveis da sua propriedade exclusiva. Ou seja: o titular de unidades autônomas será, necessariamente, titular de direitos sobre as áreas comuns” (op. cit., p. 266).

Ademais, o condômino inadimplente automaticamente fica sujeito aos “juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito” (BRASIL, 2002).

Ainda, o direito de o devedor participar e votar nas decisões que se referem aos interesses condominiais poderá ser restringido caso o condômino esteja inadimplente (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, o Código Civil previu o direito subjetivo do condômino quando restringiu alguns direitos por conta da ausência de pagamento:

Art. 1.335. São direitos do condômino:

I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;

II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;

III - votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite. E como é sabido, por uma questão de hermenêutica jurídica, as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, não comportando exegese ampliativa.

Ainda, no que tange ao condômino inadimplente, é possível a incidência da sanção prevista no art. 1.337, caput, do Código Civil, o qual fica obrigado a pagar multa de até o quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade da falta e a sua reiteração, não bastando o simples inadimplemento involuntário de alguns débitos (BRASIL, 2019, on-line).

Sobre o assunto, veja-se:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CONDOMINIAL. DEVEDOR DE COTAS CONDOMINIAIS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS. CONDÔMINO NOCIVO OU ANTISSOCIAL. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NOS ARTS. 1336, § 1º, E 1.337, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CONDUTA REITERADA E CONTUMAZ QUANTO AO INADIMPLEMENTO DOS DÉBITOS CONDOMINIAIS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. De acordo com o art.

1.336, § 1º, do Código Civil, o condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados

ou, não sendo previstos, os de 1% (um por cento) ao mês e multa de até 2% (dois por cento) sobre o débito. 2. O condômino que deixar de adimplir reiteradamente a importância

devida a título de cotas condominiais poderá, desde que aprovada a sanção em assembléia por deliberação de 3/4 (três quartos) dos condôminos, ser obrigado a pagar multa em até o quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade da falta e a sua reiteração.

3. A aplicação da sanção com base no art. 1.337, caput, do Código Civil exige que o condômino seja devedor reiterado e contumaz em relação ao pagamento dos débitos condominiais, não bastando o simples inadimplemento involuntário de alguns débitos. 4. A multa prevista no § 1º do art. 1.336 do CC/2002 detém natureza jurídica moratória, enquanto a penalidade pecuniária regulada pelo art. 1.337 tem caráter sancionatório, uma vez que, se for o caso, o condomínio pode exigir inclusive a apuração das perdas e danos. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1247020/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 11/11/2015)

Cumpra salientar que o inadimplemento das taxas condominiais vem sendo desestimulada por conta da possibilidade de perda do imóvel, por ser exceção expressa à impenhorabilidade do bem de família (BRASIL, 1990).

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA. TAXAS CONDOMINIAIS. BENS MÓVEIS GUARNECEDORES DA CASA. JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível a penhora de bem de família quando a dívida é oriunda de cobrança de taxas e despesas condominiais. 2. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que reconheceu a impenhorabilidade do bem, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, pela Súmula nº 7 desta Corte. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.196.942/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe de 21/11/2013).

Nesse mesmo sentido, colhe-se da doutrina:

As sanções ao condômino inadimplente à obrigação de pagar a contribuição condominial são as previstas em lei, de natureza estritamente pecuniária. Fere os direitos fundamentais dos condôminos a aplicação de sanções diversas, ainda que previstas na convenção, especialmente aquelas que vedam a utilização de áreas e equipamentos comuns, como elevadores, piscina e sauna. (LOUREIRO, op.cit., p. 1276)

[...] os direitos de cada condômino referentes às áreas comuns são inseparáveis da sua propriedade exclusiva. Ou seja: o titular de unidades autônomas será, necessariamente, titular de direitos sobre as áreas comuns. Adquirindo-se uma unidade autônoma, adquire-se, sempre, a fração ideal a ela correspondente e todos os direitos que daí decorrem. Não é possível, portanto, que haja titular de unidade autônoma que não tenha direito à utilização de elevadores, hall de entrada, salão de festas etc. Tampouco se cogita de titular de unidade autônoma que não participe da comunhão de domínio sobre as áreas comuns, pelo que as frações ideais são inseparáveis das unidades autônomas. (FACHIN, Edson Luiz. op. cit. p. 266).

[...] Diante disso, surge a necessidade de mecanismos adequados para evitar a mora dos condôminos. A par da inquestionável legalidade da imposição de multas, discute-se sobre a possibilidade de restringir os direitos dos condôminos, citando-se, como exemplos, a privação do uso das coisas comuns, o corte da água e luz, etc. [...] Temos para nós, porém, que tais restrições entram em conflito aberto com o sistema legal e, por isso, não podem ser admitidas, de lege lata. Com efeito, clara é a lei civil ao dispor sobre o direito de o condômino 'usar as partes e coisas comuns'; e as punições por infrações à convenção estão expressamente previstas no Código. De outro lado, o atraso no pagamento da quota-parte é expressamente punido com multa, na forma da lei vigente, não se admitindo interpretação extensiva, por se tratar de norma restritiva de direitos (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*). [...] No mais, porém, mantemos opinião anteriormente manifestada: a impontualidade no cumprimento das obrigações não pode privar o condômino dos direitos consagrados no Código, mas apenas sujeitá-los às sanções dos arts. 1.336, §§ 1º e 2º, e 1.337 desse diploma (Lopes, João Batista. Condomínio. 10ª Edição. 2008. Editora Revista dos Tribunais. p. 97-98).

Por todo o exposto, resta clara a unanimidade no que tange ao entendimento de que se considera inválida a regra do regulamento interno de um condomínio que impede o uso das áreas comuns em razão do não pagamento das taxas condominiais, existindo no próprio Código Civil, sanções para a cobrança de dívidas, sem que haja qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino e demais moradores.

3. MUDANÇA NA FACHADA.

A fachada está estritamente relacionada com a harmonia do conjunto arquitetônico da construção, não importando que a variação realizada afete o preço do imóvel ou que possa ser vista do térreo ou com facilidade. O que a Lei protege é a coerência dada ao condomínio.

Assim, deve ser observado tanto pelo morador como pelo síndico que para alterar a fachada é preciso atender a legislação pertinente.

A Lei 4.591/64, em seu artigo 10, inciso I, deixa claro que “é defeso a qualquer condômino alterar a forma externa da fachada”, de forma que esta redação foi replicada em sua íntegra pelo artigo 1.336, inciso III, do Código Civil, abaixo transcrito:

Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

(...)

Art. 1.336. São deveres do condômino:

(...)

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

Dessa interpretação literal da lei, observa-se que o legislador trouxe regras bem objetivas e claras a respeito de alterações na fachada de condomínios edilícios, os quais devem ser observados por todos os condôminos, sem distinção (BRASIL, 2015, on-line).

Assim, caso um condômino altere a sua fachada sem autorização unânime dos condôminos, o síndico deve, de início, advertir formalmente o morador, estipulando um prazo razoável para que a alteração seja desfeita. Havendo descumprimento, haverá a aplicação de multa e persistindo, o síndico deve contratar advogado para ingressar com ação contra o condômino para desfazimento de obra que alterou a fachada do condomínio (SILVA, 2015, on-line).

Todavia, existente a ressalva da possibilidade de modificação, caso seja autorizada pela unanimidade dos condôminos, conforme infere-se pelo 2º do art. 10 da Lei nº 4.591/1964:

Art. 10. É defeso a qualquer condômino:

(...)

§ 2º O proprietário ou titular de direito à aquisição de unidade poderá fazer obra que (VETADO) ou modifique sua fachada, se obtiver a aquiescência da unanimidade dos condôminos»

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONDOMÍNIO EDILÍCIO. ALTERAÇÃO DE FACHADA. ESQUADRIAS EXTERNAS. COR DIVERSA DA ORIGINAL. ART. 1.336, III, DO CÓDIGO CIVIL. ART. 10 DA LEI Nº 4.591/1964. VIOLAÇÃO CARACTERIZADA. ANUÊNCIA DA INTEGRALIDADE DOS CONDÔMINOS. REQUISITO NÃO CUMPRIDO. DESFAZIMENTO DA OBRA. 1. Cuida-se de ação ajuizada contra condômino para desfazimento de obra que alterou a fachada de edifício residencial, modificando as cores originais das esquadrias (de preto para branco). 2. A instância ordinária admitiu a modificação da fachada pelo fato de ser pouco perceptível a partir da vista da rua e por não acarretar prejuízo direto no valor dos demais imóveis do condomínio. 3. Os arts. 1.336, III, do Código Civil e 10 da Lei nº 4.591/1964 traçam critérios objetivos bastante claros a respeito de alterações na fachada de condomínios edilícios, os quais devem ser observados por todos os condôminos indistintamente. 4. É possível a modificação de fachada desde que autorizada pela unanimidade dos condôminos (art. 10, § 2º, da Lei nº 4.591/1964). Requisito não cumprido na hipótese. 5. Fachada não é somente aquilo que pode ser visualizado do térreo, mas compreende todas as faces de um imóvel: frontal ou principal (voltada para rua), laterais e posterior. 6. Admitir que apenas as alterações visíveis do térreo possam caracterizar alteração da fachada, passível de desfazimento, poderia firmar o entendimento de que, em arranha-céus, os moradores dos andares superiores, quase que invisíveis da rua, não estariam sujeitos ao regramento em análise. 7. A mudança na cor original das esquadrias externas, fora do padrão arquitetônico do edifício e não autorizada pela unanimidade dos condôminos, caracteriza alteração de fachada, passível de desfazimento, por ofensa aos arts. 1.336, III, do Código Civil e 10 da Lei nº 4.591/1964. 8. Recurso especial provido. (REsp 1483733/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 01/09/2015).

Nessa mesma linha, colhe-se da doutrina:

Será exigido o consentimento e a aprovação unânime dos condôminos sobre deliberação das matérias ou assuntos, a saber: alteração das partes comuns e aquelas que digam respeito à harmonia e estética do edifício, assim como suas partes divisórias (JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.058).

Não pode o condômino alterar a fachada de edifício, a menos que conte com a aprovação dos demais, por se tratar de um bem comum a todos os coproprietários, não sendo o uso da coisa, máxime em tema de propriedade condominial, irrestrito, quer por força de lei, quer em razão do contido na convenção (JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.058).

Da mesma forma, Sílvio de Salvo Venosa, ensina:

O art. 10 da lei anterior e o art. 1.336, II, proíbem o condômino de alterar a forma externa da fachada. Isso inclui pintura de cor diferente do padrão do edifício, diferentes luminárias, inclusão de cartazes, caixilhos diferentes dos aprovados etc (VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 1.344).

Pois bem, é consolidado o entendimento de que condômino ou condomínio não podem alterar a fachada sem a aquiescência da unanimidade dos condôminos.

Pela interpretação trazida pelo Superior Tribunal de Justiça, se eventualmente houver a alteração de fachada do condomínio sem a autorização unânime dos condôminos, o síndico deve, no caso de alteração realizada pelo condômino, advertir formalmente o morador, ou, sendo realizada pelo síndico, qualquer dos moradores poderá notificá-lo extrajudicialmente (LIMA, José Erigutemberg Meneses, 2017, on-line).

4. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO.

O ponto principal da questão, diz respeito à validade ou não da cobrança das “taxas”, contribuições conservação ou de manutenção por associação de moradores ou por administradora de loteamento de proprietário de imóvel que não seja associado ou não tenha aderido ao ato que instituiu o encargo.

Neste sentido, insta salientar a ementa do julgado, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, ainda no ano de 2006, o qual foi responsável pela unicidade de reiteração deste entendimento:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXAS DE MANUTENÇÃO DO LOTEAMENTO. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. - As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo” (EREsp 444.931/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/10/2005, DJ 1º/2/2006).

A título de exemplo, mencionam-se os julgados exarados em casos análogos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO LOCAL QUE APLICA AO CASO A JURISPRUDÊNCIA TRANQUILA E ATUAL DESTA CORTE.

NECESSIDADE DE REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DO ACERVO FÁTICO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Esta Corte tem entendimento tranquilo no sentido de que não se pode impor a não associado as taxas de manutenção criadas por associação de proprietários de imóveis. Precedentes. 2. Aferir se o proprietário de um determinado imóvel ostenta ou não a qualidade de associado demandaria o reexame de cláusulas contratuais e do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pelas Súmulas nº 5 e 7 deste Tribunal Superior. 3. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1.479.017/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 6/11/2014).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES OU ADMINISTRADORA DE LOTEAMENTO. TAXAS

DE MANUTENÇÃO OU DE QUALQUER OUTRA ESPÉCIE. INVIABILIDADE DE COBRANÇA A PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL NÃO ASSOCIADO. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 1. É inviável a cobrança de taxas de manutenção ou de qualquer outra espécie por associação de moradores ou administradora de loteamento a proprietário de imóvel que não seja associado nem tenha aderido ao ato que fixou o encargo. Precedentes do STJ. 2. Assentado nas instâncias ordinárias tratar-se de imposição do rateio de despesas a terceiro - proprietário ou morador - não vinculado à administração do loteamento e que não tenha anuído à cobrança, não é razoável a remessa dos autos ao Tribunal a quo para nova análise do acervo probatório, tampouco oportuno aferir o acerto ou desacerto de tais conclusões, por envolver a interpretação de cláusula contratual e o reexame de prova, medidas vedadas pelas Súmulas n. 5 e 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1.184.563/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/2/2014, DJe

7/3/2014).

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO. PAGAMENTO IMPOSTO A PROPRIETÁRIO NÃO-ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. 1.Os proprietários de imóveis que não integram ou não aderiram a associação de moradores não estão obrigados ao pagamento compulsório de taxas condominiais ou de outras contribuições. 2.Agravo não provido” (AgRg no AREsp 422.068/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/2/2014, DJe 10/3/2014).

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE TAXAS DE ASSOCIAÇÃO. RECORRENTES QUE ADERIRÃO FORMALMENTE À ASSOCIAÇÃO. ALTERAÇÃO DO CONCLUÍDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- Não tendo a parte apresentado argumentos novos capazes de alterar o julgamento anterior, deve-se manter a decisão recorrida. 2.- As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo. 3.- No caso dos autos, restou comprovado, no Acórdão recorrido, que os Recorrentes aderiram formalmente à associação. Dessa forma, não há como se adotar o entendimento supra e para alterar a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem, seria necessário o exame das provas dos autos, o que é inviável em

sede de Recurso Especial, a teor da Súmula 7 desta Corte. 4.- Agravo Regimental improvido” (AgRg nos EDcl no REsp 1.394.390/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 5/2/2014).

Ainda:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONTRIBUIÇÃO DE COTA-PARTE. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, ‘as taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo’ (EREsp n.º 444.931/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, DJU de 01.02.2006). 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no Ag 1.339.489/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/3/2012, REPDJe 3/4/2012, REPDJe 02/04/2012, DJe 28/3/2012).

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE COBRANÇA - ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - PAGAMENTO DE TAXA DE MANUTENÇÃO - NÃO ASSOCIADO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL RECONHECENDO A ILEGITIMIDADE PASSIVA. IRRESIGNAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO. 1. A existência de associação congregando moradores com o objetivo de defesa e preservação de interesses comuns em área habitacional não possui o caráter de condomínio, pelo que, não é possível exigir de quem não seja associado o pagamento de taxas de manutenção ou melhoria. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1.171.486/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/9/2012, DJe 2/10/2012).

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO. COBRANÇA DE PESSOA NÃO ASSOCIADA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA N. 126/STJ. INAPLICABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. ‘As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo’ (EREsp n. 444.931/SP, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, Relator para Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 1º/2/2006). 2. Evidente a divergência entre o acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte, o recurso especial interposto com fundamento na alínea ‘c’ do permissivo constitucional deve ser provido. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp 1.096.413/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 6/12/2012, DJe 13/12/2012).

Assim sendo, considerando os precedentes sobre o tema, é possível concluir que a associação não pode amoldar-se em um condomínio nos termos da Lei nº 4.591/1964 (BRASIL, 2015, on-line).

Isso porque para que seja possível encaixar-se na legislação condominial, se faz necessário, entre os demais requisitos, que a aquisição de fração ideal do terreno esteja atrelada à atividade de incorporação imobiliária (BRASIL, 2015, on-line).

Lado outro, os loteamentos fechados estão mais próximos do que está disciplinado pela Lei nº 6.766/1979, a qual dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e mesmo apresentando iguais requisitos urbanísticos que se exige para a implantação de um loteamento convencional, possuem suas próprias características, o que os diferencia, ainda mais pelo fato de o acesso às vias e aos logradouros nos loteamentos fechados serem restritos ao trânsito de visitantes e moradores (BRASIL, 2015, on-line).

Deste modo, carecem de uma legislação específica os chamados loteamentos fechados, também conhecidos como “condomínio de fato”, e a falta de uma previsão legal cria algumas barreiras, incluindo a problemática referente à divisão de despesas em comum (BRASIL, 2015, on-line).

Nesse sentido, para o pagamento das despesas, a fim de disponibilizar e manter os serviços que beneficiam áreas comuns no âmbito dos loteamentos fechados, são criadas as associações de moradores (BRASIL, 2015, on-line).

Contudo, conforme já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, em virtude da natureza jurídica da associação civil, é inviável a exigência de pagamento compulsório de contribuição de morador não associado à entidade pois atenta contra a liberdade de associação prevista na própria Constituição Federal (BRASIL, 2015, on-line).

Lado outro, em consideração a lacuna normativa específica no que tange aos loteamentos fechados e a abrangência e relevância do assunto, tratando-se de um fenômeno existente em diversos lugares do Brasil, trazido pela evolução das relações sociais que diversas vezes vem associada à ineficiência do poder público em implementar serviços básicos, como por exemplo, segurança, conservação de vias, abastecimento de água, e outros, torna-se possível extrair dos julgados que orientaram a formação da atual jurisprudência do Tribunal Superior posição moderada sobre o tema (BRASIL, 2015, on-line).

Nessa acepção, o critério que se utiliza para determinar se o proprietário de imóvel integrante de loteamento fechado deve, de forma obrigatória, responder pelas despesas coletivas, quando da aquisição em relação à constituição da associação de moradores (BRASIL, 2015, on-line).

Sendo assim, se a associação de moradores foi constituída posteriormente à aquisição do imóvel por parte de morador que não deseja fazer parte da associação, estará ele livre das contribuições para o custeio dos valores. Todavia se a associação foi constituída antes da aquisição, o morador deve responder pelas despesas (BRASIL, 2015, on-line).

Referida circunstância pode ser observada pela declaração de voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento do REsp nº 444.932/SP, DJ 07/04/2003, da relatoria do Ministro Ari Pargendler:

Senhor Presidente, acompanho o eminente Ministro Ari Pargendler, o qual foi muito preciso, como de hábito, ao indicar que, no caso, não tem fundamento a cobrança, porque a parte recorrente adquiriu o seu lote em loteamento aberto sem a existência de qualquer associação; nessa medida, de acordo com precedente desta própria Terceira Turma, não é possível impor-se-lhe a cobrança de taxa à guisa de condomínio.

Nessa mesma linha:

LOTEAMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE TAXA CONDOMINIAL. PRECEDENTES DA CORTE. 1. Nada impede que os moradores de determinado loteamento constituam condomínio, mas deve ser obedecido o que dispõe o art. 8º da Lei nº 4.591/64. No caso, isso não ocorreu, sendo a autora sociedade civil e os estatutos sociais obrigando apenas aqueles que o subscreverem ou forem posteriormente admitidos. 2. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 623.274/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 18/06/2007).

Isso se explica porque não se pode considerar de boa-fé o comportamento daquele que, podendo optar por outro ambiente, adquire um imóvel em loteamento fechado e se recusa a contribuir com o pagamento das despesas para custeio dos serviços prestados àquela coletividade, mas que o beneficia de forma direta (BRASIL, 2015, on-line).

Ademais, conforme os princípios da proporcionalidade e sociabilidade torna-se razoável que o proprietário de imóvel em loteamento fechado, que possui associação de moradores já constituída e com plena ciência das despesas corres-

pondentes aos serviços prestados à coletividade participe da divisão mensal para manutenção do condomínio em geral (BRASIL, 2015, on-line).

Nessa situação, o conhecimento anterior sobre os serviços organizados e pagos pelos moradores, permite dizer que existe uma aceitação tácita de quem adquire o imóvel em loteamento fechado. Ou seja, o gozo dos serviços pelo proprietário resulta na aceitação tácita da oferta, o que demonstra uma verdadeira adesão à vontade do grupo preestabelecido (BRASIL, 2015, on-line).

Por consequência da aceitação, o adquirente do imóvel em loteamento fechado torna-se parte de uma estrutura orgânica anteriormente constituída que impõe ao seu grupo um comportamento fundado na ética e no princípio da solidariedade, os quais são ligados com a concepção social da propriedade e com a natureza da relação estabelecida com o coletivo (BRASIL, 2015, on-line).

Nessa concepção, o princípio da solidariedade, afirma que o interesse individual seja sobrepujado pelo interesse geral.

Ademais, importa ressaltar a existência de princípio geral de direito que proíbe o enriquecimento sem causa, o qual, inevitavelmente ocorrerá caso o adquirente beneficiado de um imóvel pelos serviços que sabidamente são prestados pela associação, com a valorização de seu imóvel, e devidamente pagos pelos outros moradores, nada pagar por eles (BRASIL, 2015, on-line).

Essa proibição está prevista nos artigos 884 a 886 do Código Civil e encontra amparo no art. 3º, I, da Constituição Federal, como importante fator na construção de uma sociedade livre, mais justa e solidária, que impõe a todos o dever jurídico de probidade e o respeito coletivo que visa beneficiar e aprimorar o convívio em sociedade (BRASIL, 2015, on-line).

O enriquecimento sem causa, atribuído pelo resultado econômico das obras e serviços com o desfalque alheio sem justificação, é ato-fato jurídico possível a gerar a responsabilização pelo pagamento de divisão das despesas (BRASIL, 2015, on-line).

Nesse sentido, ensina Pontes de Miranda:

O fundamento das relações jurídicas pessoais por enriquecimento injustificado está em exigência de justiça cumulativa, que impõe a restituição daquilo que se recebeu de outrem, sem origem jurídica. Também esse é o fundamento da obrigação de indenizar gastos que se fizeram, voluntariamente, no

interesse de outrem. (MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, Ed. Bookseller, 1ª ed, 2003, Tomo XXVI, págs. 151-152).

Em resumo, a tácita aceitação dos serviços prestados ao coletivo e a proibição do enriquecimento sem causa são os fundamentos que guiam a afirmação de que as taxas, contribuições de manutenção ou de conservação podem ser cobradas do proprietário de imóvel adquirido em loteamento fechado após a constituição da associação (BRASIL, 2015, on-line).

Ressalta-se que a matéria já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 340.561/RJ, DJ 1º/02/2005, por meio do qual o Ministro Sepúlveda Pertence relatou que, “mesmo havendo uma associação de moradores em lugar de um condomínio, não seria admissível o enriquecimento ilícito de alguns em detrimento do grupo”.

Lado outro, em mais recente precedente, afirma o Ministro Marco Aurélio:

ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - MENSALIDADE - AUSÊNCIA DE ADESÃO. Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei nº 4.591/64, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade - artigo 5º, incisos II e XX, da Constituição Federal (RE nº 432.106/RJ, PRIMEIRA TURMA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Dje 4/11/2011).

Logo após, no julgamento do AI nº 745.831/SP, convertido no RE nº 695.911/SP, a Corte Suprema reconheceu a repercussão geral da questão, como se observa pela ementa do referido acórdão:

“DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA DE TAXAS DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE ÁREA DE LOTEAMENTO. DISCUSSÃO ACERCA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DE INTERESSE DE MILHARES DE PESSOAS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL” (AI 745.831/SP, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Dje 28/11/2011).

Em suas alegações no extraordinário supracitado, o Subprocurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, opinou pelo não provimento do recurso, nos seguintes termos:

Os direitos ora sob exame, embora aparentemente em conflito, regulam, na verdade, searas paralelas do direito, uma vez que não são excludentes ou condicionantes um do outro. A obrigatoriedade do rateio das despesas decorre do dever de probidade a todos imposta, não constituindo consequência do vínculo associativo. Como se pode notar, o exercício da liberdade de associação é independente das obrigações decorrentes das limitações do direito de propriedade, cujo uso é condicionado ao interesse coletivo e à proibição de locupletamento ilícito. Não há, no caso, qualquer colisão entre interesses ou direitos que justifique a aplicação da técnica da ponderação. Se de um lado há o interesse comum dos moradores de implementarem infraestrutura e serviços que venham a beneficiar todos, embora não se configure um condomínio nos termos estritos da lei e não seja ninguém obrigado a se associar, de outro não é razoável que prevaleça interesse particular daquele que se recusa a partilhar das despesas, se locupletando do esforço alheio. Os princípios da equidade e da eticidade são universais e se irradiam por todo o ordenamento jurídico, tendo sido adotado em caráter absoluto pelo Código Civil de 2002, sua finalidade é fazer com que as pessoas, em seus relacionamentos, valorizem ao máximo, o culto do aperfeiçoamento de sua convivência social. Um dos consectários da eticidade é o princípio da vedação de enriquecimento sem causa, previstos nos arts. 884 a 886 do Código Civil/02, que condena o incremento patrimonial sem fundamento em título idôneo a justificá-lo. A negativa de alguns moradores de custearem as despesas que impõe a todos um dever jurídico de respeito coletivo, que visa beneficiar a sociedade como um todo.

Diante de todo o exposto, foi fixada a seguinte tese para efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil:

As ‘taxas’, contribuições de manutenção ou de conservação criadas por associação de moradores ou administradora de loteamento só podem ser impostas a proprietário de imóvel adquirido após a constituição da associação ou que a ela tenha se associado ou aderido ao ato que instituiu o encargo.

Destaca-se deste modo, que a associação de moradores é mera associação civil e, assim sendo, deve respeitar as garantias e os direitos individuais, aplicando-se, nesse sentido, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ou seja, as taxas com manutenção criadas por uma associação de moradores não podem

ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo, em observância ao princípio da liberdade de associação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pois bem, da análise dos tópicos trabalhados, conclui-se que, a convivência entre condôminos nem sempre é fácil. Apesar de algumas regras condominiais estarem definidas na própria convenção, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem dado a palavra final em questões corriqueiras como as citadas no presente trabalho.

Da detida análise das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem-se que, acerca do tema “animais em casa”, restou definido que as convenções condominiais não podem proibir seus moradores de criar animais em apartamentos. Contudo, existe a ressalva caso o animal representar risco à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores do condomínio. Neste sentido, havendo restrições genéricas ao direito do condômino, sem fundamento legítimo, referida regra deve ser afastada, assegurando-se a proteção dos interesses do condômino.

Acerca do uso de partes comuns pelo condômino inadimplente, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido de que, o condomínio não pode impor sanções não previstas em lei para constranger o devedor ao pagamento do débito, considerando inválidas as regras internas que seguem esta linha, destacando que o Código Civil dispõe expressamente que é direito do condômino “usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores” (inciso II do artigo 1.335).

No que tange a mudança de fachada pelo condômino, observa-se que o legislador trouxe critérios claros e objetivos a serem observados, ressaltando que a única hipótese de modificação, somente poderá acontecer quando autorizada pela unanimidade dos condôminos (artigo 10, parágrafo 2º, da Lei 4.591/1964). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pondera que, se cada proprietário promovesse a personalização de sua unidade, com cores de esquadrias que entendessem melhores ao seu gosto pessoal, haveria uma quebra arquitetônica drástica, com a conseqüente desvalorização do condomínio como um todo.

Quanto a liberdade de associação, conclui-se que, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), consignou que as obrigações que decorrem da associação, ou da não associação, são direitos previstos na própria Constituição Federal. Ademais, quanto à cobrança de taxas condominiais por condômino não associado, afirma que referida obrigação se submete à manifestação de vontade ou à previsão legislativa, ressalta que inexistindo uma legislação que regulamente a matéria, prevalece o exercício da autonomia da vontade do proprietário ou do comprador de boa-fé, em respeito à garantia constitucional da liberdade de associação e da legalidade.

Por fim, importante ressaltar que as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não têm efeito vinculante. Contudo, são precedentes para julgamento de pedidos semelhantes. Ademais, verifica-se que os posicionamentos adotados pelo Tribunal Superior têm sido devidamente utilizados pelos condomínios, a fim de evitar a judicialização de situações parecidas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMORIM, José Roberto Neves; CASCONI, Francisco Antonio. Condomínio edilício: aspectos relevantes. São Paulo: Método, 2005.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 432.106/RJ, PRIMEIRA TURMA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Dje 4/11/2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_432106_RJ_1321584002355.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1616520690&Signature=vCU44%2Byx-FsMeu%2FDi1fTQPAPgT%2F8%3D>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 745.831/SP, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Dje 28/11/2011. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/316648976/STJ-RESP-1280871-SP-Marc-15-Cobrancas-Associacao-de-Moradores-Rec-Repetitivo>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.479.017/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 6/11/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015> Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 623.274/RJ, Rel. Ministro CARLOS

ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 18/06/2007. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.184.563/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/2/2014, DJe 7/3/2014. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015> Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 422.068/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/2/2014, DJe 10/3/2014. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015> Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1.394.390/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 5/2/2014. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015> Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1699022/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 01/07/2019. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701868233&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 1220353/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701868233&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1483733/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 01/09/2015. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600359144&dt_publicacao=10/10/2016> Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1365279/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 29/09/2015. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701868233&dt_publicacao=01/07/2019>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1401815/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013.

Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701868233&dt_publicacao=01/07/2019>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1564030/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701868233&dt_publicacao=01/07/2019>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.096.413/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 6/12/2012, DJe 13/12/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1.339.489/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/3/2012, REPDJe 3/4/2012, REPDJe 02/04/2012, DJe 28/3/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.171.486/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/9/2012, DJe 2/10/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1247020/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 11/11/2015. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701868233&dt_publicacao=01/07/2019>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.783.076/DF, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 14/5/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602673619&dt_publicacao=08/05/2020> Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1631586/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2020, DJe 08/05/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602673619&dt_publicacao=08/05/2020>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 676.852/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/8/2015, DJe 11/9/2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EREsp 444.931/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/10/2005, DJ 1º/2/2006. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101896590&dt_publicacao=22/05/2015>. Acesso em: 22 mar. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, vol. 04, São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das coisas. Vol. 15. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Edson Luiz. op. cit. p. 266.

FRANCO, João Nascimento; GONDO, Nisske. Condomínio em edifícios. São Paulo: RT, 1987.

FRANCO, J. Nascimento. Condomínio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, págs. 52-53.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses jurídicas - direitos das coisas - vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1997.

IBGE. População de animais de estimação no Brasil - 2013 – Em milhões, Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/assuntos/camarassetoriaistematicas/documentos/camarastematicas/insumosagropecuarios/anosanteriores/ibgepopulacaodeanimais-de-estimacao-no-brasil-2013-abinpet-79.pdf/view>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. Barueri, SP: Manole, 2016.

LOPES, João Batista. Condomínio. 10ª Edição. 2008. Editora Revista dos Tribunais. p. 97-98.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao Direito de Propriedade. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, Ed. Bookseller, 1ª ed, 2003, Tomo XXVI.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações - 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio edilício e incorporação imobiliária - 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009;

TARTUCE, Flávio. Direito civil. Lei de introdução e parte geral. v. 1. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

